

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

GISELA PORTO BENATTI

**Violação ao direito fundamental de imagem:
interfaces com o direito civil**

OSASCO
2013

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

GISELA PORTO BENATTI

**Violação ao direito fundamental de imagem:
interfaces com o direito civil**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, inserido na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material”, sob a orientação da Profa. Dra. Débora Gozzo.

OSASCO
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

BENATTI, Gisela.

Violação ao direito fundamental de imagem: interfaces com o direito civil. / Gisela Porto Benatti, Orientação Profa. Dra. Débora Gozzo. – Osasco, UNIFIEO: 2013.

p. 151.

Dissertação (Mestrado), Direito – Centro Universitário FIEO.

1- Direito de imagem. 2- Dano Moral. 3- Direitos da Personalidade. 4- Responsabilidade Civil.

TERMO DE APROVAÇÃO

Violação ao direito fundamental de imagem: interfaces com o direito civil.

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito do mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO.

GISELA BENATTI

BANCA EXAMINADORA

Data da Apresentação _____/_____/2013

Professora e Orientadora
Professora Doutora Débora Gozzo
UNIFIEO

Prof. Convidado 1:
Titulação:
Instituição:

Prof. Convidado 2:
Titulação:
Instituição:

Conceito final: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu pai Roberto e à minha mãe Glória (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Profa. Débora Gozzo pela orientação precisa, por todas as ótimas indicações bibliográficas, pelo exemplo de vida e dedicação, sem os quais não teria sido possível a realização desse trabalho.

Agradeço também a todos os professores do mestrado que permitiram a complementação da minha formação acadêmica.

Agradeço aos meus irmãos, amigos do mestrado e colegas de trabalho que deram apoio indireto à elaboração da dissertação.

Agradeço ao namorado Sérgio que participou da interlocução do trabalho e pela paciência.

RESUMO

A violação do direito de imagem ocorre quando uma pessoa captura e divulga a imagem de alguém sem a sua autorização. A imagem é considerada um dos bens da personalidade, conforme previsão legal do art. 20 do Código Civil e do art. 5º, incisos V e X da Constituição da República de 1988. A violação de um direito da personalidade causa um dano moral. Diferentemente do dano material, onde a perda é tangível ou visível, os danos morais, emocionais ou subjetivos podem ser definidos como uma ocorrência envolvendo o distúrbio da dignidade ou da personalidade da vítima, não incluídos nos danos materiais. Por definição, esses tipos de dano não tem valor econômico intrínseco, embora possa ser compensado financeiramente, uma vez que esta é normalmente a única e mais apropriada forma de indenizar ou de equilibrar o prejuízo causado e sofrido. O dano à imagem também pode envolver dano patrimonial.

Uma pessoa que comete um ilícito civil e causa um dano ou prejuízo a alguém deve ser legalmente responsabilizada. A apuração de um ilícito civil por dano a imagem normalmente não envolve a investigação o grau da culpa ou de suas categorias (dolo, negligencia etc.). Muitas vezes a prova do dano à imagem é aceita por presunção absoluta (dano *in re ipsa*). As restrições ao dano à imagem envolvem questões de interesse público, quando confrontadas com o direito à informação. O direito do autor sobre a imagem que produziu também pode conflitar com o direito de imagem.

Palavras-chave: Direito de imagem. Dano moral. Direitos da Personalidade. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The violation to the right to image occurs when a person captures e publishes somebody's image without permission. The image is considered one of the assets of the personality, according to the provisions of the 20th article in the Civil Code and of the 5th article, subsections V and X of the 1988 Constitution of the Republic. The violation to the right to image causes moral damages. Unlike property damages where the actual loss is tangible or visible, emotional, subjective or moral damages can be defined as an occurrence involving the disturbance of the dignity or personality of the victim not included in the material damages. By definition these types of damage have no intrinsic economic value, although they may be financially compensated, as this is generally the only and most appropriate way to address or balance the harm caused and suffered. The image damages can also be covered by patrimonial damages.

A person who commits a civil wrong that results in an injury or harm must be legally responsible. The investigation of a civil wrong due to an image damage doesn't take into consideration the grade of guiltiness or of its categories (intentional tort, negligent tort etc.). Most of the times, the proof to the image damage involves matters of public interest, whenever they're confronted to the right to information. The author's right over an image that he produced can also generate a conflict with the right to the image.

Key words: Right to Image. Moral Damages. Personality Rights. Torts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1- PESSOA E DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	14
1.1- O princípio da dignidade da pessoa humana – paradigmas filosóficos e jurídico constitucionais.....	14
1.2- O valor ontológico da pessoa humana e o conceito de pessoa no direito.....	24
1.3- A repersonalização do ordenamento jurídico.....	27
1.4- A pessoa, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade.....	31
2 - DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	37
2.1- Conceitos, características e classificações dos direitos da personalidade.....	37
2.2- A inserção dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002.....	45
2.3- O direito à imagem tutelado como um dos direitos da personalidade.....	47
3 - PANORAMA SOBRE O DIREITO À IMAGEM.....	52
3.1- Conceitos de direito de imagem.....	52
3.2- O direito à imagem na legislação.....	68
3.2.1 - O direito de imagem na Constituição.....	68
3.2.2 - O direito à imagem no Código Civil.....	72
3.2.3 - O direito à imagem na lei de Direitos Autorais.....	74
3.2.4 - O direito à imagem na lei de Imprensa.....	78
3.3- Contribuições da doutrina ao direito à imagem.....	84
3.3.1 - O equívoco da colisão de direitos fundamentais entre o direito à imagem e a liberdade de imprensa.....	84
3.3.2 - As restrições ao direito de imagem.....	87
3.3.3 - O contrato de concessão do uso de imagem.....	91
4 - RESPONSABILIDADE CIVIL, DANO MORAL E DANO À IMAGEM.....	95
4.1- Contornos da Teoria da Responsabilidade Civil.....	95
4.2- A lesão aos direitos da personalidade: dano moral.....	102
4.3- A natureza do dano por violação do direito de imagem.....	110
4.3- A forma e o <i>quantum</i> da reparação do dano à imagem.....	114
5 - O DIREITO À IMAGEM NA JURISPRUDÊNCIA.....	119
5.1- Considerações gerais sobre a jurisprudência a respeito do direito de imagem.....	119
5.2- Exposição de casos paradigmáticos da jurisprudência nacional.....	120
5.2.1- Paradigma 1: O interesse público como restrição ao direito de imagem (Resp nº 801109/DF).....	121
5.2.2- Paradigma 2: Dano à imagem como dano <i>in re ipsa</i> (Resp nº 1102756/SP).....	130
5.2.3- Paradigma 3: Violação de contrato de direito de imagem (Emb em Resp nº 230268/SP).....	135
CONCLUSÃO.....	141
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	145

INTRODUÇÃO

A fim de realizar essa pesquisa foram utilizados como fonte imediata de pesquisa a lei, a doutrina (na forma de artigos e livros especializados) e a jurisprudência (decisões dos Tribunais Regionais e Superiores e súmulas). Consideraram-se ainda alguns princípios.

Optou-se pela linha de pesquisa da dogmática jurídica, isto é, estudo pormenorizado e aprofundado de tema jurídico da atualidade, a saber, a tutela do direito à imagem.

Por questões de delimitações de conteúdo, a pesquisa bastou-se no contexto do direito nacional, voltando-se para as questões de direito privado, circunscritas ao ramo de Direito Civil, considerando-se as implicações constitucionais do tema.

Foram analisados alguns parâmetros trazidos pela jurisprudência, com a finalidade de demonstrar qual a orientação predominante de dois Tribunais em específico: o Tribunal Regional de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro enfrentamento teórico dessa dissertação foi a compreensão do princípio da dignidade humana. Com a elevação da dignidade humana a um patamar de superprincípio no ordenamento jurídico brasileiro, a perseguição de práticas que levassem à efetivação do respeito aos valores ontológicos da pessoa humana se tornaram comuns.

Optou-se por percorrer paradigmas valorativos ao longo da história, destacando-se os pontos de estrangulamento e suas respectivas alterações. Na idade antiga, o homem não era mais que cidadão, que parte da engrenagem da cidade. No áureo período da idade média, o homem galgou alto patamar, sendo sua dignidade pareada com a divina, uma vez que se cogitou que ele espelhava a imagem de Deus. Ato contínuo, a era moderna foi marcada pela valorização da racionalidade intelectual do homem, permitindo que ele conquistasse a convicção de existência independente. A partir de então, afirmou-se que o homem tinha autonomia para decidir seus próprios caminhos, para discernir o certo do errado, para respeitar a si e aos outros, sempre tratando as pessoas como pessoas. O homem não só apreendeu que

era possuidor de dignidade, mas está a cada dia mais sendo chamado a respeitar a dignidade alheia tal como a sua.

A pesquisa foi incrementada com breves inserções sobre as alterações da estrutura do estado de direito: foram impostos limites aos atos das autoridades, a lei se impôs como medida de garantia e segurança a todos, as constituições se proliferaram. Posteriormente, o Estado passou a ser garantidor de prestações positivas, fixando também regras de igualdade.

Estabeleceram-se paralelos entre o Direito Civil e o Direito Constitucional. Com a fixação da dignidade humana como preceito fundamental do ordenamento jurídico-constitucional, o conceito de pessoa no Direito Civil sofreu modificações, extrapolando o tradicional elemento da relação jurídica abstrata patrimonialista. Os sujeitos passaram a ser percebidos em sua existência concreta, individuados em sua essência. Em certos casos, o Direito Civil passou a relativizar a proteção patrimonial individual e a fazer concessões mediante as sociais. Com a verticalização dos direitos fundamentais, foram impostos deveres e limites nas próprias relações entre particulares.

Após este preâmbulo de conquistas sociais e jurídicas, passou-se ao estudo dos direitos da personalidade. Os direitos da personalidade se positivaram, priorizando-se objetivamente muitos bens e interesses relacionados à pessoa. Estudou-se como a lei civil fixou características gerais aos bens da personalidade, circunscrevendo a dogmática em torno dos bens da personalidade.

Logo após as considerações sobre os direitos da personalidade, inseriu-se a discussão em torno do direito à imagem. O marco considerável da tutela do direito à imagem coincide com a sua inserção na Constituição da República de 1988, no art. 5º, incisos V e X. Estabeleceu-se que o direito de imagem protege os direitos essencialmente morais da pessoa, o direito à deliberar sobre a divulgação ou não da sua imagem, ao mesmo tempo que se reconhece ao titular o monopólio da exploração econômica da sua imagem.

Optou-se por buscar definições de imagem em outras searas teóricas distintas da jurídica, pois as suas diversas acepções poderiam contribuir ao debate. Em seguida, enfrentaram-se diversas concepções de imagem propostas por juristas.

Foram exploradas algumas conexões do direito de imagem com o direito a honra, com o direito à intimidade e à individualidade, finalizando com a posição doutrinária que defende a autonomia do direito de imagem frente a todos estes direitos mencionados.

Enfrentou-se a polêmica do direito de imagem frente ao direito de autor, tentando solucionar aparente antinomia referente à questão. Nos casos específicos dos retratos, a pergunta que se faz é: se o autor de uma imagem tem direitos sobre a sua criação e ao mesmo tempo a pessoa representada tem direito sobre o resultado da imagem, qual dos direitos deve prevalecer?

Foi examinada a colisão do direito de imagem com o direito à informação, reservando-se espaço para os comentários sobre a não recepção da Lei de Imprensa em razão do julgamento da ADPF nº 130.

Listaram-se, ainda, as restrições do direito de imagem, que são, em resumo: a notoriedade da pessoa; o cargo público exercido; as necessidades da justiça e da polícia; os fins científicos, didáticos ou culturais. Todas essas exceções podem ser invocadas de forma a minimizar o direito que a pessoa tem de liberar sobre a divulgação da sua imagem, uma vez que, quanto maior o interesse público envolvido, menor o direito individual correspondente.

Abordaram-se, resumidamente, importantes aspectos da teoria da responsabilidade civil, uma vez que ela fornece os meios e fundamentos para a reparação civil por violação a direito de personalidade. A responsabilidade pode ser instituída por um dever jurídico geral de não lesionar, mas ela também pode advir do não cumprimento de uma obrigação contratual. Observando-se os elementos da responsabilidade civil se é possível perseguir e apurar os fatos que podem ou não gerar a responsabilidade. Apura-se se houve ato ilícito, de quem é a culpa e qual o seu grau, se houve dano e como ele se caracteriza e ainda se há conexão entre o ato ilícito e o dano.

Aprofundou-se o estudo do dano moral, uma vez que ele é o dano decorrente da violação aos direitos de personalidade é o dano moral. Conceituou-se o dano moral em contraste com o dano material. Investigou-se a prova do dano moral, normalmente admitida por presunção absoluta do ato que gerou o dano.

Indagou-se a natureza jurídica do dano à imagem e sua profunda relação com o dano moral, pois a violação do direito à imagem é uma violação de um dos direitos da personalidade.

Foram verificadas as formas de reparação e quantificação da indenização do dano à imagem, conforme mandamento geral do art. 944 do Código Civil. Invocaram-se os princípios normalmente utilizados na quantificação do dano à imagem.

No último capítulo foram analisadas três decisões paradigmáticas recentes do Superior Tribunal de Justiça que envolvem direito da imagem. Os critérios da análise foram: a justiça aplicada ao dano a imagem em face do princípio da dignidade humana; os fundamentos legais da configuração do dano à imagem; os mecanismos da responsabilidade civil utilizados para a apuração da responsabilidade e para a reparação aos danos à imagem.

1- PESSOA E DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

1.1 - O princípio da dignidade da pessoa humana – paradigmas filosóficos e jurídico-constitucionais

O princípio da dignidade da pessoa humana está estabelecido textualmente¹ na Constituição da República Federativa do Brasil no capítulo dos princípios fundamentais, no artigo 1º, inciso III, juntamente com outros valores fundamentais a um regime democrático:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.(grifos nossos)

É importante destacar o quanto o princípio da dignidade humana tem fomentado muito mais debates do que qualquer um dos outros do mesmo artigo 1º supramencionado. Além disso, inúmeras decisões nos tribunais brasileiros tem evocado tal princípio como seu fundamento orientador. Seria o princípio da dignidade humana um superprincípio? Por que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos de valor mais expressivo no ordenamento jurídico do país?

Não se pode deixar de mencionar que o princípio da dignidade humana trata da inserção de valores éticos no cerne da Constituição da República de 1988. Como se pode comprovar, a dignidade humana desenvolveu-se à medida que se desenvolveu o próprio conceito de pessoa. É o que sustenta Luiz Fernando Barzotto:

Toda ética supõe uma antropologia. O que é o bem para o ser humano, o que ele deve fazer, o que lhe é devido, baseia-se, consciente ou inconscientemente, sobre uma concepção do humano. Todo aquele que utiliza o conceito de “dignidade da pessoa humana” o faz em nome de uma certa concepção do ser humano.²

¹ Nem todos os princípios estão expressos textualmente em um ordenamento jurídico.

² BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plinio (orgs.). **Dignidade da**

Na mesma linha de pensamento, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi³ salienta que o princípio da dignidade da pessoa humana só pode ser definido como um conceito que evoluiu a partir de paradigmas valorativos constituídos historicamente, valores os quais passaremos a descrever.

Na Grécia, com Platão, de acordo com a autora supra citada, inicia-se o processo de valorização do homem, e da busca de uma forma mais justa de conviver: “tem-se, a partir da admissão da proximidade de um tipo de homens, os filósofos, à divindade, o que os converte em justos e piedosos, com o apoio da razão.”⁴

De fato, Platão concentra em uma de suas principais obras, no texto “A República”, reflexões basilares sobre a justiça “do bem”, isto é, que não impunha qualquer conduta ofensiva ou vingativa a ninguém, sejam amigos ou inimigos: “fazer mal não é ação do homem justo, quer seja a um amigo, quer a qualquer outra pessoa, mas, pelo contrário, é ação de um homem injusto.”⁵ Arriscaríamos dizer que o homem, fazendo uso de suas virtudes, poderia até suplantar a mítica das divindades, que seria, na visão de Platão, uma imposição conceitual distorcida do “divino”, feita pelos poetas como Homero:

Não é conveniente contar que os deuses lutam com os deuses, que conspiram e combatem, pois nada disso é verdade. (...) é coisa que não se deve aceitar na cidade, quer essas histórias tenham sido inventadas com um significado profundo, quer não. É que quem é novo não é capaz de distinguir o que é alegórico do que não é.⁶

Na visão de Platão, não deveriam ser imputados atos ímpios tanto a Zeus como a seus filhos, de forma que os deuses não inspirassem comportamentos viciosos nos homens:

(em relação a Teseu, filho de Poseidon) forcemos os poetas a dizer que não cometeram tais atos, ou então que não eram filhos de deuses, mas que não afirmem as duas coisas ao mesmo tempo, nem tentem convencer nossos jovens de que os deuses são causadores do mal e de que heróis não são em

Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 41.

³ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana na perspectiva do direito como integridade.** São Paulo: LTr, 2009, p. 12.

⁴ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana na perspectiva do direito como integridade.** São Paulo: LTr, 2009, p. 19.

⁵ PLATÃO. **A República.** 3. ed., 7. reimpr. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 2013, p. 22.

⁶ PLATÃO. **A República.** 3. ed., 7. reimpr. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 2013, p. 67.

nada melhores do que os homens. (...) é impossível que o mal venha dos deuses. (...) Além disso, é prejudicial a quem os ouve. Efetivamente, cada um arranjará desculpa para a sua maldade.⁷

Além disso, Platão estava em busca de um *modus vivendi* individual que tivesse eficácia no universo coletivo das cidades gregas, baseado em ideais de justiça absolutos, e não relativos:

Diremos que a justiça é de um só indivíduo ou que é também de toda a cidade? (...) Talvez exista uma justiça numa escala mais ampla. (...) Uma cidade tem a sua origem, segundo creio, no fato de cada um de nós não ser auto-suficiente, mas sim necessitado de muita coisa.⁸

Admitindo que cada indivíduo tinha uma função na sociedade, Platão inovou pautando que qualquer indivíduo mereceria respeito da coletividade:

Uma pessoa fará melhor em trabalhar sozinho em muitos ofícios? (...) O resultado é mais rico, mais belo e mais fácil, quando cada pessoa fizer uma só coisa, de acordo com a sua natureza e na ocasião própria, deixando em paz as outras.⁹

Ainda que os homens devessem obediência aos chefes de estado e estivessem subordinados às necessidades da cidade (por vezes até sendo escravos), ocupados em ser seus guardiões, produtores de alimentos, educadores ou carpinteiros, Platão estava salvaguardando uma esfera de dignidade ao homem que ia além da sua função profissional, dando início a certa delimitação de valores intrínsecos antes não admitidos aos homens:

A justiça (...) não diz respeito à atividade externa do homem, mas à interna, aquilo que é verdadeiramente ele e o que lhe pertence, sem consentir que qualquer das partes da alma se dedique a tarefas alheias nem que interfiram umas nas outras, mas depois de (...) ter autodomínio, de se organizar, (...) só então se ocupe da aquisição de riquezas, ou dos cuidados do corpo, ou de política ou de contratos particulares (...).¹⁰

Ainda na pista de Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, o homem vai galgar novo *status* individual a partir da concepção cristã, cristalizada por São

⁷ PLATÃO. **A República**. 3. ed., 7. reimpr. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 2013, p. 82.

⁸ PLATÃO. **A República**. 3. ed., 7. reimpr. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 2013, p. 56.

⁹ PLATÃO. **A República**. 3. ed., 7. reimpr. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 2013, p. 57.

¹⁰ PLATÃO. **A República**. 3. ed., 7. reimpr. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 2013, p. 140.

Tomás de Aquino, quando se passa a aceitar que o homem é concebido “à imagem e semelhança de Deus”. Ressalta-se que, nesse contexto, a dignidade do homem é “emprestada”, ela é de origem heterônoma: não é o homem que é digno por si mesmo, mas sendo ele “feito” à imagem espelhada de Deus, acaba sendo conferida certa perfeição a ele:

Pero es evidente que en el hombre hay una semejanza de Dios y que procede de el como ejemplar, y que no es semejanza de igualdad, pues el ejemplar es infinitamente superior a lo imitado. Así se dice que en el hombre hay imagen de Dios, pero no perfecta, sino imperfecta. Esto es lo que da a entender la Escritura cuando dice que el hombre está hecho *a imagen de Dios*, porque la preposición *a* indica acercamiento, que sólo es posible entre cosas distantes.¹¹

De acordo com este trecho da Suma Teológica, o homem, que foi criado por Deus, possui vestígios do criador. Mas a semelhança que o homem tem com o Pai, que é perfeito, é apenas parcial, porque existem apenas semelhanças e não igualdade total entre criador e criatura. Em continuação, São Tomás de Aquino cita que só o homem foi concebido à semelhança de Deus, o que lhe dá uma importância muito particular:

Dice Agustín en el *De Imagine* 11 que Dios a ninguna criatura concedió el ser a imagen suya sino al hombre. Por lo tanto, no es cierto que el ángel sea más a imagen de Dios que el hombre. (...) Pero se dice de una criatura que es a imagen de Dios porque está unida a El. (...) La criatura es a imagen de Dios en cuanto que posee una naturaleza intelectual. (...) El alma humana está toda en todo el cuerpo y toda en cada una de sus partes, como Dios respecto del mundo. (...) ¹²

Conforme a citação, conceitos importantes em relação à imagem do homem se firmam nesta época: que a imagem do homem está unida à Deus. Com isso se supõe que todo homem possui em sua essência a centelha divina, o que implica que ele tem potencial para sustentar qualidades divinas,

¹¹ DE AQUINO, Santo Tomás. **Suma Teológica** (Biblioteca de Autores Cristianos), tradução: José Martorell Capó. Editor Damian Byrne (Orden de Predicadores): Madrid (Espanha): 1988, Questão 93 (Sobre el origen del hombre. Fin u objetivo), ARTICULO 7, ¿Es o no es necesario encontrar em las criaturas algún vestigio trinitario? Disponível em: <<http://sumateologica.files.wordpress.com/2009/09/sumadeteologia1.pdf>>. Acesso em: 2 de agosto de 2013.

¹² DE AQUINO, Santo Tomás. **Suma Teológica** (Biblioteca de Autores Cristianos), tradução: José Martorell Capó. Editor Damian Byrne (Orden de Predicadores): Madrid (Espanha): 1988, Questão 93 (Sobre el origen del hombre. Fin u objetivo), ARTICULO 3, La imagen de Dios, ¿está o no está más en el ángel que en el hombre? Disponível em: <<http://sumateologica.files.wordpress.com/2009/09/sumadeteologia1.pdf>>. Acesso em: 2 de agosto de 2013.

muito embora possa dela se afastar se assim o quiser: “Pero por el pecado se hace al hombre desemejante de Dios. Por lo tanto, pierde su imagen.”¹³

Na continuação, São Tomas de Aquino afirma que a imagem do homem possui natureza intelectual, admitindo que também a mulher se beneficia da essencialidade racional: “Tanto en el hombre como en la mujer se encuentra la imagen de Dios en lo esencial, esto es, en cuanto a la naturaleza intelectual. Génesis (...) Dios creó el hombre a su imagen, añade: Los creó macho y hembra.”¹⁴

Apesar de estar totalmente concentrado no aspecto do espírito do homem (afinal, estava sintetizando um livro de teologia), São Tomás de Aquino afirmou que “a alma humana projeta-se em todas as partes do seu corpo”.¹⁵

Pergunta-se objetivamente, quais qualidades humanas pode-se admitir advindas da sua semelhança do homem com Deus? A imortalidade, a indivisibilidade, a natureza, a graça, a glória, a justiça, a inocência, a memória, a inteligência, a vontade, o amor e a verdade são apenas algumas delas:

1. El género no se distingue con propiedad de la especie. Pero la semejanza es a la imagen lo que el género a la especie; porque, como dice Agustín en el libro Octoginta trium quaest, donde hay imagen, aparece en seguida la semejanza, pero no al revés. Por lo tanto, no deben distinguirse la semejanza y la imagen.

2. Más aún. El concepto de imagen se toma no sólo de la representación de las personas divinas, sino también de la representación de la esencia divina, a la que le compete la inmortalidad y la indivisibilidad. Por eso no es exacto decir: La semejanza está en la esencia, por ser inmortal e indivisible; y la imagen en lo demás.

¹³ DE AQUINO, Santo Tomás. **Suma Teológica** (Biblioteca de Autores Cristianos), tradução: José Martorell Capó. Editor Damian Byrne (Orden de Predicadores): Madrid (Espanha): 1988, Questão 93 (Sobre el origen del hombre. Fin u objetivo), ARTICULO 4, La imagen de Dios, ¿se encuentra o no se encuentra en cualquier hombre? Disponível em: <<http://sumateologica.files.wordpress.com/2009/09/sumadeteologia1.pdf>>. Acesso em: 2 de agosto de 2013.

¹⁴ DE AQUINO, Santo Tomás. **Suma Teológica** (Biblioteca de Autores Cristianos), tradução: José Martorell Capó. Editor Damian Byrne (Orden de Predicadores): Madrid (Espanha): 1988, Questão 93 (Sobre el origen del hombre. Fin u objetivo), ARTICULO 4, La imagen de Dios, ¿se encuentra o no se encuentra en cualquier hombre? Disponível em: <<http://sumateologica.files.wordpress.com/2009/09/sumadeteologia1.pdf>>. Acesso em: 2 de agosto de 2013.

¹⁵ DE AQUINO, Santo Tomás. **Suma Teológica** (Biblioteca de Autores Cristianos), tradução: José Martorell Capó. Editor Damian Byrne (Orden de Predicadores): Madrid (Espanha): 1988, Questão 93 (Sobre el origen del hombre. Fin u objetivo), ARTICULO 3, La imagen de Dios, ¿está o no está más en el ángel que en el hombre? Disponível em: <<http://sumateologica.files.wordpress.com/2009/09/sumadeteologia1.pdf>>. Acesso em: 2 de agosto de 2013.

3. Todavía más. Como ya dijimos, la imagen de Dios en el hombre puede ser triple: de naturaleza, de gracia y de gloria. Pero la inocencia y la justicia son algo propio de la gracia. Por lo tanto, no debe decirse: La imagen se concibe según la memoria, inteligencia y voluntad, y la semejanza según la inocencia y la justicia.

4. Por último. El conocimiento de la verdad es propio de la inteligencia, y el amor de la virtud es propio de la voluntad, que son dos partes de la imagen. Por lo tanto, no es correcto decir: la imagen está en el conocimiento de la verdad, y la semejanza, en el amor de la virtud.¹⁶

A partir do Iluminismo, passa-se a admitir a ideia que o homem possui luz própria, devido à sua capacidade de raciocinar, se comunicar e deliberar sobre seu destino: a autodeterminação é a principal conquista para a dignidade do homem moderno, tendo o filósofo Kant como um dos principais pensadores. Para ele, a dignidade humana se expressava na “autonomia da vontade” do homem, segundo suas razões, independentemente de qualquer imposição religiosa ou política.

Kant entendia que o homem devia seguir uma cartilha de conduta moral, totalmente embasada na sua capacidade de raciocinar, ou seja, deduzida através de ideias “puras”, desvinculadas da observação da física da natureza (daí, a ideia de uma metafísica dos costumes) e dos pressupostos religiosos, embora Kant sempre defendesse a existência de Deus:

Ora, uma tal Metafísica dos Costumes, completamente isolada, que não anda misturada nem com a antropologia, nem com a Teologia, nem com a Física ou a Hiperfísica, e ainda menos com as qualidades ocultas (que se poderiam chamar de hipofísicas), não é somente um substrato indispensável de todo conhecimento da mais alta importância para a verdadeira prática das suas prescrições. Pois a pura representação do dever em geral da lei moral, que não anda misturada com nenhum acréscimo de estímulos empíricos, tem sobre o coração humano, **por intermédio exclusivo da razão** (que só então se dá conta de que por si mesma também pode ser prática), uma influencia muito mais poderosa do que todos os outros móveis que se possam ir buscar ao campo empírico, em tal grau que, **na consciência da sua dignidade**, pode

¹⁶ DE AQUINO, Santo Tomás. **Suma Teológica** (Biblioteca de Autores Cristianos), tradução: José Martorell Capó. Editor Damian Byrne (Orden de Predicadores): Madrid (Espanha): 1988, Questão 93 (Sobre el origen del hombre. Fin u objetivo), ARTICULO 9 ¿Hay o no hay una correcta distinción entre imagen y semejanza? Disponível em: <<http://sumateologica.files.wordpress.com/2009/09/sumadeteologia1.pdf>>. Acesso em: 2 de agosto de 2013.

desprezar estes últimos e dominá-los pouco a pouco¹⁷. (grifos nossos).

Kant sustenta que existe um conhecimento prático, definido por princípios da determinação da vontade. Os que movem o homem na busca da satisfação dos sentidos, do livre arbítrio e do prazer, levando o homem aos objetos são os imperativos hipotéticos. Mas o homem pode mover-se de acordo com uma faculdade superior de desejar¹⁸, movida pelo entendimento e pela razão, definindo os imperativos categóricos:

Ora, todos os imperativos ordenam hipotética ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade.¹⁹

Observa-se que Kant entende que o senso moral do homem não é proveniente de uma imposição divina, mas é proveniente da capacidade que o homem tem de distinguir o certo do errado. De fato, se o homem sempre submeter suas ações a um juízo de acordo com um filtro altruísta e não individualista, ele estará aplicando o juízo do imperativo categórico para saber se é conveniente ou não aquela ação para a sociedade: “O imperativo categórico é portanto só um único, que é este: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*”²⁰

Ainda em relação à Kant, seguindo as pistas do verbete “Dignidade” no dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano²¹, o princípio da dignidade humana foi enunciado com a segunda fórmula do imperativo

¹⁷ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes, *In: Textos selecionados*; seleção de textos de Marilena de Souza Chauí; volume II, coleção “Os Pensadores”; traduções de Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 122.

¹⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução Rodolfo Schaefer. 3. ed., São Paulo: Martin Claret, 2011. Coleção a obra prima de cada autor, p. 35.

¹⁹ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes, *In: Textos selecionados*; seleção de textos de Marilena de Souza Chauí; volume II, coleção “Os Pensadores”; traduções de Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 124.

²⁰ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes, *In: Textos selecionados*; seleção de textos de Marilena de Souza Chauí; volume II, coleção “Os Pensadores”; traduções de Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 129.

²¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. e revisão de Alfredo Bosi. 4ª ed., São Paulo, Marins Fontes, 2000, p. 276 (verbetes “dignidade”).

categorico: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio.”²² Na interpretação de Nicola Abbagnano, Kant contribuiu muito para a sistematização da dignidade do homem ao estabelecer esse imperativo categorico, *in verbis*:

Todo homem, aliás, todo ser racional, como um fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por exemplo um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade.(...) Substancialmente, a dignidade de um ser racional consiste no fato de ele não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo.²³

Em resumo, ao impor os deveres morais às pessoas, Kant inova nos valores de respeito recíproco dos homens entre si e ao mesmo tempo da humanidade como um todo. Nunca se havia dado ao homem tanta liberdade de ser, e ao mesmo tempo tanto valor como ser humano:

Que, na ordem dos fins, o homem (e com ele todo ser racional) seja um fim em si mesmo, isto é, não possa ser utilizado por alguém (nem mesmo por Deus) apenas como um meio, sem ao mesmo tempo ser um fim; que, portanto, a humanidade, em nossa pessoa, deve ser para nós sagrada, é a consequência disso, pois o homem é o sujeito da lei moral e, por conseguinte, também do que é santo em si, e em razão do qual se permite chamar santo a tudo o que com isso estiver em concordância. De fato, essa lei moral se funda na autonomia de sua vontade como vontade livre, a qual, segundo as suas leis universais, necessariamente, deve poder concordar, ao mesmo tempo, com tudo aquilo a que deve submeter-se.²⁴

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi distingue três momentos distintos da inserção do princípio da dignidade humana nas constituições. Num primeiro momento, a dignidade servia como um contraponto às liberdades do Estado, que deveria se ater à legalidade e à igualdade:

No Estado de Direito, o princípio da dignidade é visualizado no seu aspecto limitativo de ações do estado e da própria

²² KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes, *In: Textos selecionados*; seleção de textos de Marilena de Souza Chauí; volume II, coleção “Os Pensadores”; traduções de Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 135.

²³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. e revisão de Alfredo Bosi. 4ª ed., São Paulo, Marins Fontes, 2000, p. 276 (verbete “dignidade”).

²⁴ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução Rodolfo Schaefer. 3. ed., São Paulo: Martin Claret, 2011. Coleção a obra prima de cada autor, p. 148.

comunidade contra aquele que é titular de direitos e tem sua dignidade pessoal protegida pela ordem jurídica.²⁵

No momento em que a maioria das constituições se formaram, a ideia principal era impedir os abusos de autoridade anteriormente praticado pelos regimes autocráticos das monarquias absolutistas.

Não é difícil inferir que a ideia de diminuição do poder do Estado, através da introdução formal nas constituições da legalidade e da igualdade, deriva do pressuposto que o homem deveria ser respeitado como um ser em si, construção valorativa filosófica que culmina com a máxima kantiana que o homem nunca deveria ser utilizado como um meio, mas como um fim em si mesmo.

Com o passar dos anos e com o advento da revolução industrial, surge uma sociedade de massa de trabalhadores que se vê privada dos seus direitos mais básicos. A partir desse contexto o papel do Estado passa a ser o de garantidor de prestações positivas, surge o Estado Social:

Já no paradigma do Estado Social, o princípio da dignidade é visualizado no seu aspecto protetivo, obrigando o Estado a prover o cidadão das garantias que a própria Constituição lhe concede.²⁶

O terceiro momento na história constitucional descrito por Maria Cristina Irigoyen Peduzzi se passa com a implementação do Estado Democrático de Direito, em que há uma integração do cidadão com o Estado. Permite-se que o indivíduo diga o que é dignidade para ele, ao invocarem o Judiciário, para tanto:

Os direitos fundamentais não são vistos apenas como direitos subjetivos de defesa do indivíduo perante o Estado; também informam a interpretação e a aplicação da lei, especialmente considerando a concepção de Dworkin de que os princípios têm conteúdo normativo. Têm assim natureza objetiva, condicionando e promovendo a própria atividade legislativa e fazendo exigir, do Judiciário, uma aplicação do direito que procure, por um lado, mantê-lo consistente ou íntegro e, de outro, realizar a premissa de justiça de igual consideração e respeito.²⁷

²⁵PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTr, 2009, p. 29.

²⁶PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTr, 2009, p. 31.

²⁷PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTr, 2009, p. 32.

No mesmo sentido, em uma visão muito aclarada do sentido do princípio da dignidade da pessoa humana, Paulo Otero explana que, tanto o Estado, quanto o Direito gravitam em torno de tal princípio:

A subordinação da realidade política, econômica e cultural aos valores da pessoa humana, sem desvalorizar a componente social do homem, nem reduzir-se a um dissimulado individualismo egoísta, aponta um personalismo constitucional que faz da dignidade de cada pessoa humana viva e concreta o fundamento de validade de toda a ordem jurídica e a razão de ser do Estado: é a dignidade da pessoa humana viva e concreta e os direitos fundamentais dela decorrentes que justificam o Estado e a Constituição e não o Estado ou a Constituição que outorgam ou justificam a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos.²⁸

Mas continua cabendo ao Estado assegurar a dignidade da pessoa humana aos sujeitos, embora o reconhecimento da dignidade seja inerente ao Estado Democrático e Social de Direito:

Estando a dignidade da pessoa humana na condição de densificadora do Estado Democrático e Social de Direito, não é o sujeito que impõe limites a si mesmo, como emerge da noção artificializada da metafísica tradicional, (...) e sim cumpre ao Estado Social e Democrático de Direito impor e assegurar os limites da atuação dos sujeitos.²⁹

Há que se diferenciar a “dignidade humana” da “dignidade da pessoa humana”, que apontam para recortes epistemológicos distintos. De acordo com Paulo Otero, a dignidade humana:

“associa-se a uma visão transpersonalista da dignidade, referindo-se esta à humanidade como coletividade que transcende ou ultrapassa os seres concretos que a compõem, enquanto a segunda expressão, sublinhando a ideia de pessoa humana, visaria tratar-se da dignidade do homem concreto e individual.”³⁰

É bom enfatizar que hodiernamente o reconhecimento do outro como pessoa tornou-se um ponto de partida para o raciocínio jurídico, e é por essa razão que alguns doutrinadores o tomam como um superprincípio:

²⁸ OTERO, Paulo. Pessoa Humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de (coord.). **Pessoa Humana e Direito**, Coimbra: Almedina, 2009, p. 355.

²⁹ ARONNE, Ricardo. Aproximações Críticas de direito civil-constitucional - repersonalização e direitos reais: determinismo dogmático e indeterminação jurisprudencial. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 203.

³⁰ OTERO, Paulo. Pessoa Humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de (coord.). **Pessoa Humana e Direito**, Coimbra: Almedina, 2009, p. 375.

O chamado princípio da dignidade humana é princípio não como preceito, mas como origem, início. Ele mesmo não é uma norma, mas o fundamento de toda norma: os deveres necessitam fundamentação, enquanto a percepção das pessoas é a fundamentação última dos deveres.³¹

Eduardo C. B. Bittar salienta que não é o fato da dignidade humana ser classificada como princípio (ou superprincípio) que vai possibilitar a neutralização do seu potencial transformador, uma vez que, politicamente, considera-se que traz um princípio programático, mas juridicamente, “o art. 1º, inciso III da Constituição da República de 1988 não carece de mais nada para ser tornado norma de pleno valor para o texto constitucional, sentido vinculativo.”³²

1.2 - O valor ontológico da pessoa humana e o conceito de pessoa no direito

De acordo com o dicionário de filosofia, o ontológico se distingue do ôntico. Enquanto “o ôntico se refere ao existente, o ontológico se refere ao ser categorial, isto é, à essência ou natureza do existente.”³³

Uma das formas de se chegar à definição de algo é buscando o seu sentido oposto. Sendo assim, a primeira distinção do conceito de pessoa se faz em oposição ao conceito de humanidade, como nos permite entrever Diogo Costa Gonçalves:

A verdadeira utilidade do conceito de pessoa está, pois, antes de mais, na capacidade de opor o indivíduo humano, concreto, particular, à ideia universal de humanidade.³⁴

Da mesma maneira se expressou Luiz Fernando Barzotto em relação ao termo pessoa: “O termo pessoa indica um ser concreto, individual,

³¹ BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 57.

³²BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e Constituição. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 251.

³³ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. e revisão de Alfredo Bosi. 4ª ed., São Paulo, Marins Fontes, 2000, p. 727 (verbete “ôntico”).

³⁴GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa enquanto categoria ontológica. In: _____, **Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 21.

não a espécie à qual ele pertence. Ao passo que “homem”, ou “humano”, indica a espécie, o universal, algo que não se pode indicar com o dedo.”³⁵

Em segundo lugar, é interessante investigar a origem do valor ontológico da pessoa humana. Cumpre dizer que essa valorização do ser do homem não existiu por toda a história, podendo-se dizer que se trata de uma inovação recente.

Na pista de Diogo Costa Gonçalves, admitimos que a assunção do valor ontológico à pessoa não foi uma prática durante a Antiguidade, período em que o homem era parte do todo, do grupo de uma cidade ou de um Estado, sem ser valorado como indivíduo.³⁶

A visão do Homem como peça do cosmos, sacrificando a sua individualidade ante a razão da universalidade, é o principal factor, senão o exclusivo, para que o conceito de pessoa, na antropologia clássica, não encerre qualquer sentido metafísico. Goza sim de um sentido sócio-político e jurídico, na justa medida que designa uma função, um papel do sujeito individual, mas não designa nem identifica qualquer realidade ontológica: o homem, na antropologia antiga, não passa de uma *res* bem ordenada.³⁷

A atribuição da visão metafísica ao homem deveu-se, na continuação do raciocínio do autor supracitado, à teologia cristã:

Ao ser introduzido na teologia cristã, o conceito *persona* alterou-se substancialmente, e do mero significado atrás ilustrado para o pensamento antigo, pessoa passou a designar uma realidade substantiva, passou a ser uma verdadeira categoria ontológica.³⁸

Como se pode demonstrar, foi a teologia cristã que destacou e identificou a pessoa individualizada do grupo social.

Pico Della Mirandola publicou uma obra sobre a dignidade do homem em 1496, em pleno período de Renascimento. Embora não tenha seguido carreira eclesiástica, é considerado um defensor do humanismo

³⁵ BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plinio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 42.

³⁶ Rememorar o ilustrativo caso da morte de Sócrates, que entendeu por bem morrer a continuar fazendo parte de um grupo que não o identificava como membro do clã.

³⁷ GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa enquanto categoria ontológica. *In*: _____, **Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 23.

³⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa enquanto categoria ontológica. *In*: _____, **Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 24.

cristão, influenciado pelo curso de Direito Canônico na Universidade de Bolonha³⁹. Nesse período não havia ocorrido a completa cisão do pensamento moderno com o medieval, e a filosofia ainda flertava com razões religiosas. Na visão do autor, é dessa forma que Deus programara as atribuições humanas:

A ti, ó Adão, não temos dado nenhuma sede determinada, nem um aspecto peculiar, nem um múnus singular precisamente para que o lugar, a imagem e as tarefas que reclamas para ti, tudo isso tenhas e realizes, mas pelo mérito de tua vontade e livre consentimento. As outras criaturas já foram prefixadas em sua constituição pelas leis por nós estatuídas. Tu, porém, não estás coarctado amarra nenhuma. Antes, pela decisão do arbítrio, em cujas mãos depositei, hás de predeterminar a tua compleição pessoal. Eu te coloquei no centro do mundo, a fim de poderes inspecionar, daí, de todos os lados, da maneira mais cômoda, tudo que existe. Não te fizemos nem celeste nem terreno, mortal ou imortal, do modo que assim, tu por ti mesmo, qual modelador e escultor da própria imagem segundo tua preferência e, por conseguinte, para tua glória, possas retratar a forma que gostarias de ostentar. Poderás descer ao nível dos seres baixos e embrutecidos; poderás, ao invés, por livre escolha da tua alma, subir aos patamares superiores, que são divinos.⁴⁰

Através do pensamento emblemático de Pico Della Mirandola da época renascentista, pôde-se observar, com esse extrato de texto, o início de uma era que coloca o homem no centro do mundo. Nessa época renascentista considerou-se que o homem estava em posição de destaque (em relação aos animais e aos anjos) pela liberalidade dada a ele pelo próprio Deus Pai. O homem estava munido de vontade, inteligência e livre arbítrio, e isso fazia dele um ser que poderia se destacar no mundo.

Desde a antiguidade os homens foram diferenciados dos outros seres vivos em razão da capacidade de raciocinar, é o que destaca Nicolla Abbagnano: “(...) já em Aristóteles está suficientemente claro que a razão é uma possibilidade ou capacidade de juízo, não uma determinação necessitante, que somente a esse título constitui a definição do homem.”⁴¹ No entanto, continua Nicolla Abbagnano, foi a partir de Kant que se vislumbrou a liberdade do homem se autoprojetar com a razão, especialmente de projetar

³⁹ MIRANDOLA, Pico Della. **A Dignidade do Homem**. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 1985.

⁴⁰ MIRANDOLA, Pico Della. **A Dignidade do Homem**. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 1985, p. 39 e 40.

⁴¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. e revisão de Alfredo Bosi. 4ª ed., São Paulo, Marins Fontes, 2000, p. 515 (verbetes “homem”).

para si uma sociedade civilizada alicerçada no direito, passando de animal capaz de raciocinar a animal que sozinho raciocina!⁴²

Ou seja, a partir do reconhecimento que a pessoa possui uma estrutura ontológica própria, isto é, uma natureza diferenciada, ela foi separada do mundo natural e do mundo social, passando a integrar um mundo que pode ser comparado ao sagrado, por manter certa aura, uma marca de mistério, como na visão de Luiz Fernando Barzoto:

Com isso, o modo de lidar com a pessoa é diferenciado do modo instrumental de lidar com o mundo das coisas. Os entes do mundo das coisas estão disponíveis para uso, para emprego cotidiano, tem um caráter instrumental. A pessoa traz em si a marca do sagrado, a indisponibilidade e a intangibilidade: as coisas sagradas são aquelas que as proibições protegem e isolam.⁴³

Assim, a partir da afirmação da natureza ontológica transcendente do homem, ele foi destacado do mundo das coisas, ficando reconhecido como pessoa ou admitida a dignidade da pessoa humana como princípio basilar.

1.3 - A repersonalização do ordenamento jurídico

Em razão das escolhas axiológicas atuais acima expostas, deve-se observar que a pessoa humana e a dignidade da pessoa humana tem se tornado o foco de todo o ordenamento, e a este fenômeno está vinculado o fenômeno da repersonalização do ordenamento jurídico:

De fato, a apurada observação do momento permite dizer que a pessoa humana é posta novamente em foco, e sua valorização recupera foros de decência social mínima, avultando a temática da dignidade humana como critério de qualquer ideia ou forma de justiça.⁴⁴

As leis de um país, sobretudo as constituições, fixam um parâmetro de valores para a sociedade. Com isto se quer dizer que as leis

⁴² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. e revisão de Alfredo Bosi. 4ª ed., São Paulo, Marins Fontes, 2000, p. 515 (verbete “homem”).

⁴³ BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 61.

⁴⁴ BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e Constituição. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 257.

prestam um serviço ao Direito, elas são meio de uniformização de pensamento e comportamento.⁴⁵

Hodiernamente, os constitucionalistas não têm mais dúvida de que é o homem, em termos jurídicos a pessoa, que deve estar no centro do ordenamento jurídico:

Verifica-se, neste contexto, que também o Direito Constitucional existe em função da pessoa humana e não do Estado, de um puro formalismo normativo ou de uma mera ideologia: se tudo o que existe no Direito é em função do Homem – incluindo o próprio Estado –, então o fenômeno constitucional nunca poderá deixar de comungar dessa mesma centralidade do humano.⁴⁶

Paulo Otero⁴⁷ faz referência aos filósofos Hegel e Kant, como responsáveis por codeterminar qual o conceito de “homem” que deveria ser integralizado no ordenamento jurídico das suas respectivas gerações. Em resumo, diz-se que o conceito de homem de Hegel esteve voltado para o “Estado” assim como o conceito de Kant está voltado para a “Pessoa”. Para o autor citado, a diferença é que numa Constituição onde o Estado é o valor central, a individualidade se perde no bem comum, e o homem não é pessoa, é cidadão. Por outro lado, numa Constituição onde a Pessoa é considerada como o valor maior, antes do homem ter direitos e deveres cívicos ou políticos, devendo ser resguardada a ampla dignidade da sua pessoa. O bem comum da coletividade vem depois do respeito da essência da pessoa humana. Trata-se de uma mudança substancial de paradigma. Nesse sentido, a forte influência de Kant determina que a pessoa seja respeitada como um fim em si mesma, e nunca como um meio, um objeto.

Nessa busca de uma reorganização de paradigmas para uma nova juridicidade, ainda existem conflitos e oscilações, mas a importância

⁴⁵ “A Constituição comunga dos fins do Direito e, simultaneamente, fundamenta uma ordem axiológica alicerçada em tais postulados, procurando ainda redefinir novas regras de equilíbrio ou de precedência entre os valores subjacentes aos fins do Direito.” Cfr. OTERO, Paulo. *Pessoa Humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional*. In: CAMPOS, Diogo Leite de (coord.). **Pessoa Humana e Direito**, Coimbra: Almedina, 2009, p. 349.

⁴⁶ OTERO, Paulo. *Pessoa Humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional*. In: CAMPOS, Diogo Leite de (coord.). **Pessoa Humana e Direito**, Coimbra: Almedina, 2009, p. 351.

⁴⁷ OTERO, Paulo. *Pessoa Humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional*. In: CAMPOS, Diogo Leite de (coord.). **Pessoa Humana e Direito**, Coimbra: Almedina, 2009, p. 351 e ss.

atribuída à dimensão do indivíduo, através do instituto jurídico da “pessoa” é um caminho sem volta, como nas palavras de Paulo Ferreira da Cunha:

Esta nova forma de organizar significativamente a juridicidade, de lhe dar uma finalidade e um fundamento, tem como polos, afinal, o Homem, enquanto ser pessoal e a radicalidade da sua dignidade em si e por si, e a Pessoa, o ser social, o Homem com os outros Homens. Numa tentativa de harmonização desses polos de existência, individual e coletiva, mas não individualista (nem egoísta) nem coletivista.⁴⁸

Antes de falar da repersonalização do ordenamento jurídico, é importante mencionar o fenômeno da constitucionalização do direito cível⁴⁹, a partir de duas operações⁵⁰: submissão do direito privado a um *ethos* principiológico fundamental, advindos dos princípios constitucionais tais como o da isonomia, legalidade, liberdade de expressão e sobretudo da dignidade da pessoa humana; inserção de legislação de direito privado no corpo textual da constituição, como, por exemplo, o artigo 5º, inciso X, que prevê a reparação de dano moral ou material por violação à imagem das pessoas.

A repersonalização do ordenamento jurídico, como também do direito civil, é consequência direta do “reconhecimento profundo da pessoa humana como centro e vértice da normatividade jurídica.”⁵¹ Na sequência de seu raciocínio, Plínio Melgaré faz importante consideração sobre a diferença da

⁴⁸ CUNHA, Paulo Ferreira da. Homem e Pessoa: Conotações e Denotações no dealbar de um novo direito pessoal e social. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 76.

⁴⁹ No mesmo sentido, FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 37-38: “Em sentido mais moderno, pode-se encarar o fenômeno da constitucionalização do direito privado sob dois enfoques. No primeiro deles, trata-se da descrição do fato de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.) passaram a serem disciplinados também nas constituições contemporâneas, além de outros institutos que costumavam ser confinados a diplomas penais ou processuais. É o fenômeno chamado por alguns doutrinadores de *relevância constitucional das relações privadas*. (...) Numa segunda acepção, que costuma ser indicada com a expressão constitucionalização do direito civil, o fenômeno vem sendo objeto de pesquisa e discussão apenas em tempos mais recentes, estando ligado às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como a força normativa dos princípios, à distinção entre princípios e regras, à interpretação conforme à Constituição, etc.”

⁵⁰ MELGARÉ, Plínio. Notas sobre a repersonalização do direito civil. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 155.

⁵¹ MELGARÉ, Plínio. Notas sobre a repersonalização do direito civil. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 156.

consideração do homem como sujeito e da consideração do homem como pessoa, que é o fundamento da repersonalização do ordenamento jurídico:

Importa considerar que a compreensão do homem como pessoa, a compreensão da sua personalidade, não se contrapõe ao homem sujeito. Em verdade, são categorias distintas, são compreensões que existem em planos diversos, e não antagônicos. O homem como sujeito é aquele capaz de criar, que age, singular em sua individualidade. É o homem capaz de ação, do qual se pode esperar algo insuspeitável, o menos provável possível, haja vista que cada homem é único, pois, em cada nascimento, tem-se algo novo no mundo, singularmente novo. Sujeito é o homem autônomo em sua individual originalidade e ação, inserido em um plano antropológico, biológico e sociocultural. Por sua vez, a compreensão do homem como pessoa faz caminho em outro plano, que não antropológico senão ético. Refere-se, sobretudo, a uma afirmação ética do homem. A distinguir-se pelo reconhecimento e consideração da dignidade que caracteriza todos os homens. Dignidade que impõe a inaceitabilidade da instrumentalização humana, do homem como objeto. Eleva-se o homem como um fim em si mesmo, não sendo visto e utilizado como um meio, mas como fundamento homogêneo, como fundamento-identidade presente na multiplicidade existencial.⁵²

Além dos fenômenos da constitucionalização e da repersonalização o Direito Privado, o Direito Civil contemporâneo sofre influencia de uma relativização de valores, como, por exemplo, o da propriedade, que de absolutos podem passar a ser relativos, em razão de um terceiro fenômeno, o da publicização⁵³ do Direito Privado:

Interesses extraproprietários, de natureza pública ou social, passam a concorrer com o respectivo interesse privado, sem

⁵² MELGARÉ, Plínio. Notas sobre a repersonalização do direito civil. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plinio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 157.

⁵³ No mesmo sentido, FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 28-29. O autor justifica as razões que levaram ao fenômeno da publicização do direito privado: "Isso decorre do fato de que no Estado Social as autoridades públicas não se preocupam apenas com a defesa das fronteiras, segurança externa e ordem interna, mas passam a intervir de forma penetrante no processo econômico, quer de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais (transportes, serviços médicos, assistência social educação, etc.) quer de forma indireta, através da disciplina de relações privadas relacionadas ao comércio (v.g., disciplina dos preços, do crédito, do setor de seguros, das atividades bancárias, etc.), além de outras relações intersubjetivas que uma vez eram deixadas à autonomia privada (como a disciplina dos aluguéis, seus reajustes, renovação dos contratos, relações de consumo, etc.)."

que necessariamente prepondere este último, como natural na arquitetura das titularidades.⁵⁴

De forma acertada, Eugênio Facchini Neto pontua que a relativização de valores é um reflexo do desaparecimento dos contornos entre o direito público e o direito privado, em razão da evolução do Estado Social:

O fenômeno da constitucionalização do direito privado representa, de certa forma, a superação da perspectiva que via o universo jurídico dividido em dois mundos radicalmente diversos: o direito público de um lado e o direito privado de outro.⁵⁵

Isso não quer dizer que a lei civil perca sua característica de coação ou que ela não deva ser respeitada. Apenas quer dizer que alguns dos seus institutos poderão ser interpretados sob a égide de princípios constitucionais.⁵⁶ Além disso, explica-se que o tratamento de certos temas de direito privado na Constituição da República devem-se ao reconhecimento de seu valor, isto é, à relevância social atribuída ao assunto, como é o caso da previsão do direito de imagem no art. 5º, inciso X da Constituição. O tratamento desses temas de Direito Civil na Constituição os valorizaram sobremaneira e possibilitaram maior efetividade no uso dos direitos, observável pela avalanche de processos por violação ao direito de imagem após a promulgação da Constituição da República em 1988.

1.4 - A pessoa, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade.

⁵⁴ ARONNE, Ricardo. Aproximações Críticas de direito civil-constitucional - repersonalização e direitos reais: determinismo dogmático e indeterminação jurisprudencial. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 184.

⁵⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 15.

⁵⁶ No mesmo sentido DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 120: Para o autor, a interpretação conforme a Constituição é a interpretação conforme os direitos fundamentais: "A doutrina nacional refere-se muitas vezes ao princípio da interpretação conforme a Constituição. Uma importante dimensão desse princípio é a interpretação conforme os direitos fundamentais. Quando o aplicador do direito está diante de várias interpretações possíveis de uma norma infraconstitucional, deve escolher aquela que melhor se coadune às prescrições dos direitos fundamentais."

Inicialmente, há que se enfatizar que, embora os direitos fundamentais que tutelam a pessoa individual e de natureza constitucional estejam em evidência, eles evoluíram da tutela da personalidade do direito privado: “A origem dos direitos civis de personalidade remonta ao direito antigo grego e romano, enquanto que os direitos fundamentais tutelares de bens da personalidade são figuras jurídicas modernas.”⁵⁷

Faz-se necessário, neste ponto, a distinção entre os direitos de personalidade e direitos fundamentais, uma vez que ambos tutelam a pessoa. Enquanto os direitos de personalidade pertencem ao ramo do Direito Privado, os direitos fundamentais pertencem ao ramo do Direito Público. Por essa razão os sujeitos de direito envolvidos são distintos:

A distinção entre direitos privados e públicos é mais bem concebida pelo critério da posição dos sujeitos. O Direito Público constitui e organiza o Estado e outros entes públicos e regula a sua atividade de supremacia (*jus imperii*), enquanto o direito privado regula as situações envolventes de sujeitos em posição de paridade (incluindo o Estado).⁵⁸

Ocorre que muitos direitos da personalidade passaram a integrar as Constituições, através do fenômeno já citado, da constitucionalização do Direito Privado. Esses direitos da personalidade que passaram a ter tutela constitucional se tornaram direitos fundamentais. Por óbvio, o que esses direitos fundamentais têm em comum com os direitos da personalidade é seu objeto: que são os bens da personalidade. Mas ainda assim, é importante ressaltar, na pista de Maurício Mazur, que “nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”⁵⁹, como é o caso das garantias dos direitos dos trabalhadores, por exemplo, que são direitos fundamentais⁶⁰ mas não integram o rol dos direitos da personalidade.

⁵⁷ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET Gustavo Bonato (Orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 26.

⁵⁸ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET Gustavo Bonato (Orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.

⁵⁹ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET Gustavo Bonato (Orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31.

⁶⁰ Em sentido contrário: ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. (cap. 4) In: DELGADO, Mario Luiz. ALVES, Jones Figueiredo. **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. Série Grandes Temas de Direito Privado – vol. 6, São Paulo: Método, 2009. p. 110: O autor chama a atenção para o perigo de se abrir demais o leque dos direitos fundamentais, afastando-se da ideia nuclear da defesa da personalidade: “A

Maurício Mazur aponta, ainda, que o *status* constitucional potencializa a proteção dos direitos da personalidade, de forma que “mesmo que os enunciados normativos sejam idênticos, as normas de direito civil e direito constitucional jamais terão o mesmo conteúdo, porque regulam situações jurídicas diversas.”⁶¹ Isto é, a posituação desses direitos tem consequências⁶² jurídicas como: adquirem maior eficácia jurídica; galga-se a garantia de que esses direitos da personalidade não sejam excluídos do ordenamento; vincula-se, além do particular, o próprio poder público, que também passa a ter que respeitar os direitos da personalidade.

Mas é imprescindível que se discuta como se concebe a “pessoa individual” a ser tutelada pelo direito, seja ele constitucional ou civil.

No âmbito tradicional do Direito Privado, na visão de Paulo Ferreira da Cunha, a pessoa é a *persona*, a máscara do teatro grego, e não o homem natural:

Persona é, em grande medida, a veste social e jurídica do homem. Confundir a máscara com o rosto ocorre, mas é sempre perigoso. (...) A Pessoa, no plano jurídico, não podendo esquecer as determinações naturais que a enformam, contudo não pode deixar de ser vista como uma certa ficção, ou constructo.⁶³

Partindo de uma visão bem pouco conservadora, Judith Martins-Costa propõe que se coloque em xeque esta figura abstrata da relação jurídica que se pretendeu tutelar até o momento, substituindo o “sujeito de direito” pela “pessoa concreta”:

Quem é, porém, essa “pessoa humana”? Aqui está o nó a ser desatado. Por certo, já não se trata do descarnado “sujeito de direito”, o sempre-igual titular da capacidade (para fazer funcionar a ordem jurídica). Buscam-se as pessoas concretas,

ampliação do número de direitos fundamentais tem como consequência a diluição da categoria, cada vez mais só formalmente definível. Cada novo direito apaga mais um tanto a marca do que é verdadeiramente fundamental. E, com essa degradação, consagram-se como direitos fundamentais aspectos que exprimem pretensões de grupos ou classes que não atendem, ou inclusivamente podem ser contrários à dignidade humana.”

⁶¹ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET Gustavo Bonato (Orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 32.

⁶² MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET Gustavo Bonato (Orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 32.

⁶³ CUNHA, Paulo Ferreira da. Homem e Pessoa: Conotações e Denotações no dealbar de um novo direito pessoal e social. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plinio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 74.

os seres humanos de carne e osso, tão fundamentalmente desiguais em suas possibilidades, aptidões e necessidades quanto singulares em sua personalidade, em seu modo de ser peculiar. Um novo capítulo – dos Direitos da Personalidade – se inscreve, decididamente, no Direito Civil, fazendo a ponte entre o público e o privado.⁶⁴

Do ponto de vista constitucional,⁶⁵ na visão de Paulo Otero, a pessoa é concebida como ser humano, dotado de natureza física, psíquica e ética. Uma das principais características do ser humano é que ele está individualizado em todos os aspectos apontados. O indivíduo que se descola da universalidade deixa de ser uma abstração jurídica. Essa tradição da concepção da personalidade tem a seguinte fundamentação ontológica:

Radica na substância da individualidade, segundo uma formulação tomista, o alicerce da personalidade singular: pessoa é o nome especial dado ao que é singular na natureza racional. Essa singularidade racional encontra-se na individualidade do homem.⁶⁶

Luiz Edson Fachin explicita que, no campo dos Direitos Fundamentais, apenas uma digressão histórica é capaz de explicar como os sujeitos de direito foram sendo concebidos. Inicialmente, as pessoas foram tomadas como “indivíduos”, uma vez que o objetivo era descolar as pessoas da pluralidade do Estado:

Anote-se que os direitos fundamentais podem ter sua origem histórica identificada em um momento no qual se consolida uma ordem de ideias que enfatiza a autonomia dos indivíduos frente ao Estado, com vistas a um rompimento com a racionalidade que marcava o Estado absolutista. (...) Os direitos fundamentais, nesse primeiro momento, eram exercidos contra um ente que se colocava em posição de superioridade em relação aos titulares dos direitos, a ele subordinados, mas que possuíam a garantia de liberdade intangível para o Estado. (...) Em tal contexto, os direitos fundamentais de primeira geração se projetavam como

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 63-87). p. 71.

⁶⁵ OTERO, Paulo. Pessoa Humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. *In*: CAMPOS, Diogo Leite de (coord.). **Pessoa Humana e Direito**, Coimbra: Almedina, 2009, p.362.

⁶⁶ OTERO, Paulo. Pessoa Humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. *In*: CAMPOS, Diogo Leite de (coord.). **Pessoa Humana e Direito**, Coimbra: Almedina, 2009, p.364.

liberdades públicas, no sentido de que eram exercidas frente ao Estado.⁶⁷

Em continuação, Luiz Edson Fachin chama atenção para o fato de que muito tempo se passou desse primeiro momento de consagração dos direitos fundamentais, que remonta à Era das Revoluções, das sistematizações das primeiras Constituições. Politicamente, observou-se a ascensão da burguesia ao poder. Essa nova classe social, pautada na recém garantia da não intervenção do Estado, formalizou os direitos de proteção da família e de propriedade nos Códigos Civis: “O espaço privilegiado do exercício dessas liberdades é a propriedade privada, situando-se, ao seu lado, em idêntico patamar, o contrato e a família.”⁶⁸

Foi exatamente nos idos do século XIX, período de fortalecimento da burguesia, que Savigny formulou uma teoria para a pessoa humana voltada para a autonomia da vontade na relação jurídica abstrata:

Estabeleceu-se a idéia de pessoa como ente ao qual se atribui um poder jurídico de atuação sobre bens e, portanto, apto a adquirir direitos subjetivos que são sempre patrimoniais, ou seja, dotado de capacidade jurídica como meio de formação do patrimônio. A doutrina oitocentista operou uma autêntica redução da ideia de pessoa humana à de ente patrimonial, trazendo, como consequência, a construção da noção de que, ao Direito Civil, interessam apenas os aspectos patrimoniais da pessoa humana. Essa concepção teve grande impacto teórico e foi, até o desenvolvimento das teorias da personalidade pela pandectística tardia, o paradigma civilista envolvendo a pessoa humana.⁶⁹

Tecendo forte crítica a esta tradição oitocentista, Luiz Edson Fachin sustenta que ainda hoje a Parte Geral das codificações civis coloca o sujeito de direito como mero elemento da relação jurídica, ao lado do objeto, do vínculo de atributividade e do fato propulsor, levando ao ápice sua abstração.

⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.90-91.

⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 92.

⁶⁹ CUNHA, Alexandre dos Santos. Sujeito de direito e capacidade jurídica: a pessoa humana em sua dimensão patrimonial. (cap. 1) In: _____. **A normatividade da pessoa Humana: O Estatuto da Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Forense, 2005. p. 12.

O referido autor entende haver uma razão ideológica para essa exclusividade de concepção de sujeito, que seria a manutenção do *status quo* na dimensão patrimonialista. O problema desse enfoque é a natural exclusão de sujeitos que está implícita: “Só haveria direitos subjetivos onde há modelo jurídico. Quem não se insere em dado modelo de relação jurídica não teria direitos subjetivos.”⁷⁰

É nesse contexto que Luiz Edson Fachin pontua que a abstração em que mergulhou o Direito Civil tradicional pode se configurar como um empecilho à concretização dos direitos fundamentais. Na sua visão, o que deveria ser observado é o sujeito na sua existência concreta de pessoa humana dotada de dignidade, uma vez que nesse contexto ninguém seria excluído:

Quando o centro do ordenamento passa a ser a pessoa humana dotada de dignidade, e não o patrimônio, cuja proteção é assegurada por meio de um sistema formado por conceitos, e modelos abstratos, essa racionalidade não sistêmica se torna possível: é possível uma abertura para a concretude da vida.⁷¹

Embora não compartilhem da visão radical e extremista do autor, que ignora toda a teoria dos Direitos da Personalidade desenvolvida no âmbito Civil, entendemos por bem manter a sustentação de Luiz Edson Fachin em razão da reflexão nela sugerida. O sujeito de direito, a pessoa com quem o direito lida no mundo contemporâneo é uma figura muito mais complexa do que apenas um sujeito dotado de patrimônio. Prova disso é a batalha vencida em favor da aceitação de que a proteção do sujeito se estende até os danos de natureza extrapatrimonial (o chamado dano moral).

Frise-se, outrossim, a importância da delimitação e da conceituação dessa pessoa que se pretende proteger no âmbito jurídico. O alcance da relação jurídica ficará sempre restrito ao sujeito e objeto envolvidos.

⁷⁰ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 89.

⁷¹ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 99.

Quanto mais complexo esse sujeito, como se demonstrou ser a tendência no mundo contemporâneo, maior será a amplitude dos bens protegidos.

2 - DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

2.1 - Conceitos, características e classificações dos direitos da personalidade

No contexto da Psicologia, o termo personalidade se refere a “organização que a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constituem.”⁷² Mas a quais relações estamos nos referindo? No caso da Psicologia, às relações de caráter, temperamento, intelecto e físico de uma pessoa, que a determinam.

No contexto do Direito, no dizer de Walter Moraes, admitir que a personalidade envolve todos os valores relacionados com a pessoa pode incluir uma finalidade, muito imprecisa, de objetos de direito:

O referencial relação é demasiado geral e vago: todos os bens que a ordem jurídica reconhece como possíveis objetos de direito estão relacionados com a pessoa, direta ou indiretamente; e desse todo, relação direta deve ocorrer com mais da metade. Por isso, seguindo essa trilha, não é, de fato, necessário grande esforço ou habilidade dialética para introduzir no campo dos direitos de personalidade muitas e muitas banalidades.⁷³

Como o Direito não pode admitir imprecisão conceitual, Walter Moraes precisa a personalidade como:

(...) aptidão para ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito (de direitos e obrigações) é ser pessoa. Pessoa e sujeito, no plano jurídico, são conceitos equivalentes. Personalidade vem a ser, então, aptidão para ser pessoa: seja, personalidade é o *quid* que faz com que algo seja pessoa. E isto é exato.⁷⁴

Mas em que consiste a personalidade enquanto aptidão para ser sujeito ou pessoa? Para responder a esta indagação, Walter Moraes vai recorrer a um conceito tomista de pessoa, envolvendo indagações de natureza teológica e filosófica, porque “a palavra *personalitas*, bem como o correspondente conceito, é criação exclusivamente da escolástica.”⁷⁵

⁷² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. e revisão de Alfredo Bosi. 4. ed., São Paulo, Marins Fontes, 2000, p. 758 (verbete “personalidade”).

⁷³ MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 2, p. 187-204, abr./jun. 2000, p. 188.

⁷⁴ MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 2, p. 187-204, abr./jun. 2000, p. 189.

⁷⁵ MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 2, p. 187-204, abr./jun. 2000, p. 191.

O termo “personalidade” foi usado por São Tomás de Aquino, referindo-se à: “condição ou modo de ser da pessoa.”⁷⁶ Os filósofos por vezes empregam o termo personalidade como sinônimo de pessoa.

Nessa época da busca de razões para o cristianismo, desenvolveu-se o conceito de pessoa para além do humano físico e psíquico, abrangendo também o universo metafísico: “Desde o ponto de vista da Metafísica, a relação entre personalidade e pessoa é a de subsistência e substância.”⁷⁷

Muito embora Walter Moraes esteja se valendo de uma construção teórica de natureza teológica, de fato é a lógica que ela propõe que parece fazer sentido para a teoria do direito. Defendendo a tese que pessoa e personalidade são conceitos distintos, o autor quer evitar a confusão conceitual entre o sujeito de direito (que é a pessoa) e o objeto desse direito (que são as substâncias, potências, atos e propriedades da pessoa, sem ser a pessoa em si): “não é difícil reconhecer, entre estes componentes da natureza humana (substâncias, potências, atos, propriedades), objetos dos direitos básicos da personalidade.”⁷⁸

Só a partir de um ponto de vista filosófico dentro da linha substancialista⁷⁹ se é possível separar pessoa e personalidade, porque admite uma essência no homem que o individualiza, parte de uma natureza ontológica complexa e espiritual sua. Nas visões materialistas, como na fenomenista, que eliminam a noção de substância, porque não são cientificamente explicáveis, esses dois conceitos se misturam:

⁷⁶ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. e revisão de Alfredo Bosi. 4. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 758 (verbete “personalidade”).

⁷⁷ MORAES, Walter. Conceção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 2, p. 187-204, abr./jun. 2000, p. 191.

⁷⁸ MORAES, Walter. Conceção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 2, p. 187-204, abr./jun. 2000, p. 194.

⁷⁹ No mesmo sentido, NERY, Rosa Maria de Andrade. O conceito de pessoa. In: _____, **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 132: “Para São Tomás de Aquino, substância é aquilo que para subsistir não depende de estar noutro sujeito, é essencialmente independente, sendo a subsistência a independência própria da substância. E isto é pessoa (*suppositum* ou *hypóstasis*). Dessa maneira, assim como a supositividade é a subsistência da substância, a personalidade é subsistência da pessoa: pessoa, hipóstase, substância individual, sujeito. Por isso são corretas as afirmações de que personalidade é aptidão para ser sujeito de Direito, tanto pelo seu aspecto ontológico quanto ético.”

É que, para essa concepção, desconsiderando o fato da substancialidade real e distinta do sujeito hipostático, a pessoa é o homem. Pessoa é uma palavra, uma mentalização, e não alguma realidade distinta mesmo ontologicamente. Tudo se reduz a uma só coisa, que é a unidade psicofísica do homem existente e individual, a qual não suporta a dualidade real sujeito-objeto, que qualquer relação jurídica pressupõe.⁸⁰

Partindo dessa visão ontológica da pessoa e da personalidade, apoiada na teoria filosófica tomista, Walter Moraes delimita o que se pode entender como direito de personalidade, que são as decorrências diretas das necessidades éticas, morais e intelectivas da pessoa, constituídas em bens da personalidade para um sujeito:

Os bens que em Direito se qualificam como de personalidade são partes integrantes do homem *in natura*. Com efeito, excluem-se das extensas relações de bens da personalidade os que extravasam dos limites da individualidade humana, também os simples desdobramentos de componentes fundamentais e alguns poucos direitos básicos, estes admitidos pela *communis opinio* doutrinária: o corpo (saúde etc.) e a psique (integridade psíquica), que são substâncias, a vida, que é essência da psique, a obra dita do espírito, que é ato da potencia intelectual, a imagem, que é propriedade do corpo (visibilidade), a condição de família, que é da potência generativa (congeneratividade), a liberdade e a dignidade, que são propriedades da anima intellectiva, a identidade (verdade pessoal, nome) e a intimidade (incomunicabilidade ontológica), que são propriedades do todo humano – além de outros cuja qualificação como bens e direitos de personalidade é discutida.⁸¹

Adriano de Cupis salienta que o objeto do direito da personalidade encontra-se em um nexo estreitíssimo com a pessoa, a ponto de poder dizer-se orgânico, sendo os bens mais preciosos do ordenamento. Desta forma, define que:

O objeto dos direitos da personalidade não é, pois, exterior ao sujeito, ao contrário dos outros bens que são possíveis objetos de direito. Esta não-exterioridade não significa, por outro lado, identidade, visto que o modo de ser da pessoa não é a mesma coisa que a pessoa.⁸²

⁸⁰ MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: n. 2, p. 187-204, abr./jun. 2000, p. 195.

⁸¹ MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: n. 2, p. 187-204, abr./jun. 2000, p. 197.

⁸² DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 29.

Adriano de Cupis critica a dificuldade que se tem em aceitar os bens da personalidade como objetos, bens necessários, de forma a serem protegidos pelo direito. Para ilustrar seu raciocínio cita essa observação: “é difícil compreender como uma pessoa possa considerar seus os seis cavalos que pagou e não a sua mão, os seus pés e a sua cabeça.”⁸³ O autor ressalta que não há que se fixar em demonstrar a inadmissibilidade lógica entre os objetos e os sujeitos do direito da personalidade, pelo grande valor que representam os bens da personalidade:

A vida, a integridade física, a liberdade e outros, constituem aquilo que nós somos. Ora, não se vê porque razão o legislador deveria limitar-se a proteger a categoria do ter, deixando de fora a categoria do ser, tanto mais que esta última abraça, precisamente, como já se disse, os bens mais preciosos relacionados à pessoa.⁸⁴

Cabe aqui confrontar a definição de direitos da personalidade proposta por Carlos Alberto Bittar:

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.⁸⁵

Dessa definição pode-se auferir que a pessoa humana é o sujeito de direito. Quanto ao objeto do direito da personalidade, Carlos Alberto Bittar filia-se à corrente que entende ser a pessoa humana, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de direito, visão distinta de Walter Moraes, como acabamos de demonstrar nos parágrafos acima:

São conceituados por alguns autores (a maioria) como poderes que o homem exerce sobre a própria pessoa (objeto do direito: o próprio homem), como Puchta, Windscheid, Chironi, Campogrande, Ravá, Fadda e Bensa, Ruiz Tomás, embora sob diversas modalidades.⁸⁶

Observa-se a tendência jusnaturalista do autor recém citado, que entende os direitos de personalidade como “valor inato no homem”. Sobre isso

⁸³ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 31.

⁸⁴ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 31.

⁸⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 1.

⁸⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 4.

o próprio autor se coloca: “não se confunde, pois, a existência do direito com o seu exercício.”⁸⁷

Adriano de Cupis não defende o entendimento de que os direitos da personalidade são inatos, isto é, preexistentes ao Estado e derivados do direito natural, deduzidos da razão, como estabelece Carlos Eduardo Bittar. Ao invés disso, entende que os direitos da personalidade evoluíram com o Estado moderno, sendo que hoje em dia, a própria utilização do termo inato tem outro sentido: “o ordenamento jurídico-positivo atribui hoje em dia aos indivíduos, pelo simples fato de possuírem personalidade, determinados direitos subjetivos, os quais, em tal sentido, podem verdadeiramente dizer-se inatos.”⁸⁸

Carlos Alberto Bittar distingue dois tipos de direitos da personalidade, um que se refere ao aspecto inerente à pessoa (patrimônio físico e intelectual) e outro referente ao modo de ser da pessoa na coletividade (patrimônio moral):

Em nosso entender, pois, os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade).⁸⁹

Paulo Mota Pinto conceitua os direitos da personalidade na mesma direção de Carlos Alberto Bittar, inclusive distinguindo duas tipologias:

Designa-se assim um conjunto de direitos subjetivos que incidem sobre a própria pessoa ou sobre alguns fundamentais modos de ser, físicos ou morais, da personalidade, e que inerem, portanto, à pessoa humana – são direitos das pessoas que tutelam bens ou interesses da sua própria personalidade.⁹⁰

Em relação às características dos direitos da personalidade, Carlos Alberto Bittar elenca as tradicionalmente citadas até os dias de hoje:

Constituem direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis,

⁸⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 9.

⁸⁸ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 26.

⁸⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 10.

⁹⁰ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade no direito português. In: SARLET. Ingo Wolfgang (Org.), **A constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 62.

impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, como tem assentado a melhor doutrina.⁹¹

Paulo Mota Pinto caracteriza os direitos da personalidade como absolutos, porque se configura como obrigação universal; pessoais, pelo fato de serem extrapatrimoniais e serem ligados à pessoa; intransmissíveis e indisponíveis. Além dessas características, que são as mesmas já citadas extraídas do autor Carlos Alberto Bittar, entende que os direitos da personalidade também são essenciais: “uma vez que a própria personalidade humana quedaria descaracterizada se a proteção que eles concedem não fosse reconhecida pela ordem jurídica.”⁹²

Grande parte da doutrina está de acordo que os bens da personalidade possuem, ainda, as características da intransmissibilidade e da indisponibilidade⁹³, apontando que estes limites são bastante restritos:

Os direitos da personalidade, enquanto intransmissíveis, são também indisponíveis, não podendo, pela natureza do próprio objeto, mudar de sujeito, nem mesmo pela vontade do seu titular. Incluem-se, por isso, naquela categoria excepcional de direitos sobre os quais o sujeito não tem poder jurídico, e que, segundo a solução que se dá ao problema, podem classificar-se como direitos com conteúdo mais restrito que o normal, ou como direitos que não são acompanhados por uma faculdade paralela de disposição. Os direitos da personalidade estão subtraídos à disposição individual, tanto como a própria personalidade.⁹⁴

Dependendo do bem da personalidade que estiver em discussão, a interpretação da indisponibilidade vai variar muito. Em relação aos bens da vida ou da integridade física, logicamente a questão da indisponibilidade assume caráter capital, envolvendo discussões sérias como, por exemplo, a do suicídio (que é o que significaria dispor da vida).

⁹¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p.11.

⁹² PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade no direito português. In: SARLET. Ingo Wolfgang (Org.), **A constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 63.

⁹³ O direito de imagem, que é um direito fundamental e um direito da personalidade, é uma exceção à regra, em relação a essas características da intransmissibilidade e da indisponibilidade. Esse ponto será discutido com mais profundidade posteriormente, no capítulo 3 dessa dissertação, dedicado ao estudo do direito de imagem.

⁹⁴ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 58.

No caso do direito de imagem, existe uma certa flexibilização, pautada sempre no consentimento do titular do direito. Nesse sentido, Adriano de Cupis explica que a possibilidade de dispor do bem está relacionada com o fato do direito de imagem ser um direito subjetivo:

De a vontade individual ser dotada de tal força jurídica, resulta que, nos sujeitos relativamente aos quais se manifesta, cessa a obrigação que derivava da norma e o correspondente direito subjetivo sofre uma correlativa limitação. Por consequência, a faculdade de consentir a lesão de um direito está compreendida na faculdade de disposição, entendida no sentido lato como faculdade de determinar o destino do direito subjetivo.⁹⁵

Assim, Adriano de Cupis mencionou, categoricamente, que “pode dispor-se do direito à própria imagem. De fato, pode consentir-se quer no exame por determinadas pessoas, quer na exposição, reprodução ou comércio do próprio retrato.”⁹⁶

Quanto à classificação, Carlos Alberto Bittar enuncia que os direitos da personalidade distribuem-se em: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais, assim explanando tal classificação:

Os primeiros (direitos físicos) referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efígie); os segundos (direitos psíquicos) relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo) e os últimos (direitos morais) respeitantes a atributos valorativos da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo a identidade; a honra; as manifestações do intelecto).⁹⁷

De certo modo, esse é o problema de se reconhecer os direitos da personalidade através de um rol fechado de direitos, de um *numerus clausus*. Em alguns países, como Portugal, fez-se a opção de reconhecer um direito geral de personalidade, que permite a inserção de novos direitos, à medida que emergem novas situações jurídicas. Paulo Mota Pinto expõe que o ordenamento português reconhece o direito geral de personalidade, embora

⁹⁵ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 61.

⁹⁶ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 146.

⁹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p.17.

destaque também os bens da personalidade que já se consagraram como direitos:

O direito geral da personalidade é, neste sentido, aberto sincrônica e diacronicamente. Permitindo a tutela de novos bens, face a renovadas ameaças à pessoa humana, sempre tendo como referente o respeito pela personalidade. (...) Há também uma tutela de particulares bens da pessoa, que, sendo decorrências ou projeções da personalidade em diversas áreas, se foram destacando à medida das necessidades e se afirmaram como objeto de direitos distintos.⁹⁸

André Ramos Tavares salienta que toda a celeuma acerca de um direito único ou plural evidencia a importância da relevância dos direitos da personalidade. Além disso, demonstra que, de certa forma, o ordenamento jurídico brasileiro fez a opção por uma visão “plural”, uma vez que cita diversos deles em separado:

Ademais, na Constituição brasileira vigente há expressa categorização individualizada de diversas espécies decorrentes, claramente, do Direito da personalidade, o que implica na opção positivada por mais de um direito e suas correspondentes tutelas.⁹⁹

Rubens Limongi França propõe que se estudem os Direitos da Personalidade a partir de duas categorias distintas, em relação à extensão dos direitos. A primeira delas, em sentido estrito, “como um direito geral e único da pessoa sobre si mesma”¹⁰⁰ e a outra em sentido lato, “além deste, quanto respeito, outrossim, aos seus diversos aspectos, projeções e prolongamentos.”¹⁰¹ Com isso, o autor evita a “bizantina discussão de teóricos, sem que se chegue a acordo”¹⁰², mas ao mesmo tempo fornece uma abertura teórica para a discussão dos Direitos da Personalidade sobre os dois aspectos.

⁹⁸ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 68.

⁹⁹ TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação em face do direito à Privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito à Privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005, p. 232.

¹⁰⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade, coordenadas fundamentais. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 38, p. 05-17, dez. 1992, p. 10.

¹⁰¹ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade, coordenadas fundamentais. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 38, p. 05-17, dez. 1992, p. 10.

¹⁰² FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade, coordenadas fundamentais. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 38, p. 05-17, dez. 1992, p. 10.

2.2 - A inserção dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002

No âmbito tradicional do Direito Civil brasileiro, o principal sujeito de direito era o sujeito burguês, e o Código Civil tratava basicamente de alguns personagens sociais: o marido, o proprietário, o contratante, o testador e o empresário:

O Direito Civil tradicional é acima de tudo um direito do sujeito burguês e, assim sendo, o homem burguês é aprioristicamente um homem privado. Há três importantes dimensões do viver privado – pilares fundantes – captadas pelo direito civil: a perspectiva contratual que é o modo de circulação de bens; a dimensão patrimonial que é a maneira do homem se apropriar dos bens; e o projeto parental que o sujeito tem exteriorizado pela família.¹⁰³

Com o advento da Constituição da República de 1988, pautada no princípio da dignidade humana, o Direito Civil passou por muitas modificações, principalmente inserindo a proteção de bens jurídicos que estão fora das questões patrimoniais. Além disso, os fenômenos da repersonalização do ordenamento jurídico e da constitucionalização do direito privado¹⁰⁴ alteraram definitivamente o perfil do deste. Luiz Edson Fachin aponta que o Código Civil de 2002 sofreu influências contextuais importantes:

No tempo das fragmentações legislativas e da despatrimonialização do direito privado, da constitucionalização do direito de família e da defesa principiológica e valorativa das relações de afeto, o que se viu produzir, no campo das representações políticas do Estado, foi o novo Código Civil brasileiro em vigor.¹⁰⁵

Rubens Limongi França¹⁰⁶ dispõe quais foram os Direitos da Personalidade trazidos por Orlando Gomes ao Anteprojeto do Código Civil, no Livro das Pessoas, caps. III e IV, artigos 29 a 44, baseado no anteprojeto francês:

¹⁰³ FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 104.

¹⁰⁴ Ambos mencionados anteriormente nessa dissertação, nos itens 1.3 e 1.4.

¹⁰⁵ FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 110.

¹⁰⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade, coordenadas fundamentais. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 38, p. 05-17, dez. 1992, p. 08.

Cap. III – Dos Direitos da Personalidade

(artigos 29 – tutela dos Direitos da Personalidade; 30 – atos de disposição do próprio corpo; 31 – disposição do cadáver; 32 – Direito ao Cadáver; 33 – tratamento médico; 34 – exame médico; 35 – perícia médica; 36 – reprodução da imagem; 37 – Direitos Autorais;)

Cap. IV – Do Direito ao Nome

(artigos 38 – Direito ao Nome; 39 – alteração do nome; 40 – nome da mulher casada; 41 – proteção do Direito ao Nome; 42 – restrição ao emprego de nome alheio; 43 – proteção ao pseudônimo; 44 – prova de identidade pessoal).

De certa forma, o Novo Código Civil vai manter o mesmo elenco de temas do Anteprojeto de Orlando Gomes, quando no capítulo dos Direitos da Personalidade.

O Código Civil de 2002 traz um elenco de Direitos da Personalidade no Título I, reservado às pessoas naturais, em capítulo próprio (capítulo II), nos artigos 11 a 21. Em resumo, eles dispõem sobre: as características dos Direitos da Personalidade (art. 11); a tutela dos Direitos da Personalidade (art. 12); o direito ao próprio corpo (arts. 13, 14, 15); o direito ao nome (arts. 16 a 19); o direito à honra (art. 20); o direito à imagem (art. 20) e o direito à privacidade (art. 21). É bom lembrar que esse rol não é taxativo, porque a pessoa deve ser protegida de todos os ângulos possíveis, além do que, existem muitos atributos da personalidade que derivam dos já relacionados.

Os Direitos da Personalidade trazidos no Código Civil abrangem aspectos físicos, intelectuais e morais da personalidade. Sendo cada um dos direitos abordados direitos complexos, não há que se pensar que cada direito abranja apenas um desses aspectos. O direito ao próprio corpo, por exemplo, por óbvio apresenta a proteção do aspecto físico do corpo. Contudo, não deixa de abordar questões de ordem moral, como por exemplo, confere à própria pessoa a convicção de ser submetido a certo tratamento médico ou não, em caso de risco de vida.

Dessa forma, cada um dos Direitos de Personalidade do Código Civil merece análise sistemática de seus conteúdos, porque eles abordam ampla proteção à pessoa de direito.

2.3 - O direito à imagem tutelado como um dos direitos da personalidade

Rubens Limongi França conceitua que os direitos da personalidade são “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções.”¹⁰⁷ Dentre esses aspectos, o autor pontua os de natureza física, intelectual e moral. Quanto ao direito à imagem, leciona, abrange a proteção de aspecto de natureza moral dos direitos da personalidade.¹⁰⁸

Não está o autor citado deixando de considerar o direito à imagem como um direito autônomo. Está, outrossim, evidenciando que o direito à imagem está garantindo não propriamente a integridade física da pessoa, mas a sua integridade moral. Isto é, uma violação ao direito de imagem não ameaça a saúde da pessoa, seu corpo, seu cadáver, sua vida, ou qualquer aspecto estético da pessoa. O direito de imagem protege interesses essencialmente morais da pessoa: direito à deliberar sobre a divulgação ou não da sua imagem.

No mesmo sentido, Regina Sahm chama a atenção para a característica da não-patrimonialidade do direito de imagem:

A honra, a imagem, a obra do espírito, o nome, a intimidade, são bens fora de comércio. Mesmo que se admita a comercialização da imagem, do nome e da obra de espírito, estes jamais se desligam totalmente de seus titulares em razão de um direito moral que compõe sua natureza jurídica.¹⁰⁹

Silma Mendes Berti¹¹⁰ entende que o conteúdo do direito à imagem é resultante da união de dois elementos opostos. Esse duplo aspecto, por um lado, protege um interesse moral que tem a pessoa de se opor a divulgação da sua imagem, sendo um direito negativo. Ao mesmo tempo, assegura um interesse material, impedindo que a sua imagem seja explorada sem autorização, conferindo-lhe o monopólio de sua exploração. A possibilidade de explorar a própria imagem, por outro lado, representa um

¹⁰⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade, coordenadas fundamentais. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 38, p. 05-17, dez. 1992, p. 05.

¹⁰⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade, coordenadas fundamentais. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 38, p. 05-17, dez. 1992, p. 10.

¹⁰⁹ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo código civil, Lei 10.406, de 10/01/2002**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 23.

¹¹⁰ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 35 e 36.

direito positivo: “É então um direito de personalidade extrapatrimonial, protegendo interesses morais. É também direito patrimonial assegurando a proteção de interesses materiais.”¹¹¹

Como apontado por Silma Mendes Berti, essa concepção dualista do direito de imagem surgiu por influência do Direito americano, que estabeleceu a distinção entre os aspectos moral (*right of privacy*) e material (*right of publicity*) do direito de imagem:

O *right of privacy*, direito ao respeito à vida privada, é considerado como um natural desdobramento dos demais direitos da personalidade. É direito extrapatrimonial e ressalta o aspecto moral do direito à imagem.

O *right of publicity*, direito à exploração exclusiva dos sinais característicos da personalidade humana, é a consagração do direito que cada indivíduo possui de recolher o proveito econômico resultante do valor publicitário e comercial da própria imagem. É direito patrimonial e ressalta o aspecto material deste direito.¹¹²

Importante destacar que não há incoerência no raciocínio de Silma Berti, ao classificar a natureza jurídica do direito à imagem como direito extrapatrimonial e depois indicar que ele abrange um duplo aspecto de proteção, moral e patrimonial. São os efeitos ou interesses do bem em questão, que é a imagem, um direito essencialmente extrapatrimonial, que se desdobram em dois aspectos. Não há confusão por não se estar falando da mesma categoria de conceitos: num caso da natureza do bem e no outro caso dos interesses do bem.

Pontes de Miranda entende que o direito à imagem é um direito da personalidade, mas o direito ao uso da imagem, por ser pautado em interesses patrimoniais, não o é.

Na visão de Pontes de Miranda, quando o conteúdo da discussão do direito à imagem envolver o direito à divulgação ou à publicação da imagem, envolvendo lucro ou não, não se estaria discutindo uma questão de direito de personalidade, mas de direito de uso: “O direito de fixar, publicar ou difundir o retrato (a imagem) pertence à pessoa identificada, porém não é direito de personalidade; é direito que toca à pessoa por ter interesse em que não se use,

¹¹¹ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 36.

¹¹² BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 38.

a líbito, a sua imagem.”¹¹³ Na verdade, o autor diferencia que a faculdade de consentir o uso da imagem não é conteúdo do direito da personalidade, mas seria o exercício dele.

Diferentemente da maioria dos direitos da personalidade, o direito de imagem não tem a característica da indisponibilidade, pois é possível ao titular a cessão temporária desses direitos. No entanto, como salienta Regina Sahm, há limites para a concessão do direito de imagem, não sendo possível a alienação:

A comercialização da imagem não altera a substância do corpo, não afeta a capacidade de sobrevivência cedida, sempre retorna íntegra ao titular diferentemente da cessão da intimidade, que, uma vez revelada, perde em parte sua integridade. Nem por isso é absoluto o direito à disposição da imagem no sentido de alienação. A qualquer momento, desde que respeitado direito de terceiros, é ressalvado o direito ao arrependimento.¹¹⁴

Observando-se em análise detalhada o bem violado, Carlos Alberto Bittar leciona que se podem classificar os danos em patrimoniais, pessoais ou morais, podendo alcançar a expressão física (corpórea), psíquica ou moral das pessoas físicas, além do aspecto patrimonial:

Nesse sentido, como assinalamos alhures: a) são patrimoniais os prejuízos de ordem econômica causados por violações a bens materiais ou imateriais de seu acervo; b) pessoais, os danos relativos ao próprio ente em si, ou em suas manifestações sociais, como, por exemplo, as lesões ao corpo, ou a parte do corpo (componentes físicos), ou ao psiquismo (componentes intrínsecos da personalidade), como a liberdade, a imagem, a intimidade; c) morais, os relativos a tributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação, e as manifestações do intelecto.¹¹⁵

Em resumo, a maioria dos autores citados reconhece que o direito de imagem é tutelado como um direito da personalidade, destacando o caráter extrapatrimonial desse direito. Existe, no entanto, certa divergência sobre a natureza do caráter extrapatrimonial, por vezes entendida em seu aspecto

¹¹³ MIRANDA, Pontes. Direito à própria imagem. In: _____. **Direito de Personalidade**. Direito de Família. Tomo VII. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 112.

¹¹⁴ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo código civil, Lei 10.406, de 10/01/2002**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 38.

¹¹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 33-34.

moral e por outras vezes identificada por serem da estrutura psíquica da pessoa (da estrutura psíquica da personalidade).

Por outro lado, os mesmos doutrinadores estudados destacam o interesse patrimonial proveniente do direito de imagem. Resta ressaltar, quanto a isso, que o dano em si do direito de imagem continua sendo de natureza imaterial (podendo ser usada, em substituição, a terminologia extrapatrimonial ou moral), embora se possa admitir que o efeito do dano ou o seu reflexo possa ser patrimonial.¹¹⁶

Como característica geral, os bens do direito de imagem, que pertencem ao direito de personalidade, são absolutos, extrapatrimoniais, indisponíveis, inalienáveis, intransmissíveis¹¹⁷. No dizer de Silma Berti¹¹⁸, o direito de imagem é absoluto, devendo ser respeitado por todos, sendo oponível *erga omnes*; é extrapatrimonial, por lidar com bens insuscetíveis de avaliação pecuniária (de interesse moral), mesmo que tenha reflexos econômicos; é indisponível e inalienável, por que a pessoa não pode renunciar ao direito de imagem, embora possa ceder o exercício de parcelas deste direito; é intransmissível porque se extingue com a morte do titular, embora seja conferido aos herdeiros um direito novo de tutelar a imagem do morto.

Na visão de Regina Sahlm¹¹⁹, o direito à imagem tem os seguintes caracteres: é absoluto; é extrapatrimonial; é indisponível; é intransmissível; é irrenunciável. É absoluto por ter que ser respeitado por todos, inclusive pelo próprio titular do direito. É extrapatrimonial porque não é um direito passível de valoração econômica, como todo direito de personalidade. É indisponível, porque mesmo os atos de disposição da imagem só serão válidos se não implicarem a privação da imagem. É intransmissível, de acordo com a regra geral dos direitos da personalidade, perdurando enquanto perdurar a

¹¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.39. Nesse sentido, por mais paradoxal que pareça, Carlos Alberto Bittar defende que “nem toda violação a direito da personalidade produz dano moral, ou somente dano dessa natureza: pode ou não haver, ou mesclar-se a dano patrimonial. (...) Assim, na utilização indevida da criação estética alheia, com ou sem violação dos direitos morais do autor: na primeira hipótese, pode alcançar-se reflexo moral, enquanto na segunda o fato lesivo pode restringir-se a consequências meramente pecuniárias.”

¹¹⁷ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 41-47.

¹¹⁸ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 42-45.

¹¹⁹ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo código civil, Lei 10.406, de 10/01/2002**. São Paulo: Atlas, 2002, p.161-178.

personalidade do sujeito; mas há que se pensar, no entanto, que a imagem física desaparece após a morte, enquanto a reprodução da imagem pode permanecer por muito tempo. Caso haja um direito sobre a imagem representada do cujos aos herdeiros, esse será um direito novo, e não um direito transmitido. É irrenunciável, não podendo o titular do direito se desfazer do direito à imagem, nem mesmo a autorização tácita deve ser interpretada como renúncia (a qualquer momento o titular pode impedir ou interditar a publicação).

3 - PANORAMA SOBRE O DIREITO À IMAGEM

3.1 - Conceitos de imagem.

O conceito de imagem em um dicionário de filosofia se resume a: “Imagem. Semelhança ou sinal das coisas, que pode conservar-se independentemente das coisas. (...) A imagem é: 1º produto da imaginação; 2º sensação ou percepção, vista por quem a recebe.”¹²⁰ A imagem é o que o pensamento forma por sua conta ou é a marca que a coisa deixa na “alma”? Em outras palavras: a imagem é criação subjetiva de quem vê ou ela é uma marca objetiva deixada pela pessoa ou coisa que foi observada?

Assim, tomando-se a primeira acepção do conceito de imagem, a imagem de uma pessoa poderia ser a impressão que um terceiro tem de alguém. Isto é, a imagem de uma pessoa seria fruto da criação subjetiva de quem vê (do receptor da imagem), relacionando-se com a aparência daquela pessoa, que permitiu que um terceiro formasse uma imagem dela. Ressalte-se que essa “marca” ou essa “impressão”, baseada na aparência de alguém, pode ser em relação ao seu aspecto físico ou à sua personalidade, podendo corresponder à realidade ou não. Por exemplo, uma mulher que esteja acima de seu “peso ideal” pode vestir-se de forma a causar a impressão de estar em forma, sendo considerada por um terceiro que a vê como uma mulher magra (mesmo sem que isso seja verdade); em outro exemplo, uma pessoa pode causar a impressão de ter um temperamento plácido, de manter o controle de suas emoções, até o dia em que um fato qualquer a demova do seu equilíbrio psíquico, causando o espanto de todos que construíram a sua imagem como uma pessoa “calma”. Em todos os exemplos citados, a relação entre a imagem produzida e a coisa em si, nesse caso a pessoa, não passa de um simulacro da verdade, ou em outras palavras, uma “mentira”.

Em recente acórdão¹²¹, um jornal é condenado a pagar indenização de R\$ 8.000,00 por publicar equivocadamente a foto de uma pessoa. Ocorre que a foto estava relacionada a notícia que informava que o

¹²⁰ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. e revisão de Alfredo Bosi. 4ª ed., São Paulo, Marins Fontes, 2000, p. 537 (verbetes “imagem”).

¹²¹ Apelação 0010485-77.2010.8.26.0400, Relator(a): Percival Nogueira, 6ª Câmara de Direito Privado – processo de Olímpia, julgado em 13/09/2012.

autor fora partícipe de fato constrangedor (fato esse não mencionado no acórdão). Assim, ao autor fora imputado fato totalmente inverídico pelo jornal, pelo erro na publicação da foto que apenas constava de seus arquivos:

A imagem serve como individualização da pessoa e é afirmada como direito indisponível, constitui o sinal, a forma da personalidade do indivíduo, e está indissociavelmente relacionada a seu titular com idêntica força atrativa.¹²²

Mas a pergunta que se faz é de natureza jurídico conceitual: ocorreu na lide supra mencionada violação do direito de imagem ou violação da honra da pessoa envolvida, senão violação de ambos os direitos? É bom ressaltar que a foto, embora não seja a cópia fiel e exata da pessoa, serviu muito bem para identificá-la. Pontua-se que a discussão sobre a verdade é pertinente ao direito à honra, mas em relação ao direito de imagem cabem outras discussões distintas dessa, a serem trazidas posteriormente nessa dissertação.

Ato contínuo, de acordo com o segundo sentido do conceito de imagem, esta pode ser uma emanção objetiva produzida pela pessoa ou coisa observada. Nesse caso, uma imagem seria o produto da captação de algum dos traços concretos da pessoa observada por um terceiro, seja um traço físico ou um traço da sua personalidade. Nesse caso, é possível admitir que existe certa semelhança entre a imagem da pessoa captada e a pessoa mesma observada. Ou seja, essa imagem captada será uma verdade parcial, se comparada com a totalidade da pessoa que foi o seu referente.

A partir do raciocínio exposto devemos concluir que nunca haverá coincidência absoluta entre a pessoa, em toda a sua existência ontológica, e a imagem de uma pessoa.¹²³ Partindo-se dessa constatação, então, a pergunta

¹²² Apelação 0010485-77.2010.8.26.0400, Relator(a): Percival Nogueira , 6ª Câmara de Direito Privado – processo de Olímpia, julgado em 13/09/2012

¹²³ PLATÃO. **A República**. 3. ed., 7. reimpr. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 2013. Essa discussão sobre a verdade ou a mentira da imagem fundamenta-se na forte influência da tradição filosófica da teoria platônica. Em defesa do 'Mundo das Ideias', Platão distinguiu a aparência da essência, através da enunciação do Mito da Caverna. Para explicar que os homens estavam acostumados a ver apenas a aparência das coisas, o filósofo usou a alegoria de homens prisioneiros em uma caverna escura, dentro da qual não era possível "enxergar" o mundo, mas apenas as sombras e reflexos desse mundo: "Pensas que, nessas condições, eles tenham visto, de si mesmo e dos outros, algo mais que as sombras projetadas pelo fogo na parede oposta da caverna?" Para Platão, a verdadeira essência seria revelada no momento em que os homens se adaptassem a ver os objetos à luz do Sol: "Finalmente, julgo eu, seria capaz de olhar para o Sol e de o

que se faz é: se signo e objeto não são a mesma coisa, qual é a relação que guardam entre si?

Desde o mundo antigo foram instauradas investigações acerca do vínculo dos códigos (visual, verbal etc.) com o seu objeto, como foi o caso da obra “Crátilo”, um dos diálogos de Platão. Nessa obra inaugural sobre o assunto, discutiu-se se os nomes (as palavras) possuíam um vínculo natural com as coisas que significavam, ou eram apenas convenções, acordos entre os homens:

Sócrates: Mas vimos que as ações não são relativamente a nós, mas têm uma certa natureza própria que é sua.

Hermógenes: Assim é.

Sócrates: Desse modo, e para estarmos de acordo com o que foi dito anteriormente, as coisas devem ser nomeadas como lhes pertence por natureza serem nomeadas e por meio do que devem sê-lo, e não como nós queremos; e assim, faremos e nomearemos melhor, mas de outra maneira não.¹²⁴

É importante constatar que enquanto Platão tratava do problema da linguagem, de certa forma abordava questões sobre a natureza do ser, e sobre o interesse em atingir um real conhecimento das coisas. Logo no início da obra o filósofo sugere que os homens possuem opiniões particulares, e que as coisas não deixam de ser o que são em razão da visão de um ou de outro homem, pois as coisas possuem existência (essência própria):

Sócrates: Vamos então ver, ó Hermógenes, se te parece que acontece o seguinte com os seres: a sua entidade é uma coisa particular para cada um, como ensinava Protágoras, dizendo que “o homem é a medida de todas as coisas” – ou seja, que todas as coisas são para mim tal como me aparecem, e que são para ti tal como te aparecem; ou parece-te que as coisas têm uma certa entidade¹²⁵ estável que é a sua?¹²⁶

(...)

Sócrates: Então, se nem todas as coisas são da mesma maneira para todos, simultaneamente e para sempre, nem cada coisa é para cada em particular, é evidente que as coisas têm uma certa entidade estável, que não é relativamente a nós nem é por nós ; que não é arrastada para cima

contemplar, não já a sua imagem na água ou em qualquer outra parte, mas a ele mesmo, no seu lugar.” Essa foi a forma que o filósofo encontrou de fixar novos caminhos para a filosofia, abandonando o mundo das aparências, das sensações, da opinião (ou *doxa*), em busca de um conhecimento verdadeiro, apoiado na ciência (ou *episteme*): “Se o objeto da ciência é o Ser, o da opinião há de ser outra coisa que não o Ser? Há de ser outra coisa.” p.176, 210, 211.

¹²⁴ PLATÃO. **Crátilo**. Coleção Pensamento e Filosofia. trad. Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, (387 d), p. 48.

¹²⁵ Em outras traduções pesquisadas, a palavra entidade foi traduzida por essência.

¹²⁶ PLATÃO. **Crátilo**. Coleção Pensamento e Filosofia. trad. Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, (386 a), p. 46.

e para baixo por ação da nossa fantasia; mas tem uma entidade que é em si mesma e relativamente si mesma, a qual é por natureza.¹²⁷

Ao longo do livro, Platão, na voz do “personagem” Sócrates, induz o leitor a pensar que está convencido de que existe uma razão natural para o nome das coisas, sendo esta tarefa de dar nomes ofício para pessoas especializadas, com conhecimento de causa, ilustrando sua argumentação com inúmeros exemplos, demonstrando de onde eram provenientes os nomes dos deuses, como foram acrescentadas cada uma das sílabas:

Sócrates: Nesse caso, ó Hermógenes, a atribuição dos nomes arrisca-se a não ser uma coisa desprovida de importância, como tu pensas, nem para homens desprovida de importância, nem para homens desprovidos de importância ou para qualquer pessoa. E Crátilo diz a verdade quando diz que os nomes pertencem às coisas por natureza e que nem todas as pessoas são artifices dos nomes, mas só aquele que fixa os olhos no nome que é, por natureza, o nome de cada coisa e é capaz de impor a sua forma às letras e às sílabas.¹²⁸

Em meio a esta discussão sobre a linguagem, Platão enuncia breve reflexão sobre a imagem, explicitando que por mais que uma imagem seja semelhante a um objeto, jamais poderia substituí-lo:

Sócrates: (...) No entanto, relativamente a uma certa qualidade e, de uma maneira geral, às imagens, receio que a correção não seja a mesma, mas que, pelo contrário, não deva mostrar completamente aquilo de que é imagem, para poder ser imagem. Mas investiga o que quero dizer. Não é certo que haveria duas coisas, a saber, Crátilo e a imagem de Crátilo, se um deus não se limitasse a representar apenas a tua cor e a tua forma, como os pintores, mas produzisse também todas estas coisas que estão no teu interior, mostrando a mesma suavidade e o mesmo calor, introduzindo nelas o movimento e a alma e a razão, tal como estão em ti e, em suma, todas as coisas que tu és, as dispusesse todas elas ao teu lado? Isso seria Crátilo e uma imagem de Crátilo, ou seriam dois Crátilos?

Crátilo: Parece-me que seriam dois Crátilos, ó Sócrates.

Sócrates: Vês então, meu amigo, que é necessário que procuremos outra correção para as imagens, e para aquilo de que agora falávamos, sem queremos necessariamente que deixem por completo de ser imagens, se se lhes retirar ou acrescentar qualquer coisa? Ou não sentes quão longe estão as imagens de possuir as mesmas características que possuem aquelas coisas de que são imagens?¹²⁹

Na passagem supra mencionada Platão especula que, se fosse possível instituir todos os traços de uma pessoa numa imagem, além da cor e

¹²⁷ PLATÃO. **Crátilo**. Coleção Pensamento e Filosofia. trad. Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, (386 e), p. 47.

¹²⁸ PLATÃO. **Crátilo**. Coleção Pensamento e Filosofia. trad. Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, (390 e), p. 53.

¹²⁹ PLATÃO. **Crátilo**. Coleção Pensamento e Filosofia. trad. Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, (432 b, c, d), p. 113.

da forma, até o movimento, a alma e o raciocínio de alguém, o resultado seria um “clone” dessa pessoa, e não uma imagem. Ou seja, é esperado da imagem de alguém que ela seja diferente da pessoa representada, que ela traga traços a mais ou traços a menos. Em outras palavras, não há expectativa que o signo se iguale ao objeto.

De outro ponto de vista dos estudos da imagem, a teoria semiótica da linha de Charles Sanders Peirce ocupa-se de classificar qual o tipo de relação que existe entre o objeto representado (o referente) e o resultado da representação (o signo). De início parte-se do princípio que a imagem é um signo, e como tal guarda conexões com o objeto, sem sê-lo. No dizer de Philippe Dubois, a classificação dos signos dessa linha de pesquisa poder ser resumida em índices, ícones e símbolos:

Os índices são signos que mantêm ou mantiveram num determinado momento do tempo uma relação de conexão real, de contiguidade física, de co-presença imediata com o ser referente (sua causa), enquanto os ícones se definem antes por uma simples relação de semelhança atemporal e os símbolos por uma relação de convenção geral.¹³⁰

A relação que uma fotografia guarda com o seu objeto é distinta da relação que uma pintura ou um desenho tem com o objeto representado. Uma fotografia analógica é um signo indiciático, porque ela é um registro físico-químico (é produto da reação química, da marca física de um filme ou de um papel fotossensível exposto à luz). Só pode haver a fotografia de uma pessoa se a pessoa existir e se o fotógrafo estiver diante da presença física do retratado.¹³¹ Já o desenho e a pintura são normalmente de natureza icônica. Eles dependem da captação indireta das formas e cores da pessoa retratada, que passou pela clivagem da visão do artista. O artista até poderia, com certo

¹³⁰ DUBOIS, Philippe. **O ato fotográfico e outros ensaios**. trad. Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papyrus, 1993, p. 61.

¹³¹ Apelação 9094134-85.2008.8.26.0000, Relator(a): Miguel Brandi, 7ª Câmara de Direito Privado – processo de Presidente Prudente, julgado em 16/05/2012. Nesse julgado houve alegação de uso indevido da imagem por um jornal. Uma pessoa processou o jornal por ele ter divulgado a foto da sua mãe em leito de hospital (a mãe já havia falecido à época do processo judicial). A finalidade da matéria realizada pelo jornal era de interesse público: denunciar falta de vagas e leitos improvisados para UTI em determinado hospital, o que de certa forma já afastava a responsabilidade e o dever de indenizar. Mas além disso, e como argumento fatal, analisando-se a foto, que fora tirada à distância e que não trazia detalhes identificáveis dos pacientes, comprovou-se que a foto não poderia ser da genitora da autora, uma vez que ela fora tirada um ano depois de sua morte. Ou seja, o argumento crucial pautou-se na natureza indiciática da fotografia: só é possível haver fotografia de algo se existir algo.

esforço, produzir um retrato de alguém fazendo uso apenas da memória que tem dela. O símbolo, por sua vez, por ser o resultado de uma convenção cultural, é o signo que menos tem relação com um objeto em especial, porque ele busca a síntese formal genérica de algo. Desta forma, é possível pensarmos na codificação simbólica de um homem ou de uma mulher, mas é inconcebível a confecção de um retrato por meio de um símbolo.

De qualquer forma, nem a fotografia, nem a pintura e nem o desenho ou o símbolo de uma pessoa tomarão o lugar da pessoa, isto é, a representarão *ipsis literis*. Certos desenhos, pinturas ou caricaturas, que são representações icônicas, isto é, que por natureza dependem da interpretação do artista dos traços do retratado, podem evidenciar características das pessoas antes passadas despercebidas. Por essa razão, na seara do direito de imagem, questiona-se se cabe a oposição ao direito de imagem no contexto da caricatura. Apesar de admitir que muitas vezes a caricatura traz a imagem de um sujeito à tona mais do que uma fotografia, Pontes de Miranda entende que não é possível ao caricaturado opor-se em relação à imagem:

A caricatura é a imagem do que se reflete, da fisionomia ou do todo humano, na psique do caricaturista; é imagem de imagem; pode bem acontecer que apanhe mais do que a fotografia e obtenha exprimir mais do que o retrato a óleo ou a lápis. Mas, por isso mesmo que se tira da imagem interior, não pode opor-se à feita o caricaturando. Se ofende à honra, ou outro direito, é outra questão.¹³²

A reprodução de alguém na forma de caricatura distorce a imagem do indivíduo, mas nem por isso ela é proibida pelo ordenamento: “os costumes têm aceito, nas circunstâncias em que a reprodução da imagem é permitida, a caricatura como possível.”¹³³

No contexto da psicanálise, de acordo com Luiz Hanns¹³⁴, uma imagem não existiria sem o intérprete, que é quem vai dar uma forma captável, um corpo material a ela, podendo compartilhá-la, mostrá-la aos outros. A imagem se forma sempre que um destinatário faz um esforço de colocar algo

¹³² MIRANDA, Pontes. Direito à própria imagem. In: _____. **Direito de Personalidade**. Direito de Família. Tomo VII. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 119.

¹³³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 82.

¹³⁴ HANNS, Luiz Alberto. **Dicionário comentado do alemão de Freud**. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 377.

que se encontra no estado ininteligível para a dimensão da linguagem (inteligível aos sentidos, por exemplo, assumindo forma pictórica, auditiva, de códigos da língua verbal ou musical).

Desta forma, *grosso modo*, a imagem pode ser entendida como uma presentificação (do mundo das ideias, do mundo mental, do inconsciente, de acordo com o contexto epistemológico adotado), na medida em que vai trazer algo não representado, sem materialidade, intangível, para o mundo concreto da representação ou da linguagem.

A imagem, produto da presentificação, pode ser ela mesma de ordem material (um quadro, uma foto, uma escultura etc.) ou de ordem não material (uma imagem mental, um pensamento ou um sonho).

Além disso, há que se considerar que depois da imagem ter sido produzida, acabada ou exteriorizada por alguém, ela passará a ser observada por terceiros que a julgarão por seus filtros de interpretação. Ou seja, a imagem ainda possui uma importante “sobrevida” na sua fase de fruição. Há importantes linhas de interpretação da imagem que a estudam independentemente do seu produtor, depois que a imagem ganhou vida própria, como a da semiótica do visual.

3.2- Panorama sobre o direito à imagem

De que imagem está-se falando no contexto jurídico?

Ao definir a imagem, Silma Mendes Berti admite duas possibilidades de “fonte” da imagem: uma vinculada à essência do homem, e a outra à sua aparência. A autora cita a Bíblia para expressar que a imagem do homem é fruto de algo que lhe é essencial:

Imagem é palavra de origem divina. Surgiu ao ser pronunciada por Deus, quando da criação de sua obra-prima, o homem, feito à sua imagem e semelhança, para encerrar a ideia ou o significado da quase-divina emanção da personalidade humana.¹³⁵

Por outro lado, Silma Mendes Berti também admite que a imagem seja proveniente da imaginação de quem vê, ou seja, uma captação possível da aparência das pessoas, pelo terceiro que a enxerga diretamente ou a

¹³⁵ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 31.

representa em algum meio material: “Pode-se também definir a imagem como figura, aparência das pessoas e das coisas, representadas por nossa imaginação, ou pelo desenho, pintura ou fotografia.”¹³⁶

Na definição de Walter Moraes, o conceito de imagem advém de um aspecto da realidade que não é absoluto, isto é, que está relacionado com todo o entorno da realidade:

Imagem, figura, aparência, aspecto, é aquele conjunto de traços que dá forma exterior a um corpo qualquer, que o faz sensível; é uma evidência e nada há que se demonstrar. Entretanto, a imagem não é uma realidade *per se stante*; nem a vida, nem a saúde, nem a vontade, nem o intelecto são realidades independentes.¹³⁷

Da definição de um conceito de imagem, o estudioso buscou a definição de um conceito de imagem para o âmbito jurídico. Para ele, a imagem objeto de direito engloba tanto a projeção da figura do homem, quanto a imagem resultante da reprodução dessa figura:

Imagem é forma suscetível de existência múltipla segundo a sua natureza, abstração que adere a um corpo que tanto pode ser o seu corpo original como outro para onde transportem certos processos mecânicos ou artísticos. O importante, na espécie, é que a imagem constitui o sinal sensível da personalidade: traduz para o mundo exterior o ser imaterial da personalidade, delinea-a, dá-lhe forma. Ora, parece absurda a ideia de decompor o valor representativo da imagem, de separar o elemento da individuação contido na forma reproduzida do contido na forma original.¹³⁸

Vê-se que Walter Moraes entende por imagem no âmbito jurídico, ou seja, imagem como um bem jurídico a ser protegido, tanto a imagem que é fruto da visão subjetiva do corpo por alguém¹³⁹ (que é uma imagem imaterial) quanto a imagem que se concretizou numa fotografia, pintura ou desenho (que é uma imagem material). Existe algo da essência tanto na figura original observada quanto na figura reproduzida.

¹³⁶ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 32.

¹³⁷ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. **Revista dos tribunais**. São Paulo: ano 61, v. 443, p. 64-81, set. 1972, p. 75.

¹³⁸ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. **Revista dos tribunais**. São Paulo: ano 61, v. 443, p. 64-81, set. 1972, p. 76.

¹³⁹ No mesmo sentido, DORON, Roland e PAROT, Françoise (orgs.). **Dicionário de Psicologia**. trad. Odilon Soares Leme. São Paulo: Ática, 1998, verbete “imagem do corpo”: A própria pessoa também possui uma imagem mental do seu próprio corpo como se este não fosse seu: “A imagem do nosso corpo se assemelha à imagem que dele temos no espelho: ele nos é representado por ela como se o víssemos do exterior; ela é, pois alienante, no sentido de que o representa do pondo de vista do outro.”

Há que se entender que Walter Moraes utiliza um conceito estendido de “corpo”, englobando este também a personalidade essencial do sujeito, chegando a um conceito de imagem exclusivo para o campo do direito: “toda a expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito.”¹⁴⁰

Regina Sahm sintetizou muito bem o que é a imagem: “Imagem não é só a figura original. Também não é somente sua reprodução.”¹⁴¹ No contexto do direito, define que a imagem ou figura física original da pessoa é o fundamento do direito à imagem, o objeto primitivo da tutela do Direito. No entanto, ressalta que também a imagem reproduzida é objeto de tutela, principalmente do ponto de vista das leis autorais. Do ponto de vista do representado, a confecção da imagem deve preceder de sua autorização do titular.

Pontes de Miranda, em contraposição ao pensamento acima exposto, entende que o direito à imagem só seria um direito de personalidade quando tivesse por conteúdo a reprodução das formas, ou da voz ou dos gestos de alguém servindo exclusivamente à identificação pessoal. Defendia a tese do direito à própria imagem como um direito à identidade:

A imagem serve à identificação pessoal. No sentido de direito a que se não atribua a outrem que o próprio a imagem, é indiscutível que o direito à própria imagem existe, como um dos direitos contidos no direito à identidade pessoal, ao lado do nome. Se A usa como *imagem* sua a de B, certo que A violou o direito à própria imagem que tem A.¹⁴²

Na interpretação de Pontes de Miranda, portanto, a violação do direito à própria imagem ocorreria quando houvesse adulteração da identidade de um sujeito. Importante acrescentar que o estudioso inclui, além da reprodução das formas das pessoas, visualmente perceptíveis, o som da voz humana e a reprodução dos gestos de alguém como características da

¹⁴⁰ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. **Revista dos tribunais**. São Paulo: ano 61, v. 443, p. 64-81, set. 1972, p. 77.

¹⁴¹ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo código civil, Lei 10.406, de 10/01/2002**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 32.

¹⁴² MIRANDA, Pontes. Direito à própria imagem. In: _____. **Direito de Personalidade**. Direito de Família. Tomo VII. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 110-111.

identidade.¹⁴³ Sendo assim, o uso indevido da voz, isto é, sem o acompanhamento do devido crédito do dono da voz, configuraria uma violação de direitos: “Tanto o viola quem vende retratos de A, como sendo de B, quanto o que nega que o retrato de A seja de A, ou o que usa o retrato de A como seu. Diga-se o mesmo da voz.”¹⁴⁴

Walter Moraes entende ser falha a tese da identificação pessoal defendida por Pontes de Miranda: “Cumprir não confundir identificação com individuação. A imagem serve à individuação da pessoa; à identificação por via de consequência.”¹⁴⁵ A diferença é que a individuação ocupa-se de um contorno que vai além da lógica da verdade e da mentira, englobando a lógica da identidade e da alteridade, do reconhecimento do sujeito no contexto social. Assim, admitir uma imagem de um sujeito não é apenas identificá-la como a imagem de alguém, mas é sobretudo um reconhecimento dos traços distintivos desse alguém, é passar a saber quem é esse alguém.

De fato, os avanços tecnológicos em relação aos meios de captação de uma imagem, como também da sua divulgação, principalmente em face da mudança da tecnologia analógica para a digital, aumentaram muito as possibilidades da fixação e circulação da imagem.

Acrescenta-se a isso que a tutela da imagem extrapola qualquer meio físico de reprodução, não se limitando este aos meios fotográficos, podendo invadir até as esferas do cinema ou do teatro. É o que advoga Adriano de Cupis:

Embora a tutela da imagem encontre a sua mais frequente aplicação no campo fotográfico, é indiferente, do ponto de vista jurídico, o modo de confecção do retrato da pessoa: ao lado da fotografia, a pintura, a escultura e outras, são diferentes e tantos modos de execução, todos eles abrangidos pela tutela legal, já se sustentou que esta tutela pode aplicar-se mesmo à reprodução teatral ou cinematográfica da pessoa, isto é, à

¹⁴³ No mesmo sentido, MORAES, Walter. Direito à própria imagem. **Revista dos tribunais**. São Paulo: ano 61, v. 443, p. 64-81, set. 1972, p. 77: Em relação à voz, Pontes de Miranda não é o único a inseri-la no campo do direito de imagem: “Estendam-se tais considerações à imagem dinâmica da voz e dos gestos capaz, tanto quanto a imagem plástica, de traduzir a personalidade do sujeito em formas sensíveis (...)”

¹⁴⁴ MIRANDA, Pontes. Direito à própria imagem. In: _____. **Direito de Personalidade**. Direito de Família. Tomo VII. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 111.

¹⁴⁵ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. **Revista dos tribunais**. São Paulo: ano 61, v. 443, p. 64-81, set. 1972, p. 73.

hipóteses em que um artista, através da figura, do gesto, da atitude, reproduz na cena ou na película a pessoa.¹⁴⁶

Adriano de Cupis aponta que até a reprodução fonográfica, ou seja, a reprodução da voz de alguém que seja reconhecível, identificável como de alguém, pode ensejar caso de direito de imagem:

A reprodução fonográfica permite fazer ouvir, através de um disco, a voz da pessoa independentemente da visão da sua figura; ora, tem sido sustentado que aquela proteção, que o direito, instintivamente, sente o dever de conferir à imagem individual, não deve recusar-se à voz.¹⁴⁷

Se havia dúvida em relação à proteção da voz como um dos direitos da personalidade, a sua constitucionalização no art. 5º, inciso XXVIII colocou a ela um fim. Carlos Alberto Bittar define muito bem qual o âmbito desse direito, descrevendo-o como um bem que é mais que uma simples característica individual da pessoa, mas como um talento a ser burilado que pode se tornar o meio de vida de uma pessoa, se ela se desenvolver como cantora, apresentadora ou dubladora, por exemplo:

Trata-se de direito que incide sobre a emanção sonora natural da pessoa, proveniente do aparelho fonador e exercitada em toda a sua evolução para adquirir, na fase adulta, a sua conformação definitiva. Envolvendo o som, por via de tonalidades diferentes – que por técnicas adequadas de treinamento podem ser aprimoradas ou direcionadas – acabando por adquirir contornos próprios, suscetíveis de individualizar a pessoa no meio social.¹⁴⁸

Para Carlos Alberto Bittar, a voz, explorada nos veículos de comunicação, em mídias educativas, de ensino ou entretenimento, deve ser regulada por contratos de concessão ou licença, ou seja, sendo fixados limites e extensões, assim como os contratos de uso da imagem da pessoa. Aliás, para concluir a questão, há que se considerar a voz como integrante do conjunto da imagem da pessoa¹⁴⁹, uma vez que: “Possibilita seja a pessoa mentalmente visualizada por associação, perenizando-se pela fixação.”

¹⁴⁶ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 144.

¹⁴⁷ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 155.

¹⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 99.

¹⁴⁹ No mesmo sentido: JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. In: DELGADO, Mario Luiz. ALVES, Jones Figueiredo. (coord.). **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. Série Grandes Temas de Direito Privado – vol. 1. São

De acordo com Walter Moraes, por outro lado: “o problema (da natureza jurídica do direito de imagem) se situa nos direitos de personalidade.”¹⁵⁰ O autor advoga que o direito à própria imagem não deveria estar vinculado a nenhum outro direito, por uma questão lógica, só é possível considerar a existência de um direito se ele tiver um objeto de tutela autônomo, não podendo ser confundida com a honra, por exemplo:

Não se põe em dúvida que frequentemente a violação do direito à imagem fere conjuntamente a honra do sujeito; nem mesmo que a ofensa à honra mediante o retrato represente não raro elemento de evidência da lesão ao direito à imagem. Mas parece bem claro que, como teoria, a construção é suicida, pois quer instituir um direito sem objeto próprio: um direito à imagem cujo bem tutelado é a honra.¹⁵¹

O objeto do direito à imagem, na visão de Regina Sahm, abrange todo o universo da imagem física. Quanto à imagem física, classificam-se em imagens estáticas ou dinâmicas: “O objeto adquire o aspecto dinâmico quando de sua representação pelas artes em geral: pintura desenho, escultura, fotografia e processos análogos, cinematografia, figuração caricata, reprodução em máscaras.”¹⁵² Ou seja, a autora entende por imagens dinâmicas aquelas que são provenientes da representação da aparência de alguém por um terceiro num meio material.

Regina Saham também inclui as partes do corpo como parte da imagem física: “Partes destacadas do corpo – como olhos, membros, gestos, perfil e mesmo adereços – constituem o bem da imagem desde que por elas se possa reconhecer o indivíduo.”¹⁵³

Também não se pode confundir o direito de imagem com o direito à intimidade, à honra ou à identidade. A primeira argumentação nesse sentido é a de que o legislador mencionou, separadamente, no art. 5º inciso X, que

Paulo: Método, 2009. p. 17: Gilberto Haddad Jabur também considera que a voz integra-se ao patrimônio da imagem das pessoas: “A imagem é a coloração e a exteriorização pessoal enxergada em seu superlativo sentido. E vozes se ajuntaram e se ajuntam para lhe reconhecer a maior amplitude possível.”

¹⁵⁰ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. **Revista dos tribunais**. São Paulo: ano 61, v. 443, p. 64-81, set. 1972, p. 66.

¹⁵¹ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. **Revista dos tribunais**. São Paulo: ano 61, v. 443, p. 64-81, set. 1972, p. 69.

¹⁵² SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo código civil, Lei 10.406, de 10/01/2002**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 25.

¹⁵³ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo código civil, Lei 10.406, de 10/01/2002**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 25.

“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.” Partindo do princípio que o legislador faz uso preciso da linguagem, ele não faria uso de termos sinônimos, mas está abrindo um campo de direito para cada um dos termos utilizados, configurando em cada um deles um bem de direito específico.

A vida íntima está relacionada à esfera privada, exclusiva de cada um, vedada a intromissão alheia.¹⁵⁴ Para haver violação da intimidade deve haver violação da descrição de alguém, da sua vida individual. Normalmente, apenas os indivíduos com quem se desenvolve relações mais próximas se compartilha a intimidade, no contexto das relações afetivas, de amizade ou de parentesco. De imediato pode-se inferir que não serão em todos os casos de violação da imagem que vai haver violação da intimidade.¹⁵⁵ É a conclusão que se chega, considerando-se que apenas algumas reproduções sensíveis de uma pessoa (em qualquer meio), revelam informações da esfera privada ou íntima de alguém.¹⁵⁶

Adriano De Cupis inseriu o direito de imagem no contexto do resguardo, que nada mais é do que a violação da intimidade de alguém:

Uma das manifestações importantes do direito ao resguardo é o chamado direito à imagem. Com a violação do direito à imagem o corpo e as suas funções não sofrem alteração; mas verifica-se relativamente à pessoa uma mudança da descrição de que ela estava possuída, e também uma modificação de caráter moral (a circunspeção, reserva ou descrição pessoal, embora não faça parte da essência física da pessoa, constitui uma qualidade moral dela).¹⁵⁷

¹⁵⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 32.

¹⁵⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 35.

¹⁵⁶ No mesmo sentido: JABUR, Gilberto Haddad. A vida privada e suas esferas. In: _____. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos de personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 268: “Mas a identificação mecânica, gráfica, plástica, fotográfica, analógica ou exata de um indivíduo, qualquer metáfora que a ele conduza, pode, perfeitamente violar dois bens juridicamente protegidos: a imagem e a intimidade. será a intimidade se o objeto da intromissão pertencer ao acervo de fatos e dados cuja salvaguarda exerce o indivíduo. Mas isso não significa que sejam direitos que se confundem, ou tenham dependência recíproca. São, ao contrário, autônomos, porque apresentam nuances que os diferenciam em conteúdo.”

¹⁵⁷ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 140.

É interessante como o próprio defensor do direito da imagem como direito à intimidade reconhece que o direito à imagem não fica restrito a este:

Observemos agora o direito positivo italiano. Ele é muito sensível, neste campo, à exigência individualista. Na verdade, não confere apenas proteção ao indivíduo somente no que diz respeito à esfera íntima da sua vida privada. De fato, resulta do art. 10 do Código Civil, que a imagem da pessoa não pode ser exposta ou publicada por outros, e para esta proibição não se exige que ela tenha sido reproduzida em circunstâncias e em ambientes subtraídos à vista de terceiros.¹⁵⁸

Luiz Alberto David Araújo desenvolveu em sua tese de mestrado dois conceitos distintos de imagem extraídos do texto constitucional:

Podemos afirmar que existem duas imagens no texto constitucional: a primeira, a imagem-retrato, decorrente da expressão física do indivíduo; a segunda, a imagem-atributo, como o conjunto de características apresentados socialmente por determinado indivíduo.¹⁵⁹

O conceito de imagem-retrato envolve não só as feições do indivíduo, como também as partes do corpo, desde que identificáveis: “não basta que a parte do corpo seja pertencente ao indivíduo, mas que, a partir dela identifique-se a pessoa.”¹⁶⁰

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, que ganham notoriedade por servirem de exemplo à sociedade ou mesmo o contrário. Nesse sentido, Luiz Alberto David Araújo assim define a imagem-atributo:

A imagem-atributo é consequência da vida em sociedade. O homem moderno, quer em seu ambiente familiar profissional ou mesmo em suas relações de lazer, tende a ser visto de determinada forma pela sociedade que o cerca, muitas pessoas fazem (ou não fazem) questão de serem consideradas relaxadas meticolosas, organizadas, estudiosas, pontuais ou impontuais. São características que acompanham determinada pessoa em seu conceito social.¹⁶¹

¹⁵⁸ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes editora, 1961, p. 142.

¹⁵⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 27 e 28.

¹⁶⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 75.

¹⁶¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 27.

Regina Sahm também compartilha da mesma interpretação legal da imagem efetuada por Luiz Alberto David Araújo. Entende que o inciso X da Constituição Federal refere-se à regra geral da imagem, a imagem-retrato, e o preceito do inciso V refere-se à imagem-atributo. Apresenta, no entanto uma leitura um pouco distinta, destacando que o objeto da imagem-atributo é a verdade pessoal: “Trata-se do direito do titular de não ser qualificado sem autorização ou de impedir que isso se dê de tal forma que não corresponda a sua verdade pessoal, a imagem de si mesmo.”¹⁶²

A apelação que analisaremos a seguir envolve discussão da imagem-atributo, embora não faça menção ao termo conceitual doutrinário¹⁶³. A lide teve início em razão de uma reportagem da revista “Época”, da Editora Globo, intitulada: “A morte da primeira mulher de Lula”. O texto induzia que a ex-mulher de Lula havia sido vítima de erro médico. Como se a acusação em si não bastasse, veicularam também a foto do médico responsável, obviamente sem sua autorização. A matéria ensejou a propositura de uma ação por dano à imagem do médico. Tendo sido reconhecido o dano *in re ipsa*, sem necessidade de qualquer comprovação, arbitrou-se a indenização de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), sem qualquer alteração da sentença pelo tribunal.

A imagem do médico que foi atingida neste caso foi sua imagem-atributo. A reportagem abalou sua atribuição de médico, e não sua compleição física, por qualificar sua atuação profissional como negativa. É bom lembrar que abalar a imagem profissional de alguém é distinto de abalar a honra pessoal, como alertou Luiz Alberto David Araújo.¹⁶⁴ A imagem-atributo é uma imagem construída em razão de comportamentos reiterados da pessoa no círculo social, conscientemente ou não.¹⁶⁵ Em oposição, a honra toma por

¹⁶² SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo código civil, Lei 10.406, de 10/01/2002**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26.

¹⁶³ Apelação 0100290-82.2007.8.26.0000, Relator(a): Pedro de Alcântara, 8ª Câmara de Direito Privado – processo de São Paulo, julgado em 24/10/2012. Disponível em site do Tribunal de Justiça de São Paulo: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=AA6C8BE7406C4568DF1BBEC484673FDD>, acessado em 16 de dezembro de 2012.

¹⁶⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 31.

¹⁶⁵ No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. Direito à imagem e sua tutela. In: BITTAR, Eduardo C. B. e CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). **Estudos de direito de autor, direito de personalidade, direito do consumidor e danos morais**. Rio de Janeiro: Forense

padrão o homem médio, não tendo relação com a imagem moral individualizada de uma pessoa.

Ainda assim, não é raro encontrar casos julgados em que o direito de imagem fica subordinado ao direito à honra. Este é a hipótese tratada no caso a seguir exposto, que apesar de tratar de flagrante problemática de direito a imagem, por tratar de divulgação da imagem sem autorização, toda a discussão é fundamentada em torno da humilhação de uma criança, que é uma questão de direito à honra.

Os fatos¹⁶⁶ se iniciaram quando um jornal publica matéria (“A fome aperta para os pobres”), inserindo fotografia de criança sem autorização de seu responsável legal, associando a imagem à pobreza. O representante da criança se rebela e move ação contra o jornal, fundamentada na violação do seu direito de imagem. Em defesa, o jornal alega que a matéria era desprovida de qualquer conteúdo sensacionalista, e que portanto não ofendia a honra do autor, além de não gerar proveito econômico. O juiz condena o jornal a pagar R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), não sendo conferida majoração com a apelação do autor.

A chave para o entendimento da imagem é considerar que ela decorre de um direito derivado diretamente da personalidade e não de nenhum outro aspecto conexo à imagem, como a intimidade ou a honra. Sendo assim, qualquer violação do direito de imagem constitui um *dano in re ipsa*, pois ocorre uma violação da própria personalidade. Nesse sentido fica reforçado o caráter de direito absoluto do direito à imagem, cabe ao retratado decidir se quer ou não expor a sua imagem:

Se o bem da imagem constitui objeto autônomo da tutela jurídica que determina *facultas agendi*, um direito a ela, pois assim deve entender-se a faculdade exclusiva de permitir proibir ou revogar-lhe a reprodução, a exposição etc., e se este

Universitária, 2002. p. 79-106. Para a autora, a imagem atributo: “é a personalidade moral (reputação, fama etc.) do indivíduo no mundo exterior.”

¹⁶⁶ Apelação 0024066-86.2006.8.26.0114, Relator(a): Luiz Antonio Costa, 7ª Câmara de Direito Privado – processo de Campinas, julgado em 24/10/2012. Disponível em site do Tribunal de Justiça de São Paulo: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=AA6C8BE7406C4568DF1BBEC484673FDD>, acessado em 16 de dezembro de 2012.

direito é oponível *erga omnes*, seque que o direito à imagem é direito absoluto.¹⁶⁷

Concluimos, então, que o direito à imagem independe da correlação com a violação de outros direitos. Como foi possível demonstrar, essa posição não é unânime entre os doutrinadores e a jurisprudência, mas a autonomia do direito de imagem, preconizada por Walter Moraes nos parece a mais ajustada ao tratamento do direito de imagem.

3.3 - O direito à imagem na legislação

3.3.1 - O direito de imagem na Constituição

Na Constituição da República de 1988, o direito à imagem vem consagrado no art. 5º, nos incisos V, X e XXVIII:

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 acordo com Luiz Alberto David Araújo, o direito de imagem protegido constitucionalmente integra o rol de liberdades públicas.¹⁶⁸

Nesse diapasão, Adriano de Cupis situa que os direitos da personalidade, em razão do interesse do bem tutelado, pertencem ao ramo do direito privado; como estes direitos são sempre ameaçados, o Estado edita normas de interesse público a fim de proteger tais direitos:

¹⁶⁷ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: ano 61, v. 443, p. 64-81, set. 1972, p. 80.

¹⁶⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 20.

A vida, a integridade física, a honra, a liberdade e outros, satisfazem aspirações e necessidades próprias do indivíduo, considerado em si mesmo, e ficam compreendidos, por isso, na esfera da *utilitas* (interesse) privado. Bem se compreende, portanto, que os direitos correlativos pertençam à categoria dos direitos privados. (...)

Fazendo parte da coletividade estatal, o indivíduo tem uma particular exigência da liberdade. E porque aquela coletividade poderia oprimi-lo com o seu poder, ele sente a necessidade contrária. Então, intervém normas de direito público para tutelar a satisfação daquela aspiração colocada em face do Estado.¹⁶⁹

Observa-se que Adriano de Cupis, na esteira de Carnelutti, entende que: “o objeto de toda a tutela jurídica são, não os bens, mas os interesses.”¹⁷⁰ O autor explana que a norma penal, por exemplo, é movida por um interesse público e a tutela da norma é normalmente objetiva. Isto é, depende do poder público mover a ação penal. Por outro lado, existem direitos cuja tutela jurídica dependem do próprio interessado no bem violado, que é o que se conceitua como direito subjetivo: “existe um direito subjetivo desde que o mecanismo da tutela jurídica do interesse esteja nas mãos do sujeito do mesmo interesse.”¹⁷¹ Em continuação, o mesmo autor conclui:

Observaremos que o mecanismo especial da tutela, próprio do direito subjetivo, é acompanhado e explicado no espírito do legislador por uma acentuação do interesse individual. A prevalência do interesse individual revela-se em a atuação da tutela ser confiada ao arbítrio do sujeito.¹⁷²

A tutela civil dos bens da personalidade só se processa a partir da vontade do lesado em promover a ação, donde se conclui que no âmbito dessa dissertação, por uma questão de delimitação de tema, só estamos lidando com direitos subjetivos.

A julgar pela topologia onde se encontra mencionado o direito de imagem na Constituição da República de 1988, o direito de imagem se

¹⁶⁹ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 34 e 35.

¹⁷⁰ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 40.

¹⁷¹ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 43.

¹⁷² DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 44.

configura como um direito fundamental. Nessa condição de direito fundamental pode-se dizer que ele tem uma “incidência publicística imediata.”¹⁷³

Maurício Mazur vê um paradoxo na constitucionalização de certos bens da personalidade, que se tornam direitos fundamentais em razão do sujeito passivo envolvido na relação jurídica. No contexto do direito constitucional, os direitos fundamentais voltam-se como garantias contra o Estado, isto é, o Estado se torna seu principal destinatário, sujeito passivo de uma eventual lide: “Um direito fundamental que tenha como único sujeito passivo entidades privadas não é um verdadeiro direito fundamental ou então não pode deixar de ter como destinatário principal o Estado.”¹⁷⁴

Para resolver esse dilema há que se considerar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que se aplica nas relações entre particulares. Além disso, a importância dos valores serem tutelados como direitos fundamentais confere ao Estado uma obrigação de protegê-los que antes não existiam, independentemente do sujeito passivo envolvido na lide:

A função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela providencia uma explicação dogmática convincente para a eficácia dos direitos fundamentais, da qual a teoria dos deveres de proteção social pode ser qualificada uma vertente evolutiva. A posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais é preservada pela ideia de que sobre ele é que recai a obrigação de protegê-los. E a razão pela qual os particulares são atingidos pelos direitos fundamentais fica clara pelo fato de que o Estado, ou a ordem jurídica, também no campo jurídico-privado, estão vinculados a proteger um cidadão perante outro.¹⁷⁵

Vimos¹⁷⁶ que no Estado Democrático de Direito os direitos individuais, em razão do princípio da dignidade humana, são mais do que respeitados pelo Estado, como são também garantidos por ele, isto é, o Estado tem uma participação ativa na proteção de tais direitos, se houver violação. Nesse contexto se insere o direito de imagem.

¹⁷³ Terminologia utilizada por MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET Gustavo Bonato (Orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 36.

¹⁷⁴ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET Gustavo Bonato (Orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37.

¹⁷⁵ MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET Gustavo Bonato (Orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 47.

¹⁷⁶ Item 1.1 dessa dissertação: O princípio da dignidade humana.

Por outro lado, em razão do fenômeno da publicização do direito privado, expusemos que por influência do direito constitucional, muitos direitos privados, individuais, acabam por ser relativizados pelos direitos sociais ou pelas razões sociais. Nesse diapasão, pode-se discutir se o direito de imagem pode ser relativizado por outros direitos.

No entendimento de Luiz Alberto David Araújo, o direito de imagem pode ser relativizado pelo social:

A garantia do direito de resposta e de proteção à imagem fazem parte desse grupo de direitos. (...) Pode-se concluir que as liberdades públicas, hoje, tendem a ser entendidas mais em relação ao social, dando-se-lhes um enfoque em que o indivíduo pode usufruir seu direito, desde que esse não traga grandes prejuízos para o grupo social. A relativização dos direitos fez com que o conceito de direito à própria imagem fosse alterado. Deve ser ele entendido até onde não prejudique o social.¹⁷⁷

De fato, Luiz Alberto David Araújo chegou à distinção de duas tipologias de direito de imagem para justificar porque este direito é mencionado duas vezes na Constituição da República. Entendeu que a aferição do significado de cada um deles decorre do contexto em que estão inseridos. Sendo assim, o inciso V do art. 5º da Constituição da República se refere à imagem-atributo, porque é colocado ao lado do direito de resposta, enquanto o inciso X do mesmo artigo refere-se à imagem-retrato:

Para a realidade constitucional brasileira, o bem imagem recebe dupla proteção inovadora: como imagem-retrato, sendo colocado ao lado da honra, vida privada e intimidade, e como imagem-atributo, sendo lançado junto ao direito de resposta como um dos bens feridos pelos meios de comunicação.¹⁷⁸

Admitindo-se ou não a construção doutrinária da imagem-retrato e da imagem-atributo do referido autor, faz-se necessário explicar o motivo pelo qual o direito de imagem figurou em dois incisos distintos do art. 5º da Constituição da República. O contexto do inciso V, a julgar pela menção ao direito de resposta, estabelece um contraponto com a liberdade de manifestação do pensamento (que é gênero) e com a liberdade de imprensa (que é espécie). Assim, a garantia contra os abusos da expressão do

¹⁷⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 44.

¹⁷⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 66.

pensamento não fica restrita ao contexto da imprensa, única e exclusivamente. Ele institui a garantia do direito de imagem oponível *erga omnes*:

Em verdade, previu o constituinte que todo aquele que sofrer injusto ataque terá a possibilidade de replicar da mesma forma e na mesma condição, sob pena de se violar direito alheio. Primeiramente, visando a penalizar os eventuais exageros cometidos pela imprensa, o direito de resposta atinge os particulares por assacarem contra outrem.¹⁷⁹

Quanto ao inciso X, do art. 5º, em razão da vizinhança com os termos “intimidade”, “vida privada” e “honra”, fica sugerido que o direito de imagem, ao mesmo tempo que é um direito independente, guarda conexão com a esfera privada desses outros direitos. A proteção desses bens conjuntamente preserva toda a individualidade da pessoa, sendo a imagem um de seus aspectos.

3.3.2 - O direito à imagem no Código Civil

No Código Civil de 1916¹⁸⁰, época em que os próprios meios de reprodução da imagem eram bem artesanais, já se tem notícia do reconhecimento do direito à imagem¹⁸¹. No art. 666, inciso X especificou-se a necessidade de autorização do interessado para se fazer um retrato ou um busto de alguém por um artista, comprovada através da encomenda do mesmo. Ressalte-se que esta tímida referência ao direito de imagem foi inserida em um artigo que tratava de direito de autor (o art. 666). Acrescentou-se, ainda, no mesmo inciso X, a possibilidade de oposição à divulgação da reprodução pelo representado ou sucessores:

Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos de 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.

¹⁷⁹ **Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** Antonio Claudio da Costa Machado (organizador); Anna Candida da Cunha Ferraz (coordenadora). 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2011, art. 5º, inciso V, p. 18-19.

¹⁸⁰ Na pista de AFFORNALI, Maria Cecilia Naressi Munhoz. **Direito à própria imagem.** 1. ed. (ano de 2003), 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 29.

¹⁸¹ O primeiro julgado tutelando o direito de imagem data de 1858, conforme item 3.4.1. dessa dissertação.

O art. 666 do Código Civil de 1916¹⁸² não se encontra mais em vigor, tendo sido revogado antes mesmo da promulgação do Novo Código Civil em 2002, por ocasião da Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que disciplinava os direitos autorais, também esta quase totalmente revogada pela Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.¹⁸³

O art. 20 do Código Civil de 2002 levanta a questão sobre o direito de imagem, estabelecendo que a publicação, exposição ou utilização da imagem depende de autorização da própria pessoa. Se a divulgação da imagem for necessária por questões de “manutenção da ordem pública”, excetua-se a regra. O mesmo artigo pontua que o desrespeito de direito de imagem gera dano, tornando cabível a indenização. Por fim, o parágrafo único do artigo 20 estabelece quem pode demandar em juízo o direito de imagem no lugar da pessoa, só quando esta estiver morta ou ausente:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Na visão de Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli, o dispositivo legal citado não cuidou do direito de imagem da forma como poderia, isto é, detalhando ainda mais as diretrizes do mandamento constitucional sobre o

¹⁸² AMORIM, Sebastião Luiz. Direito à própria imagem. *Justitia*, São Paulo: Ministério Público de São Paulo, ano 41, v. 107, p. 63-67, out./dez. 1979, p. 63. Este artigo comprova que a doutrina já reconhecia, antes do advento da Constituição da República e do novo Código civil, a ilicitude da divulgação da imagem de uma pessoa sem a sua autorização, fazendo menção à necessidade da previsão legal expressa: “Evidentemente, seria de grande utilidade que a lei regulasse a questão de tal forma direta e expressamente que não deixasse margem para qualquer dúvida. Entretanto não é possível desconhecer-se, no mundo atual, o grande valor da fotografia, como meio de difusão de ideias, fazendo com que adquira valor pecuniário de expressão considerável, para aqueles que dela se utilizam, como meio de propaganda e publicidade. A nota caracterizadora do ato ilícito é justamente a finalidade comercial não autorizada na publicação. O art. 159 do Código Civil é bastante claro e assegura a todos a possibilidade de serem indenizados por parte daqueles que violarem direito ou que lhes causem prejuízos.”

¹⁸³ AFFORNALI, Maria Cecilia Naressi Munhoz. **Direito à própria imagem**. 1. ed. (ano de 2003), 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 30.

tema, atualizando um tema de crescente relevância em razão das facilidades tecnológicas que se tem hoje para se produzir e divulgar uma imagem:

O Novo Código Civil, em seu artigo 20, ao tratar do direito à imagem, limitou-se a estabelecer os casos de proibição da publicação, exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa sem o seu consentimento e as hipóteses em que a autorização pessoal do interessado poderá ser dispensada, não dando à imagem tratamento condizente à sua importância de meio de comunicação.¹⁸⁴

Além de não acrescentar nada de novo à matéria sobre o direito à imagem já trazida no texto constitucional, no dizer de Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli, o art. 20 do Novo Código Civil ainda:

(...) pecou ao ensejar entendimento confuso e errôneo. Em uma primeira leitura do art. 20, pode parecer ao intérprete que o cabimento da indenização do dano à imagem condiciona-se ao também atingimento da honra, da boa fama ou da respeitabilidade ou, ainda, **se** o uso lesivo se destinou a fins comerciais.¹⁸⁵(grifos nossos)

De fato, a redação do artigo 20 do Código Civil, ao usar a partícula “se”, parece condicionar o direito de imagem à honra, dando à conceituação de direito de imagem da lei civil conotação que vai de encontro a toda a construção doutrinária da autonomia do direito de imagem. A autonomia do direito de imagem fica expressa, outrossim, no próprio texto constitucional que cita em separado no art. 5º, inciso V a possibilidade de “indenização por dano material, moral ou à imagem” e no art. 5º, inciso X garante a proteção “da imagem”, dentre outros direitos fundamentais. Isto é, a Constituição da República não condiciona o direito de imagem à qualquer outro direito ou evento, nem mesmo à honra, como parece preceituar a lei civil.

3.3.3 - O direito à imagem na Lei de Direitos Autorais.

Inicialmente, é importante ressaltar que o direito de autor está consagrado na Constituição Federal como um direito fundamental, no art. 5º, inciso XXVII:

¹⁸⁴ AFFORNALI, Maria Cecília Naressi Munhoz. **Direito à própria imagem**. 1. ed. (ano de 2003), 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 26.

¹⁸⁵ AFFORNALI, Maria Cecília Naressi Munhoz. **Direito à própria imagem**. 1. ed. (ano de 2003), 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 33.

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:

(...)

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

O mencionado artigo constitucional trata do direito que o autor tem sobre a obra que criou, cabendo a ele decidir dar a ela o destino que quiser e sendo dele o direito de usufruir dela economicamente. No mundo de economia capitalista em que vivemos, nada mais justo do que dar à criação humana um tratamento de “patrimônio”.

A lei vigente especial sobre direitos autorais é a Lei 9.610¹⁸⁶ de 19 de fevereiro de 1998. Ela especifica, em seu artigo 11, quem pode ser considerado “autor”: “é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.” Nos artigos subsequentes, definem-se amplos direitos ao autor sobre as obras que produzir, reforçando o mandamento constitucional da exclusividade de direitos do autor:

Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

(...)

Art. 30. No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito.

A partir dos artigos mencionados infere-se que ninguém pode fazer uso indevido, indiscriminado, desautorizado da criação literária, artística ou científica alheia. Sendo assim, um editor não pode publicar um livro de um autor sem ter acordado nada com o escritor; um empresário não pode fabricar peça baseado em projeto de cientista sem discutir a patente do objeto; um produtor fonográfico não pode reproduzir CDs de música de um autor sem negociar contrato de cessão de direitos.

A referida Lei de Direitos Autorais define, ainda, nos incisos do art. 7º, os tipos de obras que são consideradas criações dos autores, incluindo-

¹⁸⁶ As recentes alterações da lei de Direitos Autorais pela Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013, que está em período de três meses de *vacatio legis* não modificam os artigos que estão sendo discutidos nessa dissertação.

se nesse rol as fotografias e os desenhos, pinturas, gravuras, esculturas, respectivamente nos incisos VII e VIII:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

Do entendimento literal da Lei de Direitos Autorais é claro inferir que um fotógrafo tem direitos sobre a fotografia que produz. Isso significa dizer que esse autor pode divulgar indiscriminadamente as imagens das pessoas que vier a fotografar? A pergunta que se faz é: qual dos direitos deve prevalecer, o direito de autor ou o direito de imagem, uma vez que ambos estão convalidados no ordenamento jurídico brasileiro? Parte da resposta a esta indagação está contida no artigo 79 da Lei de Direitos Autorais, que reconhece as restrições de direito de imagem cabíveis a um retrato fotográfico, exceto se esta fotografia galgar o *status* de fotografia artística, *in verbis*:

Art. 79. O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra fotografada, se de artes plásticas protegidas.

Assim, o art. 79 institui que as regras do direito de imagem prevalecem sobre o direito autoral, em caso de fotografias que envolvem pessoas. Não se configura, desta forma, questão de colisão de direitos, uma vez que o próprio texto legal já traz a solução para o conflito. No entanto, se o retrato fotográfico tiver *status* de obra artística, talvez se instaure um conflito de direitos.¹⁸⁷

¹⁸⁷ No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. Direito à imagem e sua tutela. In: BITTAR, Eduardo C. B. e CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). **Estudos de direito de autor, direito de personalidade, direito do consumidor e danos morais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 87: "O direito à imagem tem também conexão com o direito de autor, que incide sobre a obra fotográfica, cinematográfica, publicitária etc. a Constituição Federal/1988 (art. 5), inc. XXVIII) protege a imagem como direito autoral, desde que ligada à criação intelectual. (...) Fotógrafo e artista plástico têm resguardado o seu direito autoral sobre a obra, que reproduz uma imagem, representando uma pessoa ou registrando tragédias, violências, fatos históricos, sociais ou políticos."

Baseada nessa interpretação, Cláudia Rodrigues pontua que o elemento intelectual da criação perceptível no resultado da imagem que vai determinar a sua tutela: “Sem dúvida, o traço distintivo entre a imagem enquanto direito da personalidade e como direito de autor assenta-se no ato criador, bastando então que falte o elemento da criação intelectual para que o direito à imagem não pertença a este.”¹⁸⁸

No direito italiano, de acordo com Adriano de Cupis: “O direito à imagem prevalece sobre o direito de autor daquele que fez o retrato. Uma vez que o sujeito é tutelado contra a publicidade da sua imagem, o direito de autor é despojado do seu conteúdo.”¹⁸⁹

Por outro lado, é interessante constatar que a própria lei de direitos autorais exclui o representado em um retrato como um possível ofensor dos direitos autorais:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

(...)

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

Estabelece-se, assim, que a pessoa que encomendou um retrato, não importando o meio material em que ele fora feito, tem direito de reproduzir a imagem, independentemente da autorização do autor.

Cabe discutir, ainda, se todas as fotografias devem ser consideradas criações passíveis de serem protegidas pela Lei de Direitos Autorais. Na visão de Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli, em razão do que está expresso no inciso VII do art. 7º: “a proteção jurídica autoral estende-se a qualquer tipo de fotografia.”¹⁹⁰

Tem-se observado, no entanto, que nem a doutrina e nem a jurisprudência tem entendido todas as fotografias como obras protegidas pelo

¹⁸⁸ RODRIGUES, Cláudia. Direito autoral e direito de imagem. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: ano 93, v. 827, p. 59-68, set. 2004, p. 63.

¹⁸⁹ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes editora, 1961, p. 143.

¹⁹⁰ AFFORNALI, Maria Cecília Naressi Munhoz. **Direito à própria imagem**. 1. ed. (ano de 2003), 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 36.

direito autoral. Apenas as fotografias mais bem elaboradas, como, por exemplo, aquelas concebidas efetivamente como obras artísticas.

É o que se pode constatar no julgado¹⁹¹ agora trazido a discussão, cujo tema é o direito autoral de obra fotográfica. O requerente (ex-empregado de uma ótica) alegou que seu ex-patrão (dono da ótica) fez uso indevido de obra fotográfica realizada por ele, infringindo, assim, o direito autoral sobre a sua “obra”. A foto consistia em um retrato do filho do requerente que fora utilizado em cartaz promocional do estabelecimento. O acórdão suscita que “não é qualquer fotografia que pode ser considerada criação artística, a ser protegida pelo direito autoral”. A foto do requerente, por ser muito “singela”, de “qualidade inexistente”, nos termos do acórdão, não suscitarão a proteção dos direitos autorais. Além disso, entenderam os desembargadores, não se pode entender que a fotografia fora usada com intuito comercial porque não foi feita a reprodução da foto em um folheto publicitário. A foto ficara exposta por vários meses em um cartaz promocional dentro do estabelecimento ótico. O autor, que ainda trabalhava no estabelecimento à época dos fatos, não se insurgiu contra a exposição da foto. Dessa forma, considera-se que o autor aceitou, tacitamente, o uso de sua fotografia.

3.3.4 - O direito à imagem na Lei de Imprensa.

É do conhecimento de todos os brasileiros o período de restrições de liberdades vivenciado em razão do regime militar ditatorial, instaurado nas décadas de 60. As normas dos Atos Institucionais de 1964 a 1969¹⁹², editadas pelos Chefes das Forças Armadas, apoiadas pelo Conselho de Segurança Nacional, retiraram dos cidadãos muitas liberdades civis, políticas e sociais. Como exemplo de restrição política, cita-se a determinação de que o presidente da República fosse eleito pelo Congresso Nacional, pelo ato

¹⁹¹ Apelação 9071496-97.2004.8.26.0000, Relator(a): Fabio Tabosa, 2ª Câmara de Direito Privado, julgado em 06/11/2012, Disponível em site do Tribunal de Justiça de São Paulo: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=AA6C8BE7406C4568DF1BBEC484673FDD>, acessado em 16 de dezembro de 2012.

¹⁹² Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais#content>>, acessado em 31 de agosto de 2013.

Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964, isto é, excluindo a liberdade da população de escolher seus dirigentes maiores. As restrições da liberdade de ir e vir, fixadas com a instauração da “liberdade vigiada”, justificada como “medida de segurança” (art. 16, inciso IV, letra “a”, do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1967), pode ser tomada como exemplo de restrição civil. Para finalizar com um exemplo de restrição social, relembre-se o abuso de todos os termos do Ato Institucional nº 5 (de 13 de dezembro de 1968), em especial a autorização para praticar qualquer ato, inclusive crimes, se fosse para preservar o próprio regime, uma espécie de exclusão da punibilidade, dada por este artigo: “**Art. 11** - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.”¹⁹³

Foi exatamente nesse contexto político que se promulgou uma Lei de Imprensa, assinada pelo mesmo general Castello Branco que assinou os Atos Institucionais que restringiam as liberdades políticas e civis, no ano de 1967. Sendo assim, é muito nítido o mesmo tom da “liberdade vigiada” que estava sendo concedido à liberdade de imprensa:

Art . 1º É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.

§ 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Govêrno poderá exercer a censura sôbre os jornais ou periódicos e emprêsas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida.

É possível inferir desse extrato da Lei de Imprensa, bem como de todo o teor de seu texto, que se concederam poucas liberdades à imprensa, mas se vincularam muitos deveres e responsabilidades. Ao mesmo tempo que se concedia à imprensa a liberdade de manifestação do pensamento, possibilitando-a de relatar os fatos à população, instaurava-se a responsabilidade pelos abusos que os profissionais ou as empresas viessem a cometer. Restringiam-se os assuntos a serem abordados na imprensa: não

¹⁹³ Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais#content>>, acessado em 31 de agosto de 2013.

seriam tolerados os assuntos subversivos do regime (art. 1º, § 1º). Essa mesma lei tipificou crimes de imprensa, estabeleceu o processo penal de tramitação dos crimes de imprensa e determinou que a atividade de imprensa não poderia ser clandestina (para que se pudesse ser devidamente controlada pelo Estado). Confira-se, ainda, que a censura aos jornais e periódicos ainda seria possível, se o país estivesse em estado de sítio.

Por todo o exposto e todo o mais que se pode inferir da interpretação sistemática do texto da Lei de Imprensa, é fácil demonstrar o quanto essa lei pode ser considerada “datada”, padecendo de todos os vícios daquela visão militar de concessão de liberdade.

Depois do país vivenciar um longo processo de abertura política e de buscar a redemocratização do regime político, aprovou-se uma constituição que afastava todo e qualquer resquício de ditadura, que foi a Constituição da República de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã.” Não é difícil perceber porque a Lei de Imprensa não pareceria nem um pouco afinada com o novo pensamento político, então recém instaurado.

Assim, a Lei nº 5250, de 09 de fevereiro de 1967, chamada de Lei de Imprensa, sofreu uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (com Medida Liminar) em 2008, a ADPF nº 130 e como resultante dessa ação, ficou estabelecido que ela não fora recepcionada pela Constituição de 1988. A própria Constituição de 1988 chamou para si a responsabilidade de garantir a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa, uma das razões pelas quais não recepcionou a Lei de Imprensa.

A não recepção da Lei de Imprensa não diminuiu em nada a liberdade de ação da imprensa já instituída pela antiga lei. Muito pelo contrário, a imprensa hoje não sofre censura do Estado e nem são proibidos certos assuntos *a priori*. O único limite que a imprensa tem hoje é o respeito à própria sociedade, não podendo divulgar a vida e a imagem das pessoas de forma que viole seus direitos de personalidade.

Destarte, uma pessoa que se veja ofendida pelos eventuais abusos da imprensa tem todos os fundamentos legais para se defender. Um dos dispositivos fixados constitucionalmente é o direito de resposta (fixado no art. 5º, inciso V da Constituição da República) que é uma garantia que o

ofendido tem de se retratar publicamente, pelos mesmos meios materiais em que a notícia fora dada, a fim de que possa ter o mesmo alcance de leitores ou espectadores.¹⁹⁴

É interessante notar o quanto a liberdade e a autoridade andam juntas, apesar de serem conceitos aparentemente incompatíveis. É o que pontua Sidney Cesar Silva Guerra:

Verifica-se que tanto a liberdade quanto a autoridade estão muito próximas e se complementam, pois para que haja liberdade é necessário que o Estado esteja investido de autoridade para garanti-las. Esta autoridade do Estado está representada pelo seu poder de império e pela coercibilidade.¹⁹⁵

Assim, no Estado de Direito, a liberdade de agir das pessoas, chamada genericamente de “liberdades públicas”, está ao mesmo tempo garantida e limitada pela própria lei, a fim de que um cidadão não possa invadir a esfera alheia: “acolhendo as lições e definições sobre as liberdades públicas, e verificando a ideia de ordem jurídica, nota-se que o homem possui a faculdade de agir e de ser livre para tal, devendo, entretanto, submeter-se ao direito positivo.”¹⁹⁶

É necessário que se faça análise aprofundada dos dispositivos constitucionais que tratam da liberdade de imprensa e da liberdade de expressão, que se deve entender como coisas distintas. No dizer de André Ramos Tavares, a liberdade de expressão é um termo genérico que abarca um número grande de direitos conexos, dentre os quais: “liberdade de manifestação do pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão.”¹⁹⁷

¹⁹⁴ O próprio texto da ADPF em estudo faz menção ao direito de resposta: “O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, “de eficácia plena e de aplicabilidade imediata”, conforme classificação de José Afonso da Silva.”

¹⁹⁵ GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 36.

¹⁹⁶ GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 37.

¹⁹⁷ TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação em face do direito à Privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito à Privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005, p. 219.

O art. 5º, inciso IX, traz o seguinte texto: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.”

Sidney Cesar Silva Guerra interpreta o art. 5º, inciso IX em seu sentido literal:

As manifestações intelectuais, artísticas e científicas são formas de difusão e manifestação do pensamento, tomado esse termo em sentido abrangente dos sentimentos e dos conhecimentos intelectuais, conceituais e intuitivos. (...) Assim, é lícito a todas as pessoas produzir obras artísticas, filosóficas, científicas e intelectuais, e divulgá-las, sem censura e licença de qualquer pessoa.¹⁹⁸

André Ramos Tavares tece um entendimento mais amplo do art. 5º, inciso IX: “o termo liberdade de expressão não se reduz ao externar sensações e sentimentos. Ele abarca tanto a liberdade de pensamento, que se restringe a juízos intelectivos, como também o externar sensações.”¹⁹⁹ O autor leciona que a liberdade de expressão possui uma dimensão subjetiva, no sentido de que o homem deve ter liberdade para se formar e informar e instrumental, liberdade para escolher a forma e os meios que quer manifestar sua opinião. Em resumo, a finalidade da liberdade de expressão é garantir a “formação da autonomia individual”.²⁰⁰

No entanto, entendemos que a interpretação do referido inciso IX não se estende até a liberdade de imprensa. Não se institui uma conotação coletiva. Fica garantida a liberdade de expressão e do pensamento das pessoas individualmente, e não propriamente dos meios de comunicação.

É importante pontuar a origem da liberdade de manifestação pensamento. Na visão de Sidney Cesar Silva Guerra²⁰¹, a liberdade de pensamento é proveniente das discussões filosóficas do século XVIII, culminando com a inserção da garantia de liberdade de pensamento ao homem

¹⁹⁸ GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 75.

¹⁹⁹ TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação em face do direito à Privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito à Privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005, p. 219.

²⁰⁰ TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação em face do direito à Privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito à Privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005, p. 224.

²⁰¹ GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 76.

na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da ONU, documento de 1948, especificamente no art. XIX:

Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão, este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Por outro lado, a liberdade de imprensa possui uma abrangência dúplice: além de ocupar-se de garantir que o profissional possa manifestar seu pensamento sem censura, visa garantir que a população tenha o direito de ser informada dos fatos. Esse direito, que é o direito à informação, ultrapassa a esfera individual, uma vez que a informação verídica e imparcial são essenciais ao desenvolvimento de uma sociedade democrática.

Por essa razão que Sidney Cesar Silva Guerra explicita que a imprensa deve ser livre para poder oferecer à população todas as informações que ela tem direito, tendo a responsabilidade de realizar um trabalho transparente, realizando o seu importante papel dentro da sociedade.²⁰²

O direito à liberdade da imprensa está tratado no art. 220 e parágrafos da Constituição da República de 1988:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

O texto do art. 220 da Constituição da República fixa, tanto no *caput* quanto no parágrafo primeiro, que a liberdade da imprensa sofre as restrições legais previstas nos outros dispositivos constitucionais, observando-se especialmente o art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV.

No contexto do presente trabalho, cumpre-nos destacar que o texto legal condiciona a liberdade à imprensa à não violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, que é o exposto no art. 5º, inciso X. Logo, conclui-se que a liberdade de imprensa não é plena e absoluta,

²⁰² GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 77.

devendo ser sopesada pelos direitos da personalidade, dentre eles o direito de imagem.

O art. 221 da Constituição da República indica aos meios de comunicação uma preferência de fins e estabelece o dever de respeito à pessoa e à família:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
(...)
IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Conclui-se que a mera especulação sobre a verdade de um fato, a invasão da privacidade das pessoas, a exploração sensacionalista de uma notícia são consideradas atitudes ilícitas pelo ordenamento, porque não cumprem a finalidade do art. 221, inciso I ou porque não respeitam as pessoas, conforme art. 221, inciso IV. Nesse diapasão inclui-se o parecer de Sidney Cesar Silva Guerra, que exemplifica quais valores éticos a imprensa não está autorizada a ultrapassar:

A liberdade de imprensa não autoriza a mentira, a distorção, a calúnia, a injúria e a difamação. Não autoriza tampouco que a notícia seja tratada de forma interessante para as grandes empresas jornalísticas.²⁰³

Logo, sempre que a imprensa se exceder na divulgação de uma imagem, ela estará cometendo um ato ilícito passível de reparação.

3.4 - Contribuições da doutrina ao direito à imagem.

3.4.1 - O equívoco da colisão de direitos fundamentais entre o direito à imagem e a liberdade de imprensa.

Antes de se verificar se existe ou não colisão entre direitos fundamentais é importante situar que na teoria do direito não se admitem direitos absolutos, por razões lógicas:

²⁰³ GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 82.

Não há, conforme se depreende da leitura da melhor doutrina, nenhuma precedência pré-estabelecida entre os diversos princípios (que ensejam direitos), o que, em parte, equivale a afirmar que não se admite nenhum direito como absoluto.²⁰⁴

André Ramos Gonçalves estabelece que os limites da liberdade de expressão se contornam pelo respeito aos direitos da personalidade do indivíduo:

A existência dessas limitações ao direito à liberdade de expressão se explica tanto (i) pela necessidade de harmonia entre os direitos individuais, como (ii) por uma questão de coerência, posto que seria, no mínimo, contraditório se a liberdade de expressão, que é um direito engendrado pelo homem para assegurar e possibilitar sua auto-determinação individual, estivesse em contradição com essa mesma finalidade, atentando contra o desenvolvimento da personalidade individual e desrespeitando direitos essenciais à própria personalidade.²⁰⁵

Luiz Alberto David Araújo posiciona-se claramente quanto à prevalência do direito de imagem sobre o direito de informar, em razão dos termos do texto constitucional:

Tanto a cabeça do artigo 220 como seu primeiro parágrafo asseguram a imagem diante do direito à informação. A ressalva do § 1º, se entendida como ressalva apenas, seria desnecessária, pois dentro de uma interpretação sistemática o bem “imagem” seria prevalente sobre o direito à informação irrestrita.

Ao mencionar expressamente a imagem como possível obstáculo para o direito pleno à informação jornalística, o constituinte quis ressaltar o bem, colocando-o em situação de destaque sobre o direito à informação. Em caso de confronto (que pode surgir na apreciação de uma cautelar com pedido de liminar para suspensão da exibição da imagem), deverá prevalecer a imagem sobre o direito de informação. Extrai-se, assim, do texto constitucional um vetor para orientar a jurisprudência, em caso de confronto.²⁰⁶

O citado autor em outra publicação colocou-se de forma um pouco mais branda, demonstrando que as restrições do § 1º são diretrizes constitucionais de interpretação:

²⁰⁴ TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação em face do direito à Privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito à Privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005, p. 226.

²⁰⁵ TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação em face do direito à Privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito à Privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005, p. 227.

²⁰⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 75.

Trata-se de regra de facilitação, que protege o indivíduo contra a violência dos meios de comunicação, quando ataca, de forma ilegal, a imagem-atributo das pessoas. Não está diminuindo, é preciso afirmar, a liberdade de expressão do texto. A garantia da liberdade de expressão, garantida na Lei Maior, não pode ser, de maneira nenhuma, diminuída ou restringida. No entanto, como todo direito constitucional não é absoluto, precisamos entender a harmonização dos valores constitucionais.²⁰⁷

Sergio Martins Rston reconhece que a Constituição da República protege o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. De fato, a liberdade de imprensa foi tratada como um direito fundamental; mas tal fato não implica que o direito à liberdade de imprensa é inabalável. O próprio texto constitucional conferiu limites:

A Constituição Federal garantiu o direito à indenização por dano à imagem como um contrapeso da livre manifestação de pensamento mal utilizada, ou seja, geradora de consequências negativas para aquele que fora alvo da manifestação.²⁰⁸

Os limites dos atos abusivos dos órgãos da imprensa serão impostos se houver ofensa à honra, à vida privada, à intimidade ou à imagem. Observa-se que não se trata de proibição, mas de restrição, pautada na proteção de outros direitos fundamentais. Essas restrições não tem natureza política, ideológica ou artística.

É importante pontuar que Sergio Martins Rston sequer entende que existe colisão de direitos fundamentais:

Não existe antinomia entre a liberdade de expressão e informação e o direito à honra, à vida privada, à intimidade e à imagem. A Constituição Federal (§ 1º, art. 220) soluciona essa aparente antinomia, uma vez que não há primazia da liberdade de expressão e informação sobre esses outros direitos que integram os direitos da personalidade. É vedado o excesso, o abuso no exercício da liberdade de imprensa em detrimento de valores fundamentais que são inerentes à pessoa, consagrados em nossa Lei Maior. Portanto, é indispensável que no exercício da liberdade de informação jornalística a

²⁰⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. **Revista do Advogado**, Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo: ano XXIII, n. 73, p. 119-126, nov. 2003, p. 125.

²⁰⁸ RSTON, Sergio Martins. Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória. **Revista dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: ano 7, n. 14, p. 91-105, jul./dez. 2004, p. 92.

notícia seja verdadeira e com interesse público e correta a veiculação do fato.²⁰⁹

A despeito da clareza do texto legal em relação à prevalência do direito de imagem em relação ao direito de informação, existem julgados com entendimento diverso desse. Esse é o caso de julgamento levado a cabo em grau de recurso no Tribunal de Justiça de São Paulo que traz matéria jornalística sobre o aumento de uniões estáveis homossexuais, publicando foto do autor para “ilustrar a matéria”²¹⁰. Não houve consentimento ou autorização da publicação da foto por parte do autor, mas mesmo assim o juiz de primeiro grau considerou que não houve violação de direito de imagem. O autor apela, afirmando que: “o objetivo era vender jornal com sua fotografia”, isto é, fazer uso sensacionalista da notícia. O acórdão, no entanto, não reforma a sentença, acolhendo as razões do juiz de primeiro grau, em que se sustentou que havia “notório interesse público em saber que está aumentando o número de casamentos homoafetivos, além de não haver ilicitude”. Nesse julgado, o direito de informar acaba prevalecendo sobre o direito de imagem.

3.4.2 – As restrições ao direito de imagem

De acordo com a teoria dos direitos fundamentais, não existem direitos absolutos. Sendo assim, quais seriam os limites do direito à imagem, que igualmente é um direito da personalidade?

É necessário pontuar, inicialmente, que não existem restrições ao direito de imagem de espécie alguma no direito brasileiro. Por essa razão, todas as noções de restrições ao direito de imagem são provenientes da

²⁰⁹ RSTON, Sergio Martins. Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória. **Revista dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: ano 7, n. 14, p. 91-105, jul./dez. 2004, p. 95.

²¹⁰ Apelação 0000900-84.2011.8.26.0361, Relator(a): Milton Carvalho, 4ª Câmara de Direito Privado SP - processo de Mogi das Cruzes, julgado em 29/11/2012. Ementa: INDENIZATÓRIA. DIREITO DE IMAGEM. Publicação de foto do autor ilustrando a reportagem acerca do aumento do número de uniões estáveis homossexuais reconhecidas por escritura pública em cidade do interior. Ausência de conteúdo ofensivo ou vexatório. Direito de informar. Autor que havia, há pouco tempo, firmado escritura pública de reconhecimento de união estável. Entidade familiar que, por sua natureza, é conhecida entre os membros da comunidade em que vivem as partes que a integram. Retrato que não foi obtido por meios escusos, mas com o aparente consentimento daqueles que o integram. Ausência de conduta lesiva ou efetiva percepção de dano. Indenização indevida. Recurso desprovido. Disponível em site do Tribunal de Justiça de São Paulo: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=AA6C8BE7406C4568DF1BBEC484673FDD>, acessado em 16 de dezembro de 2012.

doutrina e da jurisprudência, inspirados em ordenamentos alienígenas. Para Silma Mendes Berti: “Certas limitações postas por algumas leis estrangeiras coincidem de tal modo com a consciência geral de juridicidade que se fazem espontaneamente obedecidas.”²¹¹

No direito italiano, de acordo com Adriano de Cupis, as limitações ao direito de imagem derivadas da lei resumem-se à: “notoriedade da pessoa, cargo público exercido, necessidades de justiça ou de polícia, fins científicos, didáticos ou culturais, repercussão relacionada com fatos, acontecimentos, cerimoniais de interesse público ou ocorridos em público.”²¹²

Pontes de Miranda aponta que o consentimento ou não ao uso da imagem são limitados pelas seguintes circunstâncias pré-excludentes da necessidade de consentimento:

(...) a) se a imagem faz parte da história ou da vida do lugar, do Município, do Estado-membro ou do Estado; b) se a figura é somente parte de cenário local, ou panorama fônico; c) se se trata de sessão, ou cena ou reunião, em que a pessoa toma parte; d) se a despeito de não ter havido consentimento, o interesse público, científico, artístico, ou outro, de semelhante relevância, passa à frente do interesse individual da pessoa; e) se se trata de identificação compulsória, ou necessária a algum ato de direito público ou privado.²¹³

Silma Mendes Berti expõe que a notoriedade do indivíduo pode ser um motivo de restrição do direito de imagem, excetuando-se as imagens captadas em recinto privado das celebridades, que ainda necessitam de autorização: “Às pessoas públicas não é dado o poder de exercer rígido controle de sua imagem, que, em princípio, pode ser livremente captada e reproduzida.”²¹⁴

Na visão da autora, não importa o tempo da notoriedade, nem o âmbito geográfico mais ou menos restrito. O fato é que as pessoas que se tornaram públicas, voluntaria ou involuntariamente, acabam por ter sua imagem difundida por toda a parte. Por óbvio, a utilização publicitária da imagem sem autorização por uma pessoa pública configura um ato ilícito passível de

²¹¹ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 52.

²¹² DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 147.

²¹³ MIRANDA, Pontes. **Direito à própria imagem**. In: _____. **Direito de Personalidade**. Direito de Família. Tomo VII. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 116.

²¹⁴ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 57.

indenização proporcional à fama do famoso (afinal, o ganho com a publicidade também será compatível com a popularidade do famoso).

Luiz Alberto David Araújo²¹⁵ menciona o interesse da história em narrar a vida, a participação e a imagem de personagens importantes, não sendo permitido, por óbvio, divulgar informações inverídicas. Nesse caso, existe outra exceção do direito de imagem, que envolve a notoriedade de figuras históricas.

Por vezes os próprios fatos, acontecimentos e cerimônias ganham importância e se tornam notícias a serem divulgadas. Esses “eventos de interesse público”, para Silma Mendes Berti, podem restringir o direito de imagem das pessoas fotografadas ou filmadas no local.²¹⁶

Luiz Alberto David Araújo também situa que a divulgação de eventos de interesse público pode ocasionar exclusão do direito de imagem. Entende ser possível, no campo jornalístico, a divulgação da imagem de uma pessoa sem a sua autorização se a pessoa não for o foco da notícia, apenas integrando-a:

Ainda no campo da notícia, há a hipótese de o indivíduo não conhecido que, por estar em lugar público, é fotografado, passando a integrar a narrativa da notícia. Por estar em lugar público e estar dentro de um quadro que integra a notícia, não pode insurgir-se contra a publicação de sua imagem.²¹⁷

Luiz Alberto David Araújo entende que o direito à imagem pode sofrer limitação, quando houver prevalência do direito coletivo em relação ao direito individual. É o caso da segurança nacional: “O indivíduo não pode pretender se opor à publicação de sua imagem, se o bem que será sacrificado é maior, e causará prejuízo bem mais amplo do que aquele que teria o indivíduo com a violação de sua imagem.”²¹⁸

Silma Mendes Berti, bem como Pontes de Miranda, como já mencionado anteriormente nesta dissertação, entendem que a finalidade científica, didática ou cultural de uma imagem podem justificar a exclusão do

²¹⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 87.

²¹⁶ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 58-59.

²¹⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 88.

²¹⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 85.

direito de imagem. Assim, a autora considera “lícita a publicação da imagem de uma pessoa, se com ela se busca atingir um fim científico.”²¹⁹

Há também a limitação do direito à imagem em razão do interesse da saúde pública:

O indivíduo que sofre doença gravíssima de fácil transmissão e não tem conhecimento, pondo em risco toda a sociedade, não pode impedir ou pretender indenização por afixação, pelos órgãos da saúde pública, de cartazes noticiando tal fato. Não houve violação do direito de imagem.²²⁰

Sendo assim, há que se supor que mesmo sem autorização do indivíduo, em casos que envolverem segurança nacional, o interesse do indivíduo na proteção da imagem não prevalece. É o caso da divulgação ampla da fotografia do indivíduo que é procurado pela Polícia, pela própria finalidade.²²¹ Não é possível que esse sujeito alegue violação de direito de imagem.²²²

No entanto, a divulgação da imagem de uma pessoa que é apenas suspeita de ter cometido um crime constitui um ilícito²²³, porque ainda se encontra em fase de apuração e se pode comprovar a inocência ao final do processo. A execração pública antecipada pode configurar grave dano à imagem.

André Ramos Tavares questiona se o interesse público deveria limitar a privacidade, como parece ser ponto pacífico na doutrina:

Trata-se, aqui, daquilo que se pode alcunhar pejorativamente como renda do interesse público (decorrente da suposta

²¹⁹ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 61.

²²⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 87.

²²¹ Em sentido contrário, MARCELINO, Pedro Renato Lúcio. **A liberdade de informação e o direito à intimidade na persecução criminal**. 126 f. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário FIEO. Osasco/SP, 2009. p. 65: Quanto à proteção da imagem dos acusados, o referido autor não entende que deve ser tratada de forma diferenciada, por dois motivos: “Primeiro porque, o criminoso, independentemente da gravidade ou espécie do delito praticado, não perde a sua dignidade humana e nem seus direitos de personalidade, que são intransmissíveis e irrenunciáveis, aos quais são devidos respeito, não só por parte do Estado, como também por outros particulares; em segundo lugar, porque se fala em “divulgação de fatos criminosos ou de procedimentos criminais (no momento de sua apuração ou posteriormente)”, olvidando-se do princípio constitucional da presunção de inocência conforme dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição da República ninguém será considerado culpado e nem mesmo poderá ser qualificada de criminosa, no âmbito do Estado Democrático de Direito, até que se tenha o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, que é aquela da qual não mais cabe qualquer recurso, tornando-se definitiva a decisão judicial.”

²²² ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 87.

²²³ BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 64.

supremacia de um pseudo-interesse público, engendrado em benefício de interesses particulares e comerciais), a qual permite a perpetração das mais variadas afrontas aos direitos fundamentais e, em especial, aos individuais. Não se deve perder de vista que os estados totalitários do século XX buscaram legitimar seus atos tachando-os de necessários a um suposto interesse público, o qual surgia em trajes de onipotência.²²⁴

O problema maior, continua o autor supra citado, é que é difícil saber o que é interesse público e o que é interesse do órgão da comunicação. E são os órgãos de comunicação que acabam julgando se determinada notícia é ou não de interesse público. Muitas vezes é a busca da audiência que acaba sendo determinante na hora da decisão. Com isso, alguns indivíduos acabam sendo massacrados pela mídia.

3.4.3 – O contrato de concessão do uso de imagem.

Já vimos que as limitações ao direito de imagem podem decorrer de hipóteses especificadas em lei. Mas existem, também, restrições ao direito de imagem provenientes do próprio contrato. É o que leciona Adriano de Cupis, sobre a necessidade de se cumprir o consentido no contrato:

A eficácia deste consentimento deve estar, no entanto, contida nos precisos limites em que ele for dado. Primeiramente, o consentimento é eficaz apenas em relação à pessoa ou pessoas a quem foi dado; quanto a todas as outras o direito à imagem continua inalterável, subsistindo o poder de consentir ou recusar a exposição. (...) e pode ainda acontecer que se consinta em determinados modos de difusão da própria imagem e não em outros diferentes.²²⁵

Adriano de Cupis admite a existência do consentimento tácito, explanando que a lei italiana não o exclui: “a lei fala, sem exceções, de consentimento, não estando excluído que este possa ser tácito.”²²⁶ Mas ele entende que muita cautela deve-se ter na assunção de um consentimento tácito.

²²⁴ TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação em face do direito à Privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito à Privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005, p. 236.

²²⁵ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 146.

²²⁶ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 146.

O consentimento tácito também pressupõe uma anuência da pessoa envolvida, mas esta prescinde de demonstração expressa. Assim, sempre paira certa dúvida sobre a real anuência e extensão do pressuposto consentimento.

Se uma pessoa foi fotografada e não deu autorização por escrito para que sua imagem fosse captada, ela pode não ter se importado com a captação da foto. Mas, pode ter acontecido que a pessoa não percebeu que estivesse sendo fotografada, e nesse caso nem teve a chance de manifestar o desejo de não ser fotografada. Além disso, o fato da pessoa permitir ser fotografada não significa que ela consinta em ver sua imagem publicada em um determinado meio de comunicação.

Quanto à questão do consentimento da divulgação da imagem, há doutrinadores que entendem que não deve ser obrigatoriamente escrito, nem muito menos a lei determina alguma formalidade para tanto:

O consentimento não obrigatoriamente é revelado através de um instrumento escrito, podendo ser presumido. Qualquer manifestação inequívoca de permissão para a fotografia, assim como para a sua utilização, pode servir de consentimento para a veiculação.²²⁷

No mais, sempre que se analisa um caso de direito de imagem em que o consentimento é presumido, a solução do conflito tende a ser favorável ao requerente, que é o que complementa Luiz Alberto David Araújo, em outras palavras: “O consentimento, destarte, embora possa ser presumido, deve ser sempre analisado restritivamente, já que a regra é a da proteção da imagem.”²²⁸

Em recente julgado, dois alunos ingressam em juízo contra uma escola que havia divulgado fotos de ambos²²⁹, captadas dentro da sala de aula. As imagens foram divulgadas juntamente com um texto em que se afirmava

²²⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 80.

²²⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 81.

²²⁹ Apelação 0003267-64.2002.8.26.0404, Relator(a): Ribeiro da Silva, 8ª Câmara de Direito Privado - processo de Orlândia, julgado em 28/11/2012. Disponível em site do Tribunal de Justiça de São Paulo: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=AA6C8BE7406C4568DF1BBEC484673FDD>, acessado em 16 de dezembro de 2012.

que aqueles alunos já estavam muito bem empregados, em razão do curso que frequentaram ali. Provou-se nos autos, inicialmente, que a notícia quanto ao emprego dos alunos era inverídica. Ficava, dessa forma, patente a finalidade comercial dos dois mil panfletos impressos pela escola com a foto dos autores, a partir de uma propaganda enganosa. Cabe ressaltar que houve um consentimento tácito na produção da foto – uma vez que os alunos perceberam que foram fotografados. No entanto, em momento algum contrataram com a escola para que esta pudesse fazer uso da imagem deles como “garotos-propaganda.” Por todo o ocorrido os desembargadores entenderam que os autores também deveriam auferir lucro, uma vez que a empresa estava usando a imagem dos jovens para fins de publicidade. Assim, o tribunal fixa o dano moral em 10.000,00 (dez mil reais).

O julgado trazido à baila demonstra que o consentimento presumido da captação da foto não redimiu a escola da responsabilidade de fazer uso da imagem dos dois alunos. A interpretação dos desembargadores culminou para o entendimento da violação do direito de imagem principalmente em razão do uso publicitário sem percepção de lucro que se fez da imagem, desequilibrando totalmente a relação entre os autores e a ré. Por fim, é importante observar que a sentença, em seu rigor teórico, deveria ter condenado a empresa a pagar indenização por uso indevido de imagem, e não por dano moral, como ficou estabelecido. Demonstra-se, com isso, o quanto os tribunais ainda tem dificuldade em admitir a autonomia da indenização pelo exclusiva violação ao direito de imagem, como está preconizado no art. 5º, inciso V da Constituição da República de 1988.

No meio publicitário, no entanto, quanto se trata de uso de imagem, o mais comum é que se formalize a concessão de uso por meio de um contrato com todas as especificações:

Para fins publicitários será imprescindível a obtenção do consenso do fotografado, por meio de contrato de licença ou concessão de uso, contendo, inclusive, remuneração, prazo, condições de renovação etc., porque a fotografia favorece o anunciante do produto e a agência de publicidade, privando o retratado de obter um benefício, que se erige em lucro cessante indenizável, e, além disso, a publicação desautorizada é uma ofensa à liberdade de decidir a maneira com que a pessoa deseja ter sua personalidade exposta. Mesmo que não haja lucro em publicação, sempre será necessária a

autorização do fotografado, sob pena de dano à imagem suscetível de reparação.²³⁰

Conforme exposto, por vezes o inadimplemento de um contrato de uso de imagem pode configurar um dano, de natureza patrimonial. Se um modelo concede o uso de sua imagem dentro de um determinado espaço físico, através de determinado meio de comunicação e por um certo tempo, o lucro a ser auferido se pautará nesses parâmetros. O uso da imagem fora do combinado no contrato deve gerar, no mínimo, novo cálculo de remuneração pelo uso da imagem. Nesse julgado²³¹ cuida-se de modelo fotográfico que assinou contrato de autorização do uso de sua imagem por um ano com uma empresa de perfume. Após o transcurso do prazo que garantia à empresa o direito de uso da imagem do modelo, ela continuou a usá-lo, sem pagamento de qualquer remuneração. O requerente não conseguiu a indenização pretendida por ausência de prova: “o autor só apresentou os fatos, sendo que os documentos trazidos ao processo não contém força probatória suficiente para demonstração de sua tese.”

²³⁰ DINIZ, Maria Helena. Direito à imagem e sua tutela. In: BITTAR, Eduardo C. B. e CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). **Estudos de direito de autor, direito de personalidade, direito do consumidor e danos morais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 94.

²³¹ Apelação 9078743-27.2007.8.26.0000, Relator(a): Coelho Mendes, 10ª Câmara de Direito Privado – processo de Campinas, julgado em 27/11/2012. Disponível em site do Tribunal de Justiça de São Paulo: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=AA6C8BE7406C4568DF1BBEC484673FDD>, acessado em 16 de dezembro de 2012.

4- RESPONSABILIDADE CIVIL, DANO MORAL E DANO À IMAGEM

4.1- Contornos da Teoria da Responsabilidade Civil

Em primeiro lugar, é bom acentuar como a positivação dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Fundamentais representam conquistas da sociedade em relação à preservação da pessoa em todos os seus aspectos: “O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.”²³²

Os direitos de personalidade tutelam as pessoas no âmbito civil, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais protegem o cidadão frente ao Estado no âmbito constitucional. Ao mesmo tempo, admite-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, permitindo que também entre particulares se possa evocar a observância dos direitos fundamentais:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.²³³

A forma que a legislação constitucional e civil escolheu para dar garantia aos direitos da personalidade foi atrelando a sua violação à ameaça de reparação pelo ofensor, utilizando tutelas repressivas ou preventivas. Na visão de Felipe Braga Netto, o ideal seria que a tutela fosse cada vez mais preventiva, impedindo que a lesão ocorresse ou interrompendo-a assim que iniciada, já que uma vez violada a integridade física, moral ou intelectual de um sujeito, é sempre duvidoso ou dificultoso que se consiga um reparação efetiva²³⁴.

É a teoria da responsabilidade civil que fornece o principal fundamento da reparação por violação a direito de personalidade. A ideia

²³² REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 10.

²³³ BRAGA NETTO, Felipe P. Responsabilidade Civil nos direitos da personalidade. In: _____, **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 324.

²³⁴ BRAGA NETTO, Felipe P. Responsabilidade Civil nos direitos da personalidade. In: _____, **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 325.

principal provém de conceitos primevos de justiça, instaurados na época do direito romano de que quem prejudica o outro não pode ficar impune:

Pode-se dizer que a responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei.²³⁵

A responsabilidade civil se aplica ao ofensor que extrapola as regras do ordenamento jurídico, cometendo um ato ilícito, antijurídico, cometido conscientemente, mas desde que este cause um prejuízo a alguém. É o que preconiza a regra geral da responsabilidade civil, estampada no art. 186 e combinada com o art. 927 do Código Civil, impondo ao ofensor o dever de indenizar a vítima lesada:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
(e)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O Código Civil conceitua o abuso de direito como outro tipo de ato ilícito: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Rui Stoco chama atenção para o fato de que o abuso de direito, conceituado no art. 187 do Código Civil, também pode fundamentar a obrigação de indenização, porque este se equipara a ato ilícito, mas desde que cause dano:

Caso o ato abusivo, praticado intencionalmente ou através de comportamento culposos, invada a esfera de direitos de outra pessoa, cabe indagar se esta suportou prejuízos de ordem material ou moral, hipótese em que se adentra no campo da responsabilidade civil, e nasce a obrigação de reparar, seja indenizando o que se perdeu (dano emergente) ou se deixou

²³⁵ STOCO, Rui. A responsabilidade e a obrigação de indenizar (cap. 1); Responsabilidade por ato próprio (cap. 8). In: _____. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 120.

de ganhar (lucro cessante), seja compensando a ofensa aos valores morais da pessoa com um quantum em dinheiro. (...)²³⁶

Nesse caso, um ato que era legítimo se torna ilegítimo.

Assim, o ciclo da responsabilidade civil se inicia com a violação do direito por um ofensor, decorrente de um ato ilícito (contrário aos mandamentos de um ordenamento jurídico) causando por consequência um dano ou prejuízo a um sujeito lesionado.

Como nos ensina Rui Stoco²³⁷, a responsabilidade civil distingue-se da penal pelo tipo de dano que protege, que é o dano particular e não o social, como na responsabilidade penal. Mas também a forma de reparação do dano é distinta na responsabilidade civil e penal. Como a finalidade da responsabilidade penal é restabelecer o equilíbrio social²³⁸, a reparação não raro envolve a privação da liberdade do ofensor, podendo também envolver multa. Mas o foco da responsabilidade penal não é o dano individual; da mesma forma, no âmbito penal há casos em que a responsabilização do agente independe do acontecimento do dano, havendo previsão de punição de ilícitos penais apenas em razão da tentativa de causar um dano. Na responsabilidade civil, por outro lado, existe grande interesse em se restituir integralmente o prejuízo causado ou um esforço de se restaurar a situação anterior ao incidente provocado pelo ato do ofensor:

O dano é, pois, elemento indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito como de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou aquiliana.²³⁹

No plano civil, diferentemente do plano penal, a iniciativa da reação ao sofrimento da violação de direito cabe ao lesado, que é quem deve

²³⁶ STOCO, Rui. A responsabilidade e a obrigação de indenizar (cap. 1); Responsabilidade por ato próprio (cap. 8). In: _____. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 125.

²³⁷ STOCO, Rui. A responsabilidade e a obrigação de indenizar (cap. 1); Responsabilidade por ato próprio (cap. 8). In: _____. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 121.

²³⁸ Em sentido contrário: BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.27. Ressalta o autor que, além de restabelecer o equilíbrio social, na verdade, a responsabilidade penal: "ontologicamente tem suas raízes comuns relacionadas à devolução da injúria ao agressor, como defesa do grupo social."

²³⁹ STOCO, Rui. A responsabilidade e a obrigação de indenizar (cap. 1); Responsabilidade por ato próprio (cap. 8). In: _____. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 122.

mobilizar o aparato judiciário em busca da solução do conflito em que foi envolvido.

Assim, a regra geral é que, havendo a violação da lei e decorrendo dessa conduta um dano, surgirá a obrigação de repará-lo:

O impulsionamento dessa teoria depende, em concreto, da existência do dano, oriundo de ação ou omissão do lesante como sua causa. Nesse sentido, dano é pressuposto da responsabilidade civil, entendendo-se como tal qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais, como o entende a melhor doutrina.²⁴⁰

Observa-se que “a questão da prova do dano posta-se *a latere* e não interfere na substância e origem conceitual do dever de reparar.”²⁴¹

Carlos Alberto Bittar ressalta que apenas os danos injustos são passíveis de reparação: “Afastam-se, nesse contexto, os danos justos, como tais definidos no direito posto, e aqueles provenientes de forças da natureza ou do acaso (força maior e caso fortuito), desde que não relacionados a ações humanas lesivas.”²⁴²

Da análise do art. 186 do Código Civil é possível extrair o que se convencionou chamar de elementos essenciais da responsabilidade civil. Para Carlos Roberto Gonçalves²⁴³, esses elementos são quatro: a ação ou omissão; a culpa ou o dolo do agente; a relação de causalidade e o dano.

A análise da “ação ou omissão” é necessária porque nem sempre a responsabilidade recai sobre quem causou o dano. O ordenamento prevê hipóteses de responsabilidade por ato de terceiro, por coisas e por animais que estejam sob a guarda do agente.

Em relação ao elemento “culpa”, Carlos Roberto Gonçalves observa que o texto do art. 186 do Código Civil se manteve fiel à teoria subjetiva, isto é, preconizando que “para que haja responsabilidade, é preciso que haja culpa. A reparação do dano tem como pressuposto a prática de um

²⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 17.

²⁴¹ STOCO, Rui. A responsabilidade e a obrigação de indenizar (cap. 1); Responsabilidade por ato próprio (cap. 8). In: _____. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 124.

²⁴² BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 30.

²⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

ato ilícito. Sem prova da culpa, inexistente a obrigação de reparar o dano.”²⁴⁴ Mas, a despeito do texto da lei, o doutrinador pontua que fundamentar a responsabilidade na ideia de culpa tem sido contrário “às imposições do progresso, tendo o legislador fixado os casos especiais em que deve ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção.”²⁴⁵ O parágrafo único do art. 927 é apenas um exemplo da exclusão da culpa pelo legislador da apuração da responsabilidade, instituindo a responsabilidade objetiva em atividades que envolverem riscos implícitos.

Na mesma linha de entendimento, Anderson Schreiber²⁴⁶ analisa a questão do ponto de vista ideológico-jurídico. Pontua que a relativa perda da importância da prova da culpa, como também da prova do nexo causal, representaram avanços na prática judicial, uma vez que não raro a demonstração da culpa do ofensor e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa do ofensor e o dano acabavam se impondo como óbices da acolhida jurisdicional do ofendido. Na visão do doutrinador *supra* mencionado, a culpa representava uma ideologia dominante, liberal e individualista, “que se fundava no mau uso da liberdade individual, justificando, desta forma, a concessão de um amplo espaço à atuação dos particulares.”²⁴⁷

A relação de causalidade, ou o nexo de causalidade é outro elemento essencial da Teoria da Responsabilidade Civil. Carlos Roberto Gonçalves observa que a presença desse elemento pode ser identificada no art. 186 através do verbo “causar”. Ora, deve se demonstrar que o dano decorre da ação ou omissão do agente: “Se houve dano mas sua causa não está relacionada como comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.”²⁴⁸

²⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

²⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

²⁴⁶ SCREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

²⁴⁷ SCREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12.

²⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

O problema da causalidade do dano reside na definição jurídica de “causa” a ser adotada, uma vez que esta vai efetivamente vincular a causa do dano ao seu responsável, é o que leciona Anderson Schreiber:

De fato, reconhece-se, há muito, que o nexo de causalidade natural ou lógico diferencia-se do jurídico, no sentido de que nem tudo que, no mundo dos fatos ou da razão, é considerado como causa de um evento pode assim ser considerado juridicamente. A vinculação da causalidade à responsabilização exige uma limitação do conceito jurídico de causa, sob pena de uma responsabilidade civil amplíssima.²⁴⁹

Em que pese a existência de um amplo cenário doutrinário de discussão acerca das teorias da causalidade (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada, teoria da causalidade eficiente e teoria da causa direta e imediata, só para citar as principais), o fato dos tribunais empregarem ora uma teoria e ora outra²⁵⁰ impede que se obtenha uma previsibilidade maior das decisões. Além disso, a preocupação em ressarcir o ofendido parece suplantar qualquer posicionamento teórico, fazendo com que o julgador, na prática, apenas faça uma adaptação de uma das teorias ao caso concreto, é o que nos informa em outras palavras Anderson Schreiber:

A gradual perda de rigor na apreciação do nexo de causalidade, extraída de tantos expedientes empregados pela jurisprudência, com maior ou menor apoio da doutrina, efetivamente assegura às vítimas em geral a reparação dos danos sofridos. Até aqui, o que vem sendo apontado como relativização do nexo causal parece legitimar-se por aquilo que já foi denominado como o imperativo social da reparação.²⁵¹

Resta o último dos elementos da Teoria da Responsabilidade Civil a ser avaliado: o dano. Nem é preciso dizer que, no sentido contrário dos outros elementos mencionados, quanto mais aprofundados os estudos sobre o dano, sua natureza jurídica, sua interpretação extensiva, mais se tornava possível que muitas pessoas efetivassem seu direito de serem ressarcidas:

Neste contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexo causal) perdem relevância em face de uma certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano. Por décadas relegado a um

²⁴⁹ SCREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 53.

²⁵⁰ SCREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 61.

²⁵¹ SCREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 76.

patamar secundário, advindo da sua fácil verificação sob a ótica materialista, este pressuposto – então efetivamente pré-suposto – o dano, vem, pouco a pouco, conquistando local de destaque na análise jurisprudencial, como elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios mais diversos.²⁵²

Resta avaliar qual o conceito jurídico de dano.²⁵³ Na visão de Clayton Reis, os danos correspondem à perda pelo lesado de algo de seu interesse, envolvendo prejuízos de natureza patrimonial e extrapatrimonial:

Assim, quando sofremos um prejuízo em nossas aspirações, se considerarmos que nossa existência é uma contínua manifestação no sentido da aquisição de fatos da vida que envolvem interesses (prestígio, posição de comando, sucesso profissional, posição financeira, bens materiais, etc.), haverá inequívoco dano. Desta forma, se a lesão decorrer de ato ilícito, o dever de indenizar será imediato.²⁵⁴

Os danos patrimoniais, por sua concretude, são mais facilmente avaliáveis em termos econômicos: “Os danos patrimoniais são aqueles que atingem os bens e objetos de natureza corpórea ou material. (...) Afinal, os bens materiais podem ser reconstituídos ou ressarcidos – todos possuem valor econômico no campo das relações negociais.”²⁵⁵

Se este direito violado for referente à vida privada, à honra, à imagem ou a outros protegidos no âmbito dos direitos da personalidade, o dano lesado afetará a estrutura moral da pessoa, por isso configurando dano extrapatrimonial ou moral:

O chamado dano moral corresponde à ofensa causada *a parte subjecti*, ou seja, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade.²⁵⁶

A doutrina e a jurisprudência evoluíram muito em relação ao entendimento conceitual do dano extrapatrimonial, mas o seu cabimento, a sua aplicação e a sua avaliação continuam trazendo dificuldades e se mostrando

²⁵² SCREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 81.

²⁵³ Por todo o exposto até agora sobre a Teoria da Responsabilidade Civil, justificamos porque este estudo priorizou, de certa forma, o aprofundamento do estudo do dano, em detrimento dos outros elementos, até por uma necessidade de recorte de conteúdo.

²⁵⁴ Reis, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 7.

²⁵⁵ Reis, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9.

²⁵⁶ STOCO, Rui. A responsabilidade e a obrigação de indenizar (cap. 1); Responsabilidade por ato próprio (cap. 8). In: _____. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 130.

como matéria imprevisível nos Tribunais. Por essa razão, o assunto merece estudo detalhado no tópico subsequente, além de se ressaltar que o dano à imagem, que é o principal assunto tratado nessa dissertação, ser uma espécie de dano extrapatrimonial.

4.2 - A lesão aos direitos de personalidade: dano moral.

Elimar Szniawski²⁵⁷ preceitua que a personalidade é parte intrínseca do indivíduo. Ela é essencial porque através dela o sujeito poderá adquirir e defender os demais bens: ela é a aptidão para exercer direitos e contrair obrigações. Para que se possa preservar a personalidade foram admitidos os direitos da personalidade: “Os direitos da personalidade servem para defender o indivíduo das lesões praticadas contra a sua identidade intelectual, física e moral, cabendo ao ofendido exigir a reparação das ofensas.”²⁵⁸

No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar advoga que os Direitos da Personalidade tutelam valores básicos dos sujeitos, garantindo “a própria personalidade humana, conferindo essencialidade e individualidade a cada pessoa.”²⁵⁹

No mesmo sentido, Anderson Screiber advoga que o valor fundamental da dignidade humana redundou no interesse em se proteger efetivamente a violação dos direitos da personalidade violados, atraindo holofotes de discussão para o dano moral:

A consagração da dignidade humana como valor fundamental nas constituições do último século, associada à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, veio exigir com força irresistível a ressarcibilidade, até então discutida, do dano extrapatrimonial. Embora de forma diferenciada, cada sistema jurídico passou, gradativamente ou subitamente a conceder reparação a lesões de interesses existenciais, antes considerados de forma meramente programática, como escopo de comandos dirigidos tão somente ao legislador, inaptos a deflagrar direta proteção

²⁵⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade na Antiga Roma. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, agrário e Empresarial**. São Paulo, ano 12, p. 28-41, jan-março 1988, p. 28.

²⁵⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade na Antiga Roma. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, agrário e Empresarial**. São Paulo, ano 12, p. 28-41, jan-março 1988, p. 29.

²⁵⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Danos patrimoniais e morais por violações a direitos da personalidade. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 38, p. 14-16, dez. 1992, p. 14.

contra violações perpetradas pelo Estado ou por outros particulares.²⁶⁰

Já foram expostos nesta dissertação os diversos aspectos da personalidade que são admitidos na doutrina e na legislação, dentre esses o direito à vida, ao corpo, à imagem, à liberdade, à higidez intelectual, à identidade e à imagem (itens 2.1 e 2.2 supra). Os Direitos da Personalidade protegem cada um desses aspectos de possíveis violações. No dizer de Carlos Alberto Bittar:

De fato, pode o homem sofrer as mais diversas agressões dos entes personalizados, seja em contatos diretos, seja através do vasto aparato de comunicações ora existente, e que lhes podem afetar quaisquer dos componentes citados de sua personalidade, ou de seu patrimônio.

O resultado das agressões do lesante poderá ser um dano efetivo. Ocorrerá o dano se a vítima sofrer destituição de parte do que é seu – assim como indica a origem latina da palavra, “damnum” que se refere a prejuízo ou perda²⁶¹.

Carlos Alberto Bittar conceitua dano como:

(...) prejuízo experimentado por alguém em razão de ação ou omissão de outrem, contrária ao Direito, ou com cujo resultado este não se compactua. É a lesão suportada por certa pessoa, tanto em matéria de seu patrimônio (dano material), como em sua personalidade (dano moral), em função de ato ilícito, ou de exercício de atividade perigosa realizado por outrem.²⁶²

A noção basilar da responsabilização pelo dano remonta ao direito romano²⁶³, das disposições da *Lex Aquilia*, de data incerta, mas provavelmente do século III a.C.: “Quem causa prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”. Originariamente, ensina-nos Thomas Marky, que “a sanção da *Lex Aquilia* só se aplicava a dano causado por ato positivo e consistente em estrago físico e material da coisa corpórea”. Com o tempo, a lei romana exigiu que a danificação fosse feita pela “*iniuria*”, isto é, por ato contrário à lei: “ofensa ilícita e dolosa de alguém, causada à pessoa de outrem. A ofensa pode ser de

²⁶⁰ SCREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.87.

²⁶¹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2007, verbete dano, p. 233.

²⁶² BITTAR, Carlos Alberto. Danos patrimoniais e morais por violações a direitos da personalidade. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 38, p. 14-16, dez. 1992, p. 15.

²⁶³ MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 136.

qualquer espécie, assim física como moral”. O ofendido podia pedir indenização por meio da *actio iniuriarum*.²⁶⁴

Reconhece-se no Direito Romano, com a *actio iniurarium*, como marco do início da proteção dos direitos da personalidade, através de uma possibilidade de ação:

A proteção da personalidade em Roma dava-se através da *actio iniurarium*. Segundo Ihering, inicialmente a *actio iniurarium* servia apenas para proteger as ofensas à vida e a integridade física. Pontes de Miranda ensina que a ação de *iniuria* protegia aos que fossem ofendidos em sua personalidade, desde que se caracterizasse o *animus injuriandi* por parte do ofensor.²⁶⁵

Assim, destacamos que o instituto do dano moral data da mesma época que o do dano patrimonial. Em sentido amplo, o dano patrimonial pressupõe ofensa ou diminuição de bens economicamente úteis que se acham dentro do poder de disposição de uma pessoa. Por sua natureza, são facilmente auferíveis em dinheiro, e passíveis de reparação na sua integralidade.

Da dicotomia dano patrimonial e moral surge o primeiro contorno do conceito de dano moral. Tradicionalmente, a expressão “dano moral” no direito brasileiro englobava as ofensas a bens ou valores de ordem moral, que envolviam dor, tristeza, sensação de menoscabo e outras tantas hipóteses. Mas, como aponta Paulo de Tarso Vieira Sanseverino²⁶⁶, a expressão “dano moral”, que tem origem francesa, tem o inconveniente de ser muito pouco genérica. Por esta razão, o Código Civil português adotou a denominação “dano não patrimonial”, a qual também é utilizada na Alemanha e Itália. A diferença é que este termo qualifica um tipo de dano por exclusão: engloba tudo aquilo que não envolver valor econômico ou patrimônio, inclusive o dano moral. Por esta razão, por influência do direito comparado, em doutrinas recentes no Brasil não encontramos mais o termo dano moral e sim o termo dano extrapatrimonial.

²⁶⁴ MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 137.

²⁶⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade na Antiga Roma**. Revista de Direito Civil, Imobiliário, agrário e Empresarial. São Paulo, ano 12, p. 28-41, jan-março 1988, p. 38.

²⁶⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 257.

O dano moral, no direito brasileiro, passou por décadas de desconsideração pelos Tribunais Superiores, sob o fundamento da impossível avaliação da *pretium doloris*. Esse é o relato histórico fornecido por Clayton Reis:

A partir da inserção no Texto Constitucional de 1988 das disposições contidas no art. 5º, incisos V e X, os juízes e tribunais abandonaram a natural timidez no enfrentamento de temas palpitantes e controvertidos, como é o caso dos danos morais, e se posicionaram de forma definitiva na adoção da compensação dos referidos danos.²⁶⁷

Ao invés da conceituação de dano moral baseada no critério da investigação da “dor”, que é critério muito subjetivo, Anderson Schreiber, contemporaneamente, propõe a seguinte definição de dano moral: “o dano moral consiste justamente na lesão a um atributo da personalidade humana. A lesão a qualquer dos direitos da personalidade, sejam expressamente reconhecidos ou não pelo Código Civil, configura dano moral.”²⁶⁸

Essa definição é uma grande evolução em relação à conceituação de dano moral pautada na dor ou sentimento da pessoa envolvida: “A definição do dano moral como lesão a atributo da personalidade tem a extrema vantagem de se concentrar sobre o objeto atingido (o interesse lesado), e não sobre as consequências emocionais, subjetivas e eventuais da lesão.”²⁶⁹

Além do mais, com o reconhecimento da dignidade humana como fundamento maior da Constituição da República de 1988, lesionar um direito da personalidade significa não respeitar o mandamento constitucional do respeito à pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana expressa a exigência do reconhecimento de todo ser humano como pessoa. Dizer, portanto, que uma conduta ou situação viola a dignidade da pessoa humana significa que nesta conduta ou situação o ser humano não foi reconhecido como pessoa.²⁷⁰

A partir do direito moderno, passou-se a considerar que a violação dos direitos da personalidade causava danos. Pela natureza não patrimonial

²⁶⁷ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1.

²⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16.

²⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17.

²⁷⁰ BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 51.

dos bens da personalidade, raramente o ressarcimento do bem poderia ser outra que a reparação por indenização pecuniária, uma vez que a reparação natural não possível. Isto é, por mais que fosse ideal que a pessoa fosse restituída exatamente do bem que se viu privada, no caso do dano extrapatrimonial isto é irrealizável. Se um sujeito teve sua moral violada por inscrição indevida de seu nome no cadastro de inadimplentes, mesmo quando seu nome for retirado de lá, a marca do dano vai permanecer. É impossível restituir a situação anterior em que seu nome nunca teve a reputação abalada. Logo, a única forma de amenizar o dano é através da reparação por pagamento de indenização.

A este respeito, assim se expressa Adriano de Cupis:

Quando é lesado um direito da personalidade, nasce para o sujeito um direito de ressarcimento pelo dano, direito destinado a garantir-lhe o *tantundem* (outro tanto) daqueles bens que o objeto do direito lesado estava em condições de conseguir-lhe. A equivalência entre o direito à indenização pelo dano e o direito lesado da personalidade, é uma equivalência de caráter indireto. Essa equivalência não pode ser mais do que um reflexo da equivalência entre os respectivos objetos, ela não subsiste entre a soma de dinheiro a título de indenização e a vida, a integridade física, e outros, mas sim, entre aquela soma e os bens que estas últimas possam fazer conseguir ao sujeito.²⁷¹

Com o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência em torno do conceito de dano moral, pautado não na dor subjetiva, mas no critério objetivo da lesão a um bem da personalidade, as reparações por dano moral se tornaram bastantes rotineiras nos Tribunais brasileiros. Além disso, O Superior Tribunal de Justiça decidiu por bem editar súmula que admitia que o mesmo fato ilícito poderia gerar indenização por dano material e moral, colocando fim em infundáveis discussões nos casos concretos: “STJ Sumula nº 37 - 12/03/1992 - **Indenizações - Danos - Material e Moral - Mesmo Fato - Cumulação.** São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

A respeito da possibilidade da cumulação dos danos material e moral assim se pronuncia Teresa Ancona Lopes:

²⁷¹ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade.** Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 36.

Evidentemente se o que a teoria da responsabilidade civil visa é criar meios e modos jurídicos para que a reparação seja a mais integral possível, sem dúvida, admitindo-se a autonomia dos diversos tipos de bens jurídicos lesados, conseguimos proteger, através das cumulações das indenizações, muito melhor as vítimas de danos morais e materiais.²⁷²

Adriano de Cupis distingue, ainda, uma diferença no direito de indenização gerado no campo da responsabilidade contratual e da extracontratual, pontuando que normalmente a violação aos direitos da personalidade envolvem responsabilidade extracontratual:

No campo da responsabilidade contratual, o direito a indenização deve ser considerado como idêntico ao direito lesado; no campo da responsabilidade extracontratual, deve ser considerado como um direito novo.

Restringindo-nos, portanto, ao campo extracontratual, o direito ao *id quod interest* é um direito novo que surge sobre a base do direito lesado; é, em tal sentido, um direito derivado. (...)

Quando se ofende a vida, a integridade física, ou outro dos bens de que nos temos ocupado, nasce uma responsabilidade extracontratual.²⁷³

Por fim, resta dizer que a reparação dos danos morais podem cumprir duas diferentes funções: a compensatória e a punitiva (ou preventiva ou pedagógica).²⁷⁴ A legislação brasileira enfatizou apenas a função compensatória, pelo que se pode interpretar da leitura do artigo 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Pretendeu-se que a avaliação do dano moral fosse suficiente para ressarcir a vítima tão somente pelo dano, mas não a ponto de enriquecer a vítima. Quanto à função punitiva, muito aplicada nos Estados Unidos, objetiva-se punir o ofensor, avaliando inclusive as condições econômicas do agente causador do dano. A ideia é que a reparação muito significativa de um caso sirva de prevenção para que não ocorram outras situações semelhantes. Não é nesse sentido punitivo que normalmente são aplicadas as sanções por dano moral no Brasil.

É importante que se discuta a questão da prova no dano moral. A dificuldade de se comprovar em concreto a lesão do dano a fim de torná-lo ressarcível levou à consideração do instituto do dano *in re ipsa* (pela força dos

²⁷² LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.

²⁷³ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 49.

²⁷⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 33.

próprios atos), que é uma espécie de presunção do dano, desde que comprovado o ato lesivo:

O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*. Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar o prejuízo que sentiu a lesão; ou o autor provar que ficou vexado com a não inserção de seu nome no uso público da obra, e assim por diante.²⁷⁵

Carlos Alberto Bittar também advoga que o prejuízo moral sofrido por alguém deve ser provado *in re ipsa*:

Tem-se, de início, com respeito à constatação do dano, que a simples responsabilização do agente deriva, quanto aos morais, do simples fato da violação (*ex facto*), tornando-se, portanto, desnecessária a prova de reflexo no âmbito do lesado, ademais, nem sempre realizável. Contenta-se o sistema, nesse passo, com a simples causação, diante da consciência que se tem de que certos fatos atingem a esfera da moralidade coletiva, ou individual, lesionando-a, como nas várias situações expostas (*damnum in re ipsa*). Não se cogita, mais, pois, de prova de prejuízo moral.²⁷⁶

Dessa forma, partindo-se da consideração da presunção absoluta do dano, basta que ocorra o evento danoso, para que surja a necessidade de reparação. Em continuação de seu raciocínio, Carlos Alberto Bittar lista duas importantes consequências práticas dessa presunção: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto. Dos quatro elementos da responsabilidade civil, sugere que bastam dois para que se busque a indenização por dano moral: a ação ou omissão e a relação de causalidade. Ficam excluídas da análise a culpa ou dolo do agente e o dano propriamente dito.

Antonio Jeová Santos postula que a dor, angústia ou sofrimento não precisam ser provados processualmente, sendo que a presunção *in re ipsa* traz uma forma de solucionar a questão:

Quando existe dano moral, principalmente quando o ataque é a um direito personalíssimo, honra, intimidade, vida privada e imagem, ou quando fica restrita ao *pretium doloris*, com muito

²⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 495

²⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 211.

maior razão não devem mediar razões que justifiquem a prova direta. O dano, em especial nestes casos, deve ter-se comprovado *in re ipsa*.²⁷⁷

Antônio Jeová Santos explica, ainda, que os próprios critérios para a quantificação do dano devem ser: a) o grau de reprovabilidade da conduta ilícita; b) intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima; c) capacidade econômica do causador do dano; d) condições pessoais do ofendido.²⁷⁸ Eventualmente, menciona, pode-se considerar a culpa ou o dolo do ofensor para o arbítrio de caráter punitivo na indenização, ou se houver desproporção entre a culpa e o dano, como previsto no parágrafo único do art. 944 do Código Civil prevê a redução da indenização se houve “desproporção entre a culpa e o dano.”

Há autores, no entanto, que discordam que o dano moral não precisa ser comprovado, bastando-se a comprovação dos fatos alegados, nada se tendo que se discutir sobre os seus efeitos. No entendimento de Anderson Scheiber, deve-se proceder à análise concreta do dano moral:

A construção da presunção de dano extrapatrimonial ou do dano moral *in re ipsa* parece intimamente vinculada a uma concepção que enxerga nesta espécie de dano uma categoria consequencial e subjetiva – o dano moral como reflexo da lesão sobre a serenidade emocional da vítima. Rejeita-se aqui tal concepção, em favor de um entendimento que vislumbre o dano extrapatrimonial nada além da lesão a um interesse extrapatrimonial concretamente merecedor de tutela. A lesão ocorre objetivamente e sua verificação se dá de forma inteiramente desvinculada da repercussão no estado de espírito da vítima. Esclarecido isto, parece certo que nada há que se presumir, procedendo-se tão somente à análise concreta e objetiva da relação entre a conduta alegadamente lesiva e o interesse alegadamente lesado.²⁷⁹

Em relação à prova do dano moral, entendemos que seja imprescindível a análise do caso em concreto, registrando-se nas petições as minúcias e circunstâncias do interesse lesado. Por óbvio, deve haver esforço em se demonstrar que o dano é indenizável, por ele coincidir com a previsibilidade legal, ainda que se refira a preceito legal aberto. No entanto, há

²⁷⁷ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 519.

²⁷⁸ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 186.

²⁷⁹ SCREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 199.

que se diferenciar o que é provar o dano e provar o efeito do dano. Provar o incômodo, a tristeza, o menoscabo seria um esforço hercúleo para provar o efeito do dano, exigência desnecessária até pela interpretação atual do dano moral como lesão a um bem da personalidade. A prova do dano, que corresponde à prova do interesse lesado é outra coisa, essa sim prevista e esperada: deve-se demonstrar qual o bem da personalidade lesado.

Cabe nesse contexto a análise de recente julgado envolvendo violação de direito de imagem e presunção de dano *in re ipsa*.²⁸⁰ Resumindo-se os fatos narrados no acórdão, a lide teve início em razão de publicação via internet de fotografia de uma criança²⁸¹, imagem esta captada em festa de entidade beneficente em favor de crianças com câncer. A genitora da criança, que não havia autorizado nem a captação e nem a publicação da foto, exigiu indenização por violação ao direito de imagem. Independentemente das condições vexatórias ou não da fotografia, o juiz de primeiro grau entendeu que houve a ocorrência de dano *in re ipsa*. Isto é, reconheceu-se a ocorrência do dano pela antijuridicidade do ato: houve prova da publicação da fotografia sem a autorização da responsável legal da criança. Não se exigiu, outrossim, a prova do efeito que a publicação da imagem produzira ou não na criança. A decisão do Tribunal manteve a condenação do pagamento da indenização por dano à imagem, minorando-se o valor da indenização, fixando-o em R\$ 10.900,00 (dez mil e novecentos reais).

4.3- A natureza do dano por violação do direito à imagem

Inicialmente, é importante pontuar que a investigação da natureza do dano à imagem está intimamente vinculada com a conceituação do dano moral, de forma que, as imprecisões conceituais constatadas no dano moral afetam e prejudicam a conceituação de dano à imagem.

²⁸⁰ Apelação 0036930-51.2009.8.26.0309, Relator(a): Fortes Barbosa, 6ª Câmara de Direito Privado - processo de Jundiaí, julgado em 06/09/2012.

²⁸¹ A Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, também prevê o direito à imagem dentre as medidas específicas de proteção, no art. 100, parágrafo único, inciso V: “- privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;”

Por essa razão, é necessário recapitular que o dano moral, com a evolução doutrinária, não é mais admitido como simples dor moral, critério muito subjetivo e prejudicial à avaliação da possível reparação. Ao invés disso, o dano moral tem sido tratado como uma lesão aos bens da personalidade, como preceitua Carlos Alberto Menezes Direito:

(...) hoje o dano moral não mais se restringe à dor, à tristeza e ao sofrimento; estende a sua tutela a todos os bens personalíssimos, os complexos de ordem ética, razão pela qual se revela mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial.²⁸² (grifos nossos)

No entanto, a terminologia “dano moral” manteve-se a mesma. Infelizmente a terminologia dano extrapatrimonial ou dano não patrimonial, que seriam mais apropriadas por serem mais abrangentes, não são as utilizadas, principalmente no âmbito legislativo. Desta forma, quando se usa o termo dano moral, por vezes não se admite o conceito em toda a sua extensão:

As expressões não patrimonial e extrapatrimonial, sinônimos que são, englobam, não somente os bens de ordem moral, enquadrando-se em seu conteúdo os bens da incolumidade física e psíquica, a produção intelectual e artística e tantos outros.²⁸³

Nesse diapasão, Oduvaldo Donnini e Rogério Ferraz Donnini²⁸⁴ lecionam que, dependendo da forma como se conceitua o dano moral, pode-se admitir que a violação do direito à imagem pode ocasionar dano moral – se for considerado o sentido amplo do termo. Esta conclusão decorre de um encadeamento lógico: se o dano moral decorre da violação dos direitos da personalidade, a violação do direito à imagem – que é um dos direitos da personalidade, pode ocasionar dano moral.

Talvez isso explique porque a Constituição discrimina o dano moral, o dano patrimonial e o dano à imagem. No contexto do art. 5º, inciso X, ao que parece, o legislador utilizou o termo “dano moral” no seu sentido restrito.

²⁸² DIREITO, Carlos Alberto Menezes *apud* REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010

²⁸³ REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 16.

²⁸⁴ DONNINI, Oduvaldo e DONNINI, Rogério Ferraz. Direito à imagem. (cap. 5) In: _____, **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002. p. 62.

Admite-se ainda que o legislador deferiu independência de fato ao dano moral, dano patrimonial e dano à imagem, como interpretaram Oduvaldo Donnini e Rogério Ferraz Donnini:

Todavia, a *mens legislatoris* foi a de tratar de maneira autônoma, o dano à imagem, tendo em vista que numa dada situação podem estar configurados dano materiais, morais e dano à imagem, que devem ser analisados de forma autônoma, quantificados da mesma forma, vale dizer, uma determinada soma, a título de indenização, para cada um desses danos. Nada impede, também, que de um certo fato decorra apenas a violação ao dano à imagem, sem que se cogite de qualquer dano material ou moral. Da mesma forma, pode advir um dano exclusivamente moral ou ainda material, sem que se vislumbre qualquer indenização pelo eventual dano à imagem.²⁸⁵

Todavia, o mais apropriado seria dizer que o dano à imagem é de ordem extrapatrimonial, e não moral, porque o direito à imagem se configura como direito autônomo.²⁸⁶

É importante pontuar que o potencial ofensivo da violação do direito à imagem multiplicou-se exponencialmente, em razão dos avanços tecnológicos que permitem, não só a confecção da imagem de um indivíduo em segundos, como também a sua propagação. Sobre esse potencial, assim pronunciou-se Luiz Alberto David Araujo:

O que só poderia ser obtido através da captação lenta da pintura passa, agora, a ser captado num instante. O consentimento, antes quase sempre implícito, passa a ser questionado. A fotografia foi, sem dúvida, o detonador dessa inquietação. (...) A invenção das teleobjetivas, que permitiram a obtenção de imagens a grandes distâncias, criou uma ameaça enorme à proteção da imagem. (...) outro fator da mesma importância colaborou para a disciplina da imagem: a sua reprodução. (...) ora, a captação mais fácil à distância e a reprodução para todo o mundo, via satélite, em segundos, têm alterado a preocupação dos estudiosos.²⁸⁷

²⁸⁵ DONNINI, Oduvaldo e DONNINI, Rogério Ferraz. Direito à imagem. (cap. 5) In: _____, **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002. p. 62

²⁸⁶ No mesmo sentido, OLIVEIRA JUNIOR, Artur Martinho de. Dano moral e dano à imagem, cap. 8. In: _____. **Danos morais e à imagem**. São Paulo: Lex editora, 2007. p. 104: "A imagem privada é sempre inviolável e sua utilização desautorizada gera dano à imagem, independentemente da existência de dano material ou moral, de acordo com o disposto no artigo 5º, V da Constituição Federal."

²⁸⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 45 e 46.

Cumpra dizer que se considera que o dano à imagem ocorre desde o ato da captação, desde que não autorizado:

A simples captação da imagem evidencia ato ilícito, sem qualquer conexão com a respectiva reprodução, que pode ou não ocorrer. A utilização da imagem captada sem permissão amplifica o dano, assim como o proveito econômico, daí eventual, intensifica-o ainda mais.²⁸⁸

Uma vez reconhecido o dano, isto é, admitido que ocorreu um ato ilícito civil por parte de alguém que prejudicou os interesses de outrem, torna-se exigível a sua compensação.

Da simples interpretação do art. 5º, inciso X, da Constituição da República, fica estabelecido o direito de ação com fundamento na violação ao direito à imagem, uma vez que o texto constitucional coloca que a imagem (dentre outros bens) é inviolável.

Embora a configuração do dano à imagem esteja prevista na Constituição, as bases para a persecução do direito de reparação ao dano estão nos dispositivos da Lei Civil vigente, e de toda a teoria da responsabilidade civil. Em linhas gerais, como qualquer ação pautada na Teoria da Responsabilidade Civil, seu principal fundamento legal será o art. 186 combinado com o art. 927 do Código Civil.

O dano à imagem poderá ser proveniente da infração da lei, isto é, da não observância do dever legal de respeitá-lo. Neste caso, estará configurada uma obrigação de indenização por infração de responsabilidade extracontratual, que é considerado um direito de indenização novo. Por outro lado, também há casos em que a violação do direito à imagem pode advir de uma responsabilidade contratual, quando houver inadimplemento de um contrato firmado de uso da imagem, tratando-se neste caso de um direito derivado.

Na interpretação de Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli o direito à imagem envolve interesses de caráter patrimonial e extrapatrimonial, e por essa razão, o dano proveniente da sua violação também poderá admitir caráter duplo:

²⁸⁸ JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. In: DELGADO, Mario Luiz. ALVES, Jones Figueiredo. (coord.). **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. Série Grandes Temas de Direito Privado – vol. 1. São Paulo: Método, 2009. p. 39.

O conteúdo moral se evidencia quando da proteção do interesse da pessoa que deseja impedir a divulgação de sua imagem, e o elemento material dá ao titular do direito a possibilidade de exploração econômica da sua própria imagem. A Jurisprudência, assim como a Doutrina, caminha no sentido de reconhecer este duplo conteúdo ao direito à imagem.²⁸⁹

É importante distinguir que a lesão em si do dano à imagem é de ordem extrapatrimonial, mas os efeitos que ela pode atingir são de ordem moral ou extrapatrimonial. Logo, pode-se concluir que a prova do dano à imagem envolvendo o elemento moral pode ser *in re ipsa*, enquanto a prova material vai depender da análise do caso em concreto, demonstrando-se o dano como o normalmente previsto.

Assim, nos casos de violação do direito à imagem, não raro haverá dois tipos de indenização, uma para recompor o patrimônio material e outra para compensar o dano moral.

4.4- A forma e o *quantum* da reparação do dano à imagem.

O principal parâmetro legal da quantificação da indenização encontra-se no artigo 944 (caput) do Código Civil, indicando que a indenização se mede pela extensão do dano. No parágrafo único do artigo 944 admite-se uma possibilidade de redução da indenização, analisando-se a gravidade da culpa: “Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

Quando o dano é de ordem patrimonial, não sendo possível sua restituição *in natura*, ele será quantificado em dinheiro em observação aos danos emergentes (no cálculo do prejuízo efetivo, das perdas e danos) e dos lucros cessantes (no cálculo do valor que deixou de lucrar em razão do prejuízo sofrido). Quando o dano é de ordem moral, o cálculo da sua indenização compensatória correspondente se torna muito mais difícil:

O dano material, não sendo possível o retorno ao *status quo ante*, se indeniza pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão

²⁸⁹ AFFORNALI, Maria Cecilia Naressi Munhoz. **Direito à própria imagem**. 1. ed. (ano de 2003), 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 37.

matemática, se compensa com um valor convencionado, mais ou menos aleatório.²⁹⁰

A dificuldade maior está em se avaliar em termos pecuniários os danos extrapatrimoniais, que são bens abstratos:

É notório que o dano não patrimonial não possui relação com os bens de natureza material, o próprio sentido da palavra expressa a ideia de que estamos diante de um patrimônio abstrato, ou seja, bens e valores que não admitem valoração precisa, posto que, insuscetíveis de serem medidos ou auferidos por instrumentos físicos.²⁹¹

É por essa razão que não se é possível tratar da reparação pecuniária dos danos extrapatrimoniais, mas sim de uma forma de compensação pelos prejuízos causados, uma vez que também não é possível avaliar o *pretium doloris*:

Não sendo possível aferir com precisão o valor que corresponda a um perfeito pagamento dos danos sofridos pela vítima, a reparação sempre será considerada como uma forma de compensação, ou mesmo uma pena para conter a ação lesiva do agente causador.²⁹²

Assim, admite-se que é difícil precificar a reparação pecuniária proveniente da violação do direito à imagem. Como nos casos de dano moral, não existem parâmetros legais pré-estabelecidos, apenas princípios orientadores. O primeiro deles é a orientação da reparação integral, mas sem exceder os limites do próprio dano, princípio expresso no artigo 944 do Código Civil.

Ao mesmo tempo, o ordenamento pátrio é contrário que a indenização se torne uma fonte de enriquecimento para quem recebe a indenização, nem estimula que a condenação ao pagamento cause a ruína de quem foi responsabilizado. Assim, é forçoso que os casos sejam analisados individualmente.

Caberá ao arbítrio do magistrado evitar que o valor se torne muito alto ou insignificante:

²⁹⁰ STOCO, Rui. A responsabilidade e a obrigação de indenizar (cap. 1); Responsabilidade por ato próprio (cap. 8). In: _____. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 130.

²⁹¹ Reis, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9.

²⁹² Reis, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 62.

O magistrado sensível, perspicaz e atento aos mecanismos do direito e da pessoa humana, avaliará as circunstâncias do caso e arbitrará os valores compatíveis com cada situação.

Esse processo de estimação dos danos extrapatrimoniais decorre do arbítrio do juiz. O arcabouço do seu raciocínio na aferição dos elementos que concorreram para o dano, e sua repercussão na intimidade da vítima, serão semelhantes aos critérios adotados para a fixação da dosimetria da pena criminal, constantes no art. 59 do Código Penal.²⁹³

Ao mesmo tempo, utiliza-se como parâmetro o princípio da razoabilidade, que compatibiliza a gravidade e as circunstâncias do caso concreto à indenização. Tais parâmetros são provenientes da jurisprudência, uma vez que, mesmo não existindo fórmulas, os juízes são obrigados a apresentarem soluções para os casos:

Portanto, é facilmente deduzível que a jurisprudência há que ser o elemento balizador na quantificação dos danos morais. Aliás, é desnecessário tecer considerações a respeito da importância representada pelas decisões firmadas pelos nossos tribunais, na construção de novas normas legislativas, bem como de padrões que incorporam ao mundo jurídico.²⁹⁴

Demonstra-se, assim, que o arbitramento do dano à imagem fica a critério exclusivo do arbítrio do juiz uma vez que não existem outros contornos legais.

Carlos Roberto Gonçalves aponta que o principal problema do critério arbitramento do juiz é a impossibilidade de defesa contra ele:

Predomina entre nós o critério do arbitramento pelo juiz, a teor do disposto no art. 1.553 do Código Civil de 1916. O novo diploma civil mantém a fórmula ao determinar, no art. 946, que se apurem as perdas e danos na forma que a lei processual determinar. O Código de Processo Civil prevê a liquidação por artigos e por arbitramento, sendo esta a forma mais adequada para a quantificação do dano moral. A crítica que se faz a esse sistema é que não há defesa eficaz contra uma estimativa que a lei submeta apenas ao critério livremente escolhido pelo juiz, porque, exorbitante ou ínfima, qualquer que seja ela, estará sempre em consonância com a lei, não ensejando a criação de padrões que possibilitem o efetivo controle de sua justiça ou injustiça.²⁹⁵

Carlos Roberto Gonçalves sinaliza que, em razão da ausência de lei que forneça parâmetros para o arbitramento da indenização por dano à

²⁹³ Reis, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64.

²⁹⁴ Reis, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 67.

²⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.506.

imagem, parte da revogada Lei de Imprensa continua inspirando alguns magistrados:

Algumas recomendações da revogada Lei de Imprensa, feitas no art. 53, continuam a ser aplicadas na generalidade dos casos, por integrarem repertório jurisprudencial, como a situação econômica do lesado; a intensidade do sofrimento; a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa; o grau da culpa e a situação econômica do ofensor, bem como as circunstâncias que envolveram os fatos. Em razão da diversidade de situações, muitas vezes valem-se os juizes de peritos para o arbitramento da indenização, como no caso do dano à imagem.²⁹⁶

Na visão de Rui Stoco, seria conveniente que se considerasse o grau da culpa²⁹⁷ na consideração do valor da indenização em razão :

Aliás, a qualidade da conduta do agente ou a intensidade do querer e a maior ou menor possibilidade de prever exsurgem como relevantes não só para a determinação da responsabilidade, como no estabelecimento do quantum indenizatório.²⁹⁸

Observando-se as duas últimas citações, Carlos Alberto Gonçalves e Rui Stoco trazem de volta a discussão da avaliação da natureza e grau da culpa, e do dano, ambos critérios da responsabilidade civil, a fim de auxiliar no arbítrio do valor da indenização.

De acordo com a teoria geral da responsabilidade civil, cabe a quem alegou a culpa de alguém por ato ilícito a sua comprovação, mas existem as previsões de inversão do ônus da prova. Na esteira dos estudos de Teresa Ancona Lopez, existem distinções na presunção de culpa nas searas da responsabilidade contratual ou extracontratual:

A principal diferença técnica entre os dois tipos de responsabilidade baseia-se na questão da presunção de culpa que haveria na responsabilidade contratual, acarretando a reversão do ônus da prova e, portanto, maior facilidade para a vítima do dano conseguir sua indenização. Em matéria delitual, ao contrário, a culpa do autor do dano deveria ser provada pela vítima.²⁹⁹

²⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.507.

²⁹⁷ A revogada Lei de imprensa fazia menção expressa à gradação da culpa do responsável no momento do arbítrio da indenização no seu art. 53.

²⁹⁸ STOCO, Rui. A responsabilidade e a obrigação de indenizar (cap. 1); Responsabilidade por ato próprio (cap. 8). In: _____. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 141.

²⁹⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

No entanto, no campo particular das indenizações por dano extrapatrimonial, Felipe P. Braga Netto, bem como grande parte da doutrina, exclui a necessidade de apreciação da prova da culpa nos casos de violação a direitos da personalidade: “Em se tratando de violação aos direitos da personalidade, é completamente prescindível o elemento culpa.”³⁰⁰

Além disso, como bem pontua Teresa Ancona Lopez, a regra geral do art. 944 enfatiza o elemento do dano, e não a culpa: “no campo civil, a responsabilidade é medida pela extensão do dano e não pelo grau da culpa. Podendo mesmo a culpa levíssima gerar a obrigação de indenizar.”³⁰¹

Cabe ressaltar que, se a ideia fosse recuperar o conjunto probatório para calcular a indenização, seria necessário envolver também a comprovação do nexos de causalidade (demonstrar a relação entre a conduta e o resultado).

No capítulo subsequente, que trazem decisões que envolvem direito de imagem em última instância, isto é, no Superior Tribunal de Justiça, serão confrontados os critérios da responsabilidade civil nas decisões a respeito do dano indenizável e no arbítrio do valor da indenização.

³⁰⁰ BRAGA NETTO, Felipe P. Responsabilidade Civil nos direitos da personalidade. In: _____, **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 336.

³⁰¹ LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 20.

5 - O direito à imagem na jurisprudência

5.1 – Considerações gerais sobre a jurisprudência a respeito do direito de imagem

Maria Cecília Naréssi Affornalli traz notícias sobre uma das primeiras decisões jurisprudenciais sobre a proteção da imagem, que ocorreu na França:

Em 1858, o Tribunal de Seine proferiu decisão que deu origem à construção jurisprudencial francesa. Tratava-se do caso de dois fotógrafos que retrataram a famosa atriz francesa Rachel, em seu leito de morte. As fotografias deveriam permanecer apenas com os familiares da retratada. Todavia elas foram parar nas mãos da pintora O'Connell, que as utilizou como matriz para a confecção de desenhos posteriormente expostos e comercializados. Provocado para apresentar decisão acerca do assunto, pela família da atriz retratada, o Tribunal de Seine ordenou a apreensão e destruição do original e das cópias fotográficas. O fundamento residiu na impossibilidade de reprodução da imagem de pessoa no leito de morte, sem o consentimento da família, mesmo que se tratasse de pessoa célebre, como Rachel.³⁰²

A jurisprudência nacional tem apresentado inúmeros processos que envolvem direito de imagem.³⁰³

Há que se notar que os julgados a respeito do direito de imagem se tornaram recorrentes com o advento da Constituição da República, que trouxe previsão expressa a respeito do direito de imagem.

No contexto dessa pesquisa, no entanto, fez-se a opção por expor mais detalhadamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em razão de se considerar que a partir delas as decisões possuem teor definitivo.

Destaca-se, no contexto jurisprudencial sobre direito de imagem, a edição da Súmula 403: “**STJ Súmula nº 403** - 28/10/2009 - DJe 24/11/2009. **Prova do Prejuízo - Indenização pela Publicação de Imagem de Pessoa - Fins Econômicos ou Comerciais.** Independe de prova do prejuízo a

³⁰² AFFORNALI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. 1. ed. (ano de 2003), 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 28.

³⁰³ Uma busca no site do Tribunal de Justiça de São Paulo com os termos “direito de imagem” acusa a ocorrência de 1.020 processos; o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em busca com os mesmos termos traz 202 processos; o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro traz 200 processos.

indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.” A simples edição da Súmula caracteriza a importância dada ao assunto, e a analogia feita do dano à imagem com o dano moral, partindo-se do princípio que ambos independem de prova de prejuízo. Por outro lado, põe fim na discussão da prova do dano em grande parte dos casos de direito à imagem, considerados por presunção (*in re ipsa*).

Deve-se observar que os Tribunais nacionais tem fixado a indenização pelo dano à imagem como um dano moral ou como dano material.

5.2 – Exposição de casos paradigmáticos da jurisprudência nacional

O critério da aplicação ou não da dignidade humana em cada um dos casos jurisprudenciais analisados é um parâmetro comum. Afinal, dar efetividade à dignidade individual, numa sociedade que é coletiva e plural é um grande desafio. Além disso, pode-se considerar a dignidade como um resumo dos valores axiológicos da Carta Maior, como prenunciou Antonio Chaves: “No âmbito não corpóreo, as prerrogativas do homem civilizado poderiam ser compendiadas numa só palavra: dignidade.”³⁰⁴

O segundo critério envolve a fundamentação legal para o reconhecimento ou não do dano à imagem.

O terceiro critério a ser observado é a forma como se reconhece, nos casos concretos, a violação ou não ao direito de imagem. A rigor, conforme os preceitos da responsabilidade civil, deveriam estar envolvidos os seguintes tópicos: a análise do ato, da culpa em sentido lato, do dano em si e do nexo causal. A comprovação da configuração do dano indenizável é um processo complexo, e a quantificação do valor da indenização poderia decorrer dessa análise.

³⁰⁴ CHAVES, Antonio. Os direitos fundamentais da personalidade moral (à integridade psíquica, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF: Senado Federal, ano 15, n. 58, p. 157-180, abr./jun. 1978, p. 158.

5.2.1- Paradigma 1: O interesse público como restrição ao direito de imagem (REsp 801109 / DF)³⁰⁵

Em 8 de dezembro de 1999, uma revista de alcance nacional publicou matéria jornalística de conteúdo bastante crítico envolvendo uma investigação administrativa (denominada “CPI do Judiciário”) e a atuação jurisdicional de um certo magistrado. A editora também publicou, ilustrando a matéria, foto desse desembargador em seu ambiente de trabalho, devidamente trajado, dentro da Corte Estadual onde exercia a função judicante.

O magistrado, então, moveu ação contra a editora que publicou a sua imagem sem a sua autorização, com base nos direitos da personalidade e nos mandamentos constitucionais de proteção à imagem.

O juízo de primeiro grau entendeu como violados os direitos de personalidade do autor e fixou indenização de R\$ 200.000 (duzentos mil reais), além de multa cominatória. A empresa ré opôs embargos de declaração da sentença, uma vez que entendeu que o julgamento se deu *extra petita*, pois o autor não requereu cominação de multa. Posteriormente, os embargos de declaração foram rejeitados.

Na sequência, a editora ré interpôs recurso de Apelação, alegando inicialmente que não foi sanado o vício da omissão suscitado na petição de embargos de declaração.

No mérito, o acórdão recorrido invocou ofensa aos arts. 1º, 27, II e VIII, da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa - e aos arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220 da Constituição Federal. Sustentou-se que:

(...) a reportagem não fez mais que cumprir o dever de informar, trazendo ao leitor as conclusões da CPI do Judiciário, instalada no Senado Federal para “apuração de denúncias de administração patrimonial irregular e imperfeição na prática de atos processuais e na prestação jurisdicional, transcorridos na

³⁰⁵ REsp 801109 / DF, RECURSO ESPECIAL 2005/0195162-7, Relator Ministro RAUL ARAÚJO (1143), T4 - QUARTA TURMA, Julgado em 12/06/2012. , Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%22direito+de+imagem%22&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31. Acesso em 13/09/2013.

Vara de Órfãos e Sucessões do Distrito Federal, sob a responsabilidade do então Juiz titular da Vara.³⁰⁶

Além disso, informou-se que os fatos podiam ser divulgados pela imprensa em razão da especificidade do caso concreto: eram fatos relevantes e verdadeiros (portanto de interesse público). Por fim, salientou-se no acórdão recorrido que o uso da imagem não dependia de autorização, porque:

(...) o uso de imagem de pessoas relacionadas com o fato jornalístico é um direito intrínseco à liberdade de informação, não havendo dúvida da licitude do uso da fotografia do Recorrido, notadamente pelo cargo público que ocupa.³⁰⁷

A editora afirmou ainda que o título da reportagem ('O doutor milhão') se fazia pertinente em razão da liberdade de expressão conferida pela Constituição da República, acrescentando que não havia intenção de ofender o autor, que no decorrer do texto foi tratado pelo próprio nome.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, julgando o recurso interposto pela editora, não lhe reconheceu as razões inteiramente. Entendeu que houve ato ilícito por parte da editora, o que lhe geraria o dever de indenização:

Restando demonstrado nos autos que a matéria veiculada na imprensa, em revista de grande circulação, denegriu a imagem do Autor, ofendendo-lhe a honra subjetiva, deve a Demandada ser condenada a indenizar.³⁰⁸

O referido Tribunal fixou, no entanto, a minoração da indenização de R\$200.000 (duzentos mil) para R\$ 50.000 (cinquenta mil), pautando-se no princípio da razoabilidade, e a fim de que a indenização não se tornasse fonte de enriquecimento sem causa.

³⁰⁶ REsp 801109 / DF, RECURSO ESPECIAL 2005/0195162-7, Relator Ministro RAUL ARAÚJO (1143), T4 - QUARTA TURMA, Julgado em 12/06/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%22direito+de+imagem%22&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31. Acesso em 13/09/2013.

³⁰⁷ REsp 801109 / DF, RECURSO ESPECIAL 2005/0195162-7, Relator Ministro RAUL ARAÚJO (1143), T4 - QUARTA TURMA, Julgado em 12/06/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%22direito+de+imagem%22&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31. Acesso em 13/09/2013.

³⁰⁸ REsp 801109 / DF, RECURSO ESPECIAL 2005/0195162-7, Relator Ministro RAUL ARAÚJO (1143), T4 - QUARTA TURMA, Julgado em 12/06/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%22direito+de+imagem%22&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31. Acesso em 13/09/2013.

Tendo sido vencida mais uma vez, a editora recorre em última instância ao Superior Tribunal de Justiça, interpondo recurso especial.

De início, a egrégia Corte não detectou omissão no julgado, conforme postulado nos embargos de declaração.

Em seguida, o voto do relator trouxe a problemática da dificuldade de se fazer julgamento atual com base em legislação não mais vigente. Quando foi proferido acórdão em sede de apelação, a Lei 5.250/67 ainda estava em vigor. A partir do julgamento da ADPF 130/DF, em acórdão proferido em 30 de abril de 2009, considerou-se que a Lei de Imprensa não fora recepcionada pela Constituição da República de 1988.

Conforme relatado, o acórdão em tela representava apenas um dos inúmeros processos em trâmite no STJ que envolvia a Lei de Imprensa. O pedido do recorrido sobre a redução do montante da condenação por dano moral baseava-se no art. 53, III dessa Lei. Ou seja, a Lei de Imprensa foi utilizada como fundamento do Recurso Especial em discussão, que foi interposto em dezembro de 2003, quando ainda não havia sido reconhecida a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição da República, e tampouco havia sido proposta a ADPF 130/DF no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o que somente ocorreu em fevereiro de 2008.

A fim de não obstar o direito de defesa da editora recorrente, o Tribunal Superior admitiu o recurso, esclarecendo que:

(...) a admissão do presente recurso em nada ofende o efeito vinculante decorrente da ADPF 130/DF, pois apenas supera óbice formal levando em conta a época da formalização do especial, sendo o mérito do recurso apreciado conforme o direito, portanto, com base na interpretação atual, inclusive no resultado da mencionada arguição de descumprimento de preceito fundamental.³⁰⁹

Quanto ao exame da lide, no entanto, o recurso especial trouxe interpretação diversa das instâncias ordinárias. O ministro-relator colocou em confronto a liberdade de imprensa, no tocante ao *animus informandi* e *criticandi*, trazidos como teses da defesa, e os direitos à honra, à privacidade e à imagem, invocados pelo promovente.

³⁰⁹REsp 801109 / DF, RECURSO ESPECIAL 2005/0195162-7, Relator Ministro RAUL ARAÚJO (1143), T4 - QUARTA TURMA, Julgado em 12/06/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%22direito+de+imagem%22&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31. Acesso em 13/09/2013.

Entendeu-se que deveria ser feita ponderação em razão das especificidades do caso concreto, em defesa dos princípios democráticos. Invocou-se a própria Constituição da República, em seu art. 5º, inciso IV, V, IX, X, XIV e XXVIII, bem como o art. 220 e parágrafos para destacar o confronto entre esses direitos.

Inicialmente, o ministro-relator examinou a eventual violação ao direito de imagem do ora recorrido que teve seu retrato publicado juntamente com a matéria jornalística aqui mencionada. Viu-se que as instâncias ordinárias entenderam que a ofensa exsurgiu da falta de autorização para a utilização da imagem.

O ministro relator admitiu que a regra, extraída da Constituição da República, postulava a proibição da utilização da imagem da pessoa, sem o seu consentimento (art. 5º, X). Além do fundamento constitucional, o recurso especial também trouxe a súmula e o artigo da lei civil que cuida do assunto:

A princípio, a simples utilização de imagem da pessoa, sem seu consentimento, gera o direito ao ressarcimento das perdas e danos, independentemente de prova do prejuízo (Súmula 403/STJ), exceto quando necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (CC/2002, art. 20).

O caso concreto desse recurso especial, no entanto, passou a tratar das exceções ao direito de imagem cabíveis por suas peculiaridades, por tratar de divulgação da imagem de pessoa pública:

Com efeito, em se tratando de pessoa ocupante de cargo público, de notória importância social, como o é o de Magistrado, fica mais restrito o âmbito de reconhecimento do dano à imagem e de sua extensão, mormente quando utilizada a fotografia para ilustrar a matéria jornalística a que se refere, sem ofender a vida privada do retratado.

Esclareceu-se que as limitações dessas pessoas públicas decorrem de exigências da coletividade, que tem interesse maior no comportamento de pessoas públicas, principalmente quando ocupam cargos de gestão de assuntos de interesse público. Foi feita menção à outra jurisprudência para firmar esse entendimento:

Nesse sentido a eminente Ministra **NANCY ANDRIGHI**, no julgamento do REsp 1.082.878/RJ, ponderou que "doutrina e jurisprudência são pacíficas no entendimento de que pessoas públicas e/ou notórias têm seu direito de imagem mais restrito que pessoas que não ostentem tal característica (...). A

situação do recorrido é especial, pois se trata de pessoa pública, por isso os critérios para caracterizar violação da privacidade são distintos daqueles desenhados para uma pessoa cuja profissão não lhe expõe. Assim, o direito de informar sobre a vida íntima de uma pessoa pública é mais amplo, o que, contudo, não permite tolerar abusos" (Terceira Turma, DJe de 18/11/2008).³¹⁰

Por fim, o ministro relator concluiu que a utilização da fotografia do magistrado, em seu ambiente de trabalho, serviu apenas para ilustrar a matéria jornalística, não constituindo, *per se*, violação ao direito de preservação de sua imagem ou de sua vida íntima e privada. Assim, não identificou causa para indenização por danos patrimoniais ou morais à imagem.

A questão do dano moral decorrente de conteúdo de matéria jornalística foi tratada em separado do direito de imagem, logo na sequência. Frisou-se a importância da liberdade de expressão, concedida à imprensa constitucionalmente: "a ampla liberdade de expressão compreende informação, opinião e crítica jornalística, consubstanciada nos direitos de noticiar fatos verídicos e de criticá-los."³¹¹

Sustentou-se que a liberdade de informação jornalística também não poderia ser absoluta. Pontuou-se o compromisso com a verdade do jornalista, que convivia com a permissão de emitir juízos críticos:

Entende-se assegurado ao jornalista emitir opinião e formular críticas, ainda que desfavoráveis e contundentes, contra qualquer pessoa ou autoridade, desde que fundadas na narração de fatos verídicos. Porém, quando os fatos noticiados não são verdadeiros, pode haver abuso do direito de informar por parte do jornalista.³¹²

A divulgação da verdade cumpre um direito social, que é o direito de toda a sociedade de ser informada. O acórdão trouxe precedentes daquela

³¹⁰ REsp 801109 / DF, RECURSO ESPECIAL 2005/0195162-7, Relator Ministro RAUL ARAÚJO (1143), T4 - QUARTA TURMA, Julgado em 12/06/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%22direito+de+imagem%22&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31. Acesso em 13/09/2013.

³¹¹ REsp 801109 / DF, RECURSO ESPECIAL 2005/0195162-7, Relator Ministro RAUL ARAÚJO (1143), T4 - QUARTA TURMA, Julgado em 12/06/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%22direito+de+imagem%22&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31. Acesso em 13/09/2013.

³¹² REsp 801109 / DF, RECURSO ESPECIAL 2005/0195162-7, Relator Ministro RAUL ARAÚJO (1143), T4 - QUARTA TURMA, Julgado em 12/06/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%22direito+de+imagem%22&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31. Acesso em 13/09/2013.

Corte retratando que nem mesmo a prova inequívoca da veracidade dos fatos objeto de reportagem é exigida:

O dever de veracidade ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas. (REsp 680.794/PR, Quarta Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 29/6/2010).³¹³

Pontuou-se, ainda, que a liberdade de informação também está limitada pela preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais se incluem os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade. Assim, repele-se a veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa.

No entanto, advogou-se no acórdão, as pessoas que ocupam cargos públicos, mormente as que atuam como agentes do Estado, sofrem restrições daqueles direitos de personalidade:

Assim, a divulgação de notícia ou crítica acerca de atos ou decisões do Poder Público, ou de comportamento de seus agentes, a princípio, não configuram abuso no exercício da liberdade de imprensa, desde que não se refiram a um núcleo essencial de intimidade e de vida privada da pessoa ou que, na crítica, inspirada no interesse público, não seja prevalente o *animus injuriandi vel diffamandi*.³¹⁴

Desta forma, sustentou-se que, em regra, não caracteriza hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística que narre fatos verídicos ou verossímeis, embora eivados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas, sobretudo quando se trate de figuras públicas que exerçam atividades tipicamente estatais, gerindo interesses da coletividade, e quando a notícia e a crítica referirem-se a fatos de interesse geral relacionados à atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada. Nessas hipóteses, principalmente, a liberdade de expressão é prevalente, atraindo verdadeira

³¹³ REsp 801109 / DF, RECURSO ESPECIAL 2005/0195162-7, Relator Ministro RAUL ARAÚJO (1143), T4 - QUARTA TURMA, Julgado em 12/06/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%22direito+de+imagem%22&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31. Acesso em 13/09/2013.

³¹⁴ REsp 801109 / DF, RECURSO ESPECIAL 2005/0195162-7, Relator Ministro RAUL ARAÚJO (1143), T4 - QUARTA TURMA, Julgado em 12/06/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%22direito+de+imagem%22&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31. Acesso em 13/09/2013.

excludente anímica, a afastar o intuito doloso de ofender a honra da pessoa a que se refere a reportagem.

O ministro relator não deixa dúvidas de que a percepção da ocorrência de abuso no exercício da liberdade de expressão jornalística, a ensejar reparação civil por dano moral a direitos da personalidade, fica a depender do exame de cada caso concreto. Conclui seu voto, justificando que a editora tinha o direito de noticiar o ocorrido, porque os fatos narrados diziam respeito a atos e comportamentos do recorrido enquanto autoridade, e não enquanto pessoa privada:

Tratou a Revista Veja, em reportagem sob o título "O doutor milhão", em abordagem não apenas noticiosa, mas sobretudo de ácida crítica, que atingiu o ora recorrido, então vice-presidente do TJDF, e, em parte, também o próprio Poder Judiciário do Distrito Federal, dos seguintes fatos: a) de o magistrado haver sido mencionado na CPI do Judiciário como responsável por não ter agido com o devido zelo na condução do inventário, que tramitava na Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília, da qual era então Juiz titular, dos bens deixados por morte do genitor do, à época, menor de idade Luiz Gustavo Nominato, deixando fosse dilapidado um patrimônio de cerca de 30 milhões de reais; b) de a CPI haver encontrado indícios de que o recorrido teria cometido crimes de abuso de poder e prevaricação, além de improbidade administrativa, tendo encaminhado o relatório ao Ministério Público para deliberar sobre apresentação de denúncia; c) de haver o recorrido liderado reunião na qual os Desembargadores do TJDF aprovaram um aumento do subsídio para si e demais juizes do Distrito Federal, triplicando a remuneração, ao custo de 30 milhões de reais, majoração considerada irregular e inconstitucional pelo Procurador-Geral da República à época; d) de ter sido o recorrido flagrado, em 1985, usando carro oficial numa praia da Bahia, com a família; e) de ter uma das filhas do recorrido trabalhado para o senador Luiz Estevão, quando este era deputado distrital, entre 1996 e 1997, enquanto o recorrido julgava ações de interesse do amigo no Tribunal de Justiça, tendo mandado "paralisar catorze inquéritos que tramitavam na polícia para investigar o grupo OK, que pertence a Estevão".³¹⁵

Por fim, o ministro-relator reconheceu a dificuldade de julgar o caso pela linguagem ácida utilizada, situando-se no limiar do abuso do direito ao exercício dessa liberdade. Citou-se como exemplo o emprego do título "O

³¹⁵ REsp 801109 / DF, RECURSO ESPECIAL 2005/0195162-7, Relator Ministro RAUL ARAÚJO (1143), T4 - QUARTA TURMA, Julgado em 12/06/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%22direito+de+imagem%22&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31. Acesso em 13/09/2013.

doutor milhão". Mesmo assim, a relevância social do tema, de acordo com o ministro relator, suplantou esta problemática.

Mediante todos estes argumentos, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem modificar a decisão das instâncias ordinárias, dando provimento ao recurso especial da editora, isto é, desobrigando a Revista Veja a pagar qualquer indenização, embora reconhecesse os danos.

Julgaram-se improcedentes os pedidos formulados na inicial, e sentenciou-se:

Considerando a ausência de condenação (CPC, art. 20, § 4º) e o contexto do caso, em que se reconhece o dano moral, conquanto não indenizável, aplica-se a sucumbência com adequada moderação, cabendo à parte autora arcar com as custas do processo e os honorários advocatícios, que são fixados em R\$ 2.000,00, com devida incidência de juros moratórios e correção monetária, a partir desta data.³¹⁶

Como já foi sustentado nessa dissertação, não existem restrições legais³¹⁷ ao direito de imagem. Toda a exclusão da obrigação de indenizar do caso analisado pautou-se na notoriedade da pessoa envolvida, em razão de seu cargo: o que se noticiou foi a provável má conduta do magistrado na condução das suas atribuições legais. Da forma como foi feita a matéria jornalística, não restou dúvida sobre o comprometimento do magistrado.

A imprensa imprimiu um veredicto de culpado ao desembargador, tornando pública e vexatória sua imagem de administrador da justiça "corrupto", antes mesmo que fosse submetido ao julgamento judicial, sem a observância de todos os princípios de proteção da dignidade do acusado. Não cabe à imprensa a função de julgar; sua função precípua é noticiar e denunciar, de forma imparcial e comprometida com a verdade.

Em outro momento do acórdão, os ministros extrapolaram os limites da interpretação da liberdade de imprensa, mencionando que sequer a veracidade dos fatos noticiados deve ser exigida.

Se o magistrado cometeu os crimes de prevaricação e abuso de poder, por certo deverá ser julgado pelos seus atos respeitando-se o devido

³¹⁶ REsp 801109 / DF, RECURSO ESPECIAL 2005/0195162-7, Relator Ministro RAUL ARAÚJO (1143), T4 - QUARTA TURMA, Julgado em 12/06/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%22direito+de+imagem%22&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31. Acesso em 13/09/2013.

³¹⁷ Conforme item 3.3.2 dessa dissertação.

processo legal. Além disso, na esfera criminal persiste o princípio da presunção da inocência, segundo o qual o acusado apenas poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal,³¹⁸ ao final do processo.

Desconsiderou-se, ainda, o tom jocoso da reportagem, em especial no título empregado (O dr. Milhão). Nas palavras de Antônio Chaves: “Não é admissível que, por amor à pilhéria, se tolere que alguém se divirta ou faça divertir à custa da reputação ou decoro alheio.”³¹⁹ A manchete apelativa não faz juz a um jornalismo sério, mais parece uma estratégia de marketing para atrair leitores. Isto é, de fato, a revista lucra com a divulgação da notícia; lucrará quanto mais a notícia estiver pautada em sensacionalismo.

A desculpa da “justiça social” não é cabível nesse contexto: afinal, a verdadeira justiça social se daria no momento em que os fatos fossem apurados, fossem repartidas as responsabilidades e fossem aplicadas as sanções previstas em lei. É isto que se espera de um país onde se vive o “Estado de Direito”. A exposição ao ridículo das autoridades corruptas só parece lucrativa ao dono dos meios de comunicação (não será a sociedade que vai lucrar com isso). No julgado em análise, a imprensa foi muito além de divulgar a notícia e fazer uma denúncia. Divulgar a imagem do magistrado seria totalmente dispensável à notícia (não se trata de acusado perigoso, que pode ameaçar diretamente a população). De certa forma, infere-se uma intenção dolosa de macular, não só a imagem daquele desembargador, como a intenção de abrir a suspeição sobre a imagem de todos os integrantes do judiciário.

Por fim, concluiu-se que o direito de personalidade, em especial o direito da imagem foi desrespeitado, reconhecidamente até pelos ministros, mas não se julgou devida a indenização, em nome dos interesses coletivos envolvidos na lide. Parece que faltou parcimônia no entendimento do caso. Embora os jornalistas tivessem o direito de divulgar as suspeitas de irregularidade, ou melhor, o dever de fazê-lo, ficou patente que houve abuso desse direito. Em relação à divulgação da imagem do magistrado, totalmente desnecessária, teria sido perfeitamente cabível a indenização por violação ao direito de imagem. Na pista de Luiz Alberto David Araújo, foi violada a imagem

³¹⁸ Neste sentido, rever a nota de rodapé 206, em que se transcreveu a opinião de Pedro Renato Lúcio Marcelino sobre o assunto.

³¹⁹ CHAVES, Antonio. Direitos da personalidade e dano moral. **Revista dos tribunais**. São Paulo: ano 84, v. 712, p. 7-14, fev. 1995, p. 10.

atributo do desembargador, por denegrir diretamente a imagem do profissional em ação. Não foi esta, no entanto, a interpretação dos Ministros.

Se fossem utilizados os critérios técnicos apontados pela responsabilidade civil, da subsunção do caso concreto à regra geral resultaria a conclusão de uma ação da imprensa ilícita e antijurídica, pois em desacordo com a proteção do direito à imagem como um direito da personalidade; a discussão do abuso de direito de informar, pautado na previsibilidade do art. 187 do Código Civil; a apuração de culpa (dolo, culpa grave ou leve), demonstrando-se qual a consciência do prejuízo causado ao ofendido; a discussão do dano, reconhecendo-se que o ofendido teve um bem de personalidade seu abalado.

5.2.2- Paradigma 2: (Resp N° 1.102.756 – SP)³²⁰

O Grupo de Comunicação Três S/A, com o intuito de lançar no mercado uma nova revista destinada a noticiar fatos da vida de pessoas renomadas (de nome 'Isto É Gente'), produziu e veiculou uma campanha publicitária usando uma foto da atriz profissional de teatro e de televisão Maria Carolina Alvares Ferraz, associada aos seguintes dizeres: "a atriz global Carolina Ferraz termina casamento de 12 anos". Para tanto, a empresa utilizou dois meios de comunicação de alcance nacional, *outdoors* e anúncios em páginas de uma revista do mesmo grupo de comunicação (a revista 'Isto É'). A campanha publicitária criou uma capa fictícia da nova revista, e elegeu a imagem da atriz e fatos reais de sua vida como tema central.

Ocorre que a utilização da imagem da atriz, com fins indubitavelmente comerciais, foi feita sem autorização da atriz, ou mesmo sem qualquer acordo prévio.

Mediante tais fatos, a atriz ajuizou ação de reparação por danos materiais e compensação por danos morais, em face do Grupo de Comunicação Três S/A, devido ao uso de sua imagem sem autorização.

³²⁰ Resp N° 1.102.756 - SP (2008/0272939-4), TERCEIRA TURMA, Ministra Relatora Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 20 de novembro de 2012.

Em primeira instância foram julgados procedentes os pedidos da atriz, condenando o Grupo de Comunicação ao pagamento de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) para reparação do dano patrimonial e de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) a título de compensação pelo dano moral. Além disso, estabeleceu-se multa por litigância de má-fé, fixada em 1% sobre o valor da causa, bem como à indenização correspondente, esta arbitrada em de 10% sobre o valor da causa.

O Grupo de Comunicação interpôs recurso de apelação, pedindo que fosse afastada a condenação à compensação por dano moral, bem como pediu que fosse desobrigado do pagamento de indenização fixada em 10% sobre o valor da causa.

O Tribunal de Justiça de São Paulo acolheu em parte o pedido do Grupo de Comunicação. Entendeu que não havia nos autos circunstâncias particulares que demonstrassem a existência de elemento psicológico apto a evidenciar que a vítima tenha sido submetida a sofrimento (sentimento de tristeza, vexame, embaraço na convivência social ou exposição ao ridículo no meio social que integra), não existindo razão para acolhimento do pedido compensatório de dano moral.

Ambas as partes interpuseram Recurso especial. O Grupo de Comunicação sustentou suas alegações na violação dos arts. 159 e 1553 do CC/16 e 927, 944 e 946 do CC/02, bem como dissídio jurisprudencial.

No mérito, sustentaram que a prova documental que serviu de base para a condenação não teria como provar que houve uma campanha publicitária. Além disso, afirmaram que os contratos acostados para servirem de parâmetro dos valores recebidos pela atriz referiam-se a participações em filmes publicitários. O que estava em discussão no caso em tela era a utilização de uma simples fotografia. Dessa forma, advogavam que o arbitramento do prejuízo material havia chegado a um valor da condenação excessivo.

O Recurso especial interposto por Maria Carolina Alvares Ferraz fundamentou-se na violação dos arts. 159 do CC/16; 17, I e III, e 18, § 2º, do CPC; bem como dissídio jurisprudencial.

No mérito, rebelou-se contra o afastamento da compensação por dano moral, sustentando que o uso não autorizado de sua imagem por si só já ensejava a compensação pleiteada. Além disso, sustentou-se que ocorrera a

violação de sua intimidade, independentemente da comprovação de efetivo prejuízo experimentado, ao contrário do que entendeu o Tribunal de origem. A exploração da sua imagem com viés publicitário, por outro lado, daria ensejo ao ressarcimento pelo dano patrimonial.

Em relação ao recurso especial interposto pelo Grupo de Comunicação, que requereu revisão do valor da condenação fixado na sentença para reparação por dano material, a ministra relatora pontuou que não era possível discutir o montante fixado, em razão da ausência de prequestionamento do mesmo no tribunal de origem.

Como o Tribunal Superior entendeu que era cabível a reparação pela utilização indevida de imagem sem a devida contraprestação, manteve, sem emitir nenhum juízo a este respeito, a quantia arbitrada pelo julgador de primeiro grau.

Julgou ainda que o pedido de reexame de fatos e provas seria impossível de ser realizado naquela instância superior, porque esbarrava no óbice da Súmula 7 do STJ. Desta forma, impediu-se o trânsito do recurso especial interposto pelo Grupo de Comunicação Três S/A.

Em relação ao recurso especial interposto pela atriz, a ministra relatora discutiu a temática do uso de imagem de pessoa pública, com finalidade econômica e sem autorização.

Com base no substrato fático-probatório dos autos, concluiu-se, em sede de recurso especial, que houve exposição da imagem da recorrente em âmbito nacional, sem prévia autorização desta, com fins exclusivamente econômicos e publicitários, em razão de campanha promovida pelo recorrido e veiculada na revista 'Isto É' e em *outdoors* espalhados pelo país.

Relembre-se que a tese defendida pela recorrente foi que a simples utilização indevida de sua imagem seria suficiente para ensejar o dever de compensar danos morais, independente da comprovação da ocorrência de efetivo prejuízo de ordem extrapatrimonial.

O voto da ministra relatora trouxe à tona o entendimento sumular do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema: "Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais" (Súmula 403/STJ).

Na sequência, foi trazido também o posicionamento de outros julgados daquele Tribunal Superior:

Desde o julgamento do EREsp 230.268/SP, a Segunda Seção deste Tribunal já entendia que o direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada (EREsp 230.268/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Segunda Seção, DJ 04/08/2003).

Além disso, ressaltou-se no acórdão em discussão que a obrigação de indenizar, em se tratando de direito à imagem, decorre do próprio uso indevido desse direito, não havendo, ademais, que se cogitar de prova da existência de prejuízo:

O dano moral, na hipótese, decorre da violação cometida pelo recorrido ao direito de imagem titulado pela recorrente, a quem recai, exclusivamente, a faculdade de dispor acerca de sua utilização.

Vale dizer, o prejuízo suportado por ela prescinde de comprovação, pois se consubstancia na própria violação desse direito de personalidade autônomo. Cuida-se de dano *in re ipsa*.³²¹

Salientou-se, ainda, que mesmo se tratando de pessoa pública, o uso não autorizado de imagem com fins comerciais impõe o dever de compensar danos morais.

Antes de se promulgar a sentença, o acórdão expôs a forma como seria conveniente aplicar o direito à espécie, trazendo as bases para o arbitramento da indenização por danos morais, invocando os princípios da razoabilidade: “O julgador deve fazer uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades da hipótese em discussão.”

O segundo critério para o arbitramento do valor deveria levar em conta o porte econômico do causador e o nível socioeconômico da vítima:

Assim, tendo em vista tratar-se a recorrente de notória atriz de teatro e televisão, a abrangência nacional da utilização indevida de sua imagem, a finalidade lucrativa da exibição, assim como o porte econômico da empresa recorrida - grande grupo que atua no ramo de comunicação -, deve-se restabelecer o valor arbitrado pelo Juiz de primeiro grau, que, atento às circunstâncias da hipótese, fixou a condenação a

³²¹ Resp Nº 1.102.756 - SP (2008/0272939-4), TERCEIRA TURMA, Ministra Relatora Nancy Andriahi, Data do Julgamento: 20 de novembro de 2012.

título de compensação por danos morais em R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais).³²²

Em resumo, o acórdão negou provimento ao recurso especial interposto pelo Grupo de Comunicação Três S/A e deu parcial provimento ao recurso especial interposto por Maria Carolina Alvares Ferraz, restabelecendo a sentença proferida pelo julgador de primeiro grau, reconhecendo a compensação pelos danos morais e os ônus de sucumbência da presente ação. Só não conferiu a multa em razão da litigância de má-fé.

Cabe ressaltar, antes que se comente este acórdão, que o Superior Tribunal de Justiça conferiu a indenização por danos patrimoniais (no valor de R\$ 120.000,00, uma vez que não entendeu cabível a discussão desse montante por questões processuais, a saber, por ausência de prequestionamento) e a reparação por danos morais, no valor de R\$ 240.000,00.

Note-se que foi arbitrado valor consideravelmente maior para o pagamento da indenização pelo dano extrapatrimonial. Cabe discutir se o dano a imagem deve ser considerado com maior rigor quando se trata de atriz de fama nacional, pessoas pelas quais se tem um carisma, e conseqüentemente uma curiosidade “natural” de saber sobre fatos de suas vidas. Nesse quesito, assim se posiciona Antonio Chaves:

Noticiar jornalisticamente fato (quase sempre atual), que envolva pessoas-notícias, como são chamadas as de extraordinária notoriedade, ilustrando-se ou não a notícia com fotos da pessoa a que ela se refere, pode até ser, eventualmente, fonte de lucros – e tantas vezes o é; e, mesmo assim, nesse caso, há notícia, há reportagem, e há jornalismo, que em última análise quer dizer informação.

Porém, editar obra de finalidade mercantil, a respeito de pessoas famosas, aproveitadas obviamente para tornar a obra mais procurada pelos seus consumidores, e porque não dizer, mais lucrativa, é explorar a personalidade alheia, a que se aplica – e por isso mesmo são protegidas como um direito personalíssimo – inclusive as potencialidades de valor econômico da própria fama que a envolve. E se essa exploração se faz sem a permissão da pessoa explorada, constitui ato ilícito, apto a ensejar reparação civil.³²³

³²² Resp Nº 1.102.756 - SP (2008/0272939-4), TERCEIRA TURMA, Ministra Relatora Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 20 de novembro de 2012.

³²³ CHAVES, Antonio. Direito à imagem de artistas e modelos – indenização pelo uso não autorizado de fotografias em revistas – dano moral inclusive. **Revista Jurídica**: ano 37, n. 137, p. 8-18, mar. 1989, p. 10-11.

Conforme ficou demonstrado, a atriz não autorizou a divulgação de sua foto. Além disso, viu um fato de sua vida privada se tornar notícia. Mas o mais grave disso tudo foi ver a sua imagem de pessoa famosa sendo explorada com fins mercantis, sem que tivesse a chance de se manifestar a este respeito. Mediante tais fatos, não há dúvida de que a atriz teve seus direitos de personalidade violados. Dessa forma, é justo que a atriz seja remunerada pelo dano patrimonial, uma vez que deveria ser ressarcida do valor que receberia se tivesse firmado contrato de publicidade com a empresa, cedendo o uso de sua imagem, e tenha sido indenizada pelo ato ilícito mais grave de forma mais significativa: pelo fato de não ter sido dado a ela o direito de ceder ou não o uso de sua imagem.

Dessa forma, entende-se que a decisão do Superior Tribunal de Justiça foi de veras acertada.

5.2.3- Paradigma 3: Violação de contrato de direito de imagem (Embargos de Divergência em REsp Nº 230.268 – SP)³²⁴

Uma modelo profissional e a empresa Avon Cosméticos Ltda. firmaram contrato de utilização de imagem. A primeira autorizou que sua imagem fosse utilizada nos encartes promocionais de produtos da segunda, de âmbito nacional.

Ocorreu que vencido o prazo do contrato, a contratante, sem providenciar nova autorização e nem remuneração, reutilizou a imagem da contratada não só no país, como também no exterior (a saber no Peru, Chile e El Salvador).

O juízo de primeiro grau reconheceu como violados os direitos da modelo, condenando a empresa ré a pagar remuneração por danos morais e materiais.

³²⁴ Embargos de Divergência em REsp Nº 230.268 - SP (2001/0104907-7), Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Órgão Julgador Segunda Seção. Data do Julgamento: 11/12/2002. Data da publicação: DJ 04/08/2003.

A empresa Avon interpôs recurso de Apelação, e o Tribunal de Justiça de São Paulo, por decisão não unânime, manteve a reparação dos danos materiais e morais.

Desta forma, a empresa interpôs recurso de embargos infringentes, do que resultou a manutenção da condenação pelos danos materiais e negada a indenização por danos morais.

Desta feita, a modelo interpôs recurso especial pelas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido em embargos infringentes, em razão do uso não autorizado de suas fotografias nos encartes publicitários. Alegou-se que a decisão do Tribunal de origem violava o disposto nos arts. 666, inciso X, do Código Civil, e 46, I, "c", da Lei de Direitos Autorais e Conexos.

Além disso, frisou-se a divergência jurisprudencial com acórdão proferido por este Tribunal, quando do julgamento do Resp nº 46.420-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em que se decidiu que "a violação do direito de imagem, por si só, configura dano moral", dada a autonomia daquele direito. Sustentou-se que o prejuízo estava na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular.

Ao julgar o Recurso Especial³²⁵ a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, conheceu do recurso especial, mas lhe negou provimento. Foram vencidos os Ministros Waldemar Zveiter e Nancy Andrichi.

Apesar do uso desautorizado da imagem, em regra, poder caracterizar dano à personalidade, entendeu a Terceira Turma que nesse caso a situação seria diferente. Nesse caso, a pessoa envolvida é modelo profissional e vive da divulgação da imagem. Além disso, essas imagens em especial já haviam sido autorizadas à divulgação em contrato. Logo, entendeu a Terceira Turma que essa situação não ensejava dano moral, mas material:

O uso de imagem para fins publicitários, sem autorização, pode caracterizar dano moral se a exposição é feita de forma vexatória, ridícula ou ofensiva ao decoro da pessoa retratada. A publicação das fotografias depois do prazo contratado e a vinculação em encartes publicitários e em revistas estrangeiras

³²⁵ RECURSO ESPECIAL Nº 230.268 - SÃO PAULO (1999/0082490-3), Relator: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 13/03/2001

sem autorização não enseja danos morais, mas danos materiais.³²⁶

O Ministro Waldemar Zveiter, em voto vencido, deixou registrada a sua opinião divergente em relação ao entendimento do dano material e moral:

O dano material e o moral estão presentes: o primeiro pelo uso não consentido da imagem e o segundo, pode parecer uma diferenciação sutil, pela sua exposição sem a devida autorização da modelo. Não importa, não se há de dizer, tendo servido de modelo para propaganda de determinado produto, quanto a revistas que publiquem sem o seu consentimento, que isso, ao contrário de causar-lhe qualquer dano de ordem moral, estaria a propiciar-lhe a divulgação da sua atividade, o que lhe traria, de certa forma, proveito. Recentemente, tivemos, aqui, um caso da artista Maitê Proença e, guardadas as proporções, parece-me que é mais ou menos a figura jurídica que estamos vendo.

Em resposta ao voto dissidente, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito também se pronunciou. Apontou que não era correto vincular automaticamente o direito de imagem ao dano moral:

(...) existe uma tendência doutrinária, ou jurisprudencial, que pretende vincular a violação do direito à imagem com o dano moral e, necessariamente, isso não corre. Pode ocorrer em certos casos. (...) Do ponto de vista doutrinário, o direito à imagem é uma coisa e o dano moral é outra.³²⁷

Concluiu, então, seu voto, pontuando que naquele caso concreto houve clara violação do direito à imagem em razão da utilização da propaganda em número maior de veículos do que o constante do contrato: “Como houve a utilização indevida, presente está a violação; paga-se o dano material decorrente do uso indevido da imagem, mas não o dano moral.”³²⁸

Ficou registrado ainda no acórdão uma interessante discussão. Seria adequado tratar igualmente o direito de imagem de uma pessoa flagrada por máquina de longo alcance em seu lar, que visse sua foto divulgada sem sua anuência e de pessoa que é modelo e é normalmente retratada em razão

³²⁶ RECURSO ESPECIAL Nº 230.268 - SÃO PAULO (1999/0082490-3), Relator: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 13/03/2001

³²⁷ RECURSO ESPECIAL Nº 230.268 - SÃO PAULO (1999/0082490-3), Relator: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 13/03/2001.

³²⁸ RECURSO ESPECIAL Nº 230.268 - SÃO PAULO (1999/0082490-3), Relator: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgado em: 13/03/2001

da profissão? O ministro relator respondeu: “é claro que são circunstâncias muito diferentes.” No entanto, até mesmo os profissionais que vivem da imagem merecem ter seu direito respeitados: “E, até mesmo em se tratando de um profissional, pode haver caso diverso, como foi flagrado no caso da Maitê Proença.”

Assim, por maioria de votos, a Terceira Turma decidiu pelo descabimento da indenização por danos morais, por entender que, no caso, a exposição das fotos da modelo, "ao invés de maculá-la, ou prejudicar sua atividade, promoveram sua imagem, projetando-a internacionalmente como modelo profissional".

Com efeito, sustentou-se no acórdão impugnado que o uso indevido da imagem, por si só, não teria o condão de gerar indenização por danos morais, mas tão-somente no caso da exposição ser "vexatória, ridícula ou ofensiva ao decoro da pessoa retratada".

A modelo opôs embargos de divergência da decisão do recurso especial (que conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento). Pediu que fosse revisado o cabimento do dano moral, mesmo em se tratando de caso de modelo profissional, em razão da ocorrência de ato ilícito que violou direitos personalíssimos da profissional.

No julgamento de mérito dos embargos de divergência todo o entendimento do caso foi revisto, chegando-se à conclusão que o dano moral era devido e que os embargos deveriam prosperar.

A nova argumentação pautou-se em nova análise do direito de imagem: "O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: *moral*, porque direito de personalidade; *patrimonial*, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia".³²⁹grifos nossos.

Em razão da natureza do direito de imagem, que é direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, concluiu-se que a autora deveria sim ser reparada: “não há como negar a reparação à autora.”

³²⁹ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 230.268 - SP (2001/0104907-7) Relator MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Órgão Julgador Segunda Seção. Data do Julgamento: 11/12/2002. Data da publicação: DJ 04/08/2003

Esclarece o Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira dos embargos que o dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo - seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão que o uso indevido da imagem, por si só, gera direito à indenização por dano moral, sendo dispensável a prova do prejuízo para caracterização do dano moral.

No mais, foi considerado irrelevante que a autora tenha autorizado a divulgação de sua imagem em contrato anterior:

O que está em discussão, registre-se, não é o uso indevido da imagem durante a vigência do contrato (se em locais diferentes ou em momento diverso), mas, sim, posteriormente, quando já vencido e cumprido o contrato anterior. Por essa mesma razão, é de acrescentar-se que não se trata de dano moral por inadimplemento contratual. (...) O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais.³³⁰

Com o provimento do recurso, passou-se à fixação do *quantum* dos danos morais. Dispensou-se a fase de liquidação, mesmo não havendo pedido expresso nesse sentido, a fim de buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional.

O acórdão deixa registrado quais são os eventos a serem considerados no arbitramento da reparação por danos morais nesse caso concreto:

Examinando a espécie, impende registrar algumas circunstâncias do que restou definido pelo acórdão impugnado em relação à base fática da demanda. De um lado, a existência de consentimento da autora no uso de sua imagem em campanha publicitária anterior, também promovida pela ré. De outro lado, a campanha publicitária não foi vexatória e ofensiva

³³⁰ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 230.268 - SP (2001/0104907-7). Relator MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Órgão Julgador Segunda Seção. Data do Julgamento: 11/12/2002. Data da publicação: DJ 04/08/2003

e nem desviou da finalidade da profissão da autora. De outro, prende-se à utilização econômica de "criação espiritual", auferindo a ré lucros e vantagens, locupletando-se com a imagem e o **status** profissional da autora, modelo de grande reconhecimento. Diante dessas circunstâncias, principalmente o fato de que a autora será ressarcida pelos danos materiais, a serem apurados em liquidação, tenho como razoável a fixação da condenação pelos danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser atualizado a partir da data deste julgamento (mesmo valor fixado pela Terceira Turma no caso da Maitê Proença).³³¹

Além disso, os embargos também pontuaram que as verbas de sucumbência deveriam permanecer como decidido no acórdão de apelação, ou seja, 20% (vinte por cento) das despesas processuais a cargo da autora e o restante pela ré. Fixaram-se, ainda, os honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, englobando os danos materiais a serem apurados em liquidação, e os morais ora fixados.

O Superior Tribunal de Justiça chegou a justo acórdão, coerente com outras decisões daquele mesmo tribunal e de acordo com a lei. Pautaram-se em interpretação atualizada em termos doutrinários do direito de imagem, separando o aspecto patrimonial do aspecto moral.

Em relação ao dano patrimonial, parecia óbvio o cabimento da indenização, uma vez que se provou o prolongamento do uso da imagem por tempo além do acordado. Se a modelo recebeu determinada remuneração pelo uso de sua imagem de acordo com os termos do contrato por um período, fica até fácil calcular o *quantum* devido na utilização indevida de sua imagem num segundo momento: basta aplicar cálculos proporcionais.

Quanto aos danos morais, é louvável que a jurisprudência esteja reconhecendo o dano a imagem *in re ipsa*. Basta o fato de ter havido a utilização do uso da imagem da modelo sem o seu consentimento que já se vê caracterizado o ato ilícito. A indenização se impõe pelo desrespeito aos direitos de personalidade da modelo: a ela cabe consentir ou não quanto ao uso de sua imagem, independentemente do conteúdo desta imagem ou ainda do fato específico da autora viver de sua imagem, dela ser uma modelo.

³³¹ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 230.268 - SP (2001/0104907-7). Relator MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Órgão Julgador Segunda Seção. Data do Julgamento: 11/12/2002. Data da publicação: DJ 04/08/2003.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado nesta pesquisa, considera-se que estamos vivendo a instauração de novos paradigmas valorativos, em busca do pleno equilíbrio entre a democracia e a liberdade, entre o individual e o social. Diferentemente do parâmetro democrático da idade antiga, o homem não é mais considerado apenas uma parte da engrenagem da cidade, ele é indivíduo por si só. A dignidade humana se impôs como o principal valor do ordenamento, e ela tem sido respeitada como um princípio de eficácia plena e não como uma norma programática.

O Direito Civil também move esforços para repersonalizar o ordenamento. Além de sujeito de direito, a pessoa passa a ser admitida também como objeto de direito, uma vez que todas as atribuições e projeções da personalidade se efetivam como objetos de proteção do direito. Com isso, a expectativa é que a tutela abranja todos os âmbitos da personalidade: o físico, o intelectual e o moral. É a pessoa humana, e não mais o patrimônio que está na posição central do Direito Civil.

A discussão do direito de imagem passa a fazer muito sentido nesse clima de fortalecimento dos direitos da personalidade. Reconhecer e proteger o direito de imagem é proteger a individualização do sujeito perante a sociedade. Desse modo, a tutela do direito de imagem vai de encontro ao mandamento fundamental do ordenamento jurídico brasileiro atual, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Analisou-se que a imagem pode servir à individualização da pessoa, embora nunca se confunda com ela, pois não há coincidência possível entre o objeto em si e o objeto representado. A representação sempre será uma verdade parcial, em relação ao objeto concreto. Por outro lado, uma imagem pode existir sem fazer referência a nenhum objeto existente (como é o caso de uma pintura contendo uma figura humana ou um retrato de alguém que o pintor imaginou, mas que nunca existiu). Entretanto, a existência da fotografia de uma pessoa é um registro muito mais provável da existência de alguém, se ela ainda estiver viva.

Foi demonstrado que o direito lida com a projeção direta da imagem do homem, como também com a imagem resultante da reprodução da

figura do homem, ou seja, com a imagem “original” e com a sua “reprodução”, em qualquer meio material. Considera-se imagem no direito qualquer emanção do corpo físico do homem, incluindo-se a voz e os gestos e as partes separadas do corpo de alguém. O direito admite ainda uma concepção de imagem abstrata, construída a partir das impressões da personalidade de alguém. Esta imagem resultante das qualidades reconhecidas de alguém em sociedade provém do seu comportamento, por atos reiterados. É comum que as pessoas projetem imagens profissionais de si mesmas na sociedade, conscientemente ou não. Há quem admita, ainda, que o direito pode confrontar a auto-imagem que as pessoas têm de si mesmas.

É de suma importância que se tenha muito bem definido todo o âmbito de proteção do direito de imagem. Como descrito no parágrafo acima, existem muitos bens e interesses envolvidos no direito de imagem, todos eles merecedores de tutela.

Atualmente, entende-se que o direito à imagem é um direito autônomo, uma vez a lei o individualiza frente a outros direitos de personalidade. Acima de tudo, a autonomia do direito à imagem se deve ao seu rol de bens e objetos específicos de proteção. Admite-se, outrossim, que o direito de imagem possa estar em conexão com outros direitos da personalidade. Em um caso concreto, o direito de imagem pode ter relação com o direito à intimidade ou à honra; no entanto, é importante que cada um dos direitos seja avaliado e tutelado separadamente.

Existem muitas repercussões do direito de imagem no direito de autor. Nada mais justo que a pessoa tenha direito sobre a sua criação artística, literária ou intelectual. Ocorre que esse autor pode fazer de outra pessoa a razão e o objeto de sua criação, quando realiza um retrato de alguém, por exemplo. Nesse caso, esse autor pode sofrer restrições do seu direito, porque o direito de imagem confere ao titular o direito sobre a sua imagem. Se a obra for fotográfica, quanto maior o teor artístico do retrato, mais difícil será decidir se o autor depende ou não da autorização do retratado para a divulgação de sua obra, conforme demonstrado na dissertação, da interpretação do art. 79 da Lei 9.610, Lei de Direitos Autorais.

Em outras situações, o direito de imagem colide com o direito à informação. Em regra, a imprensa também não pode divulgar a imagem de

ninguém sem o cuidado de obter a autorização do titular do direito. Mas é importante que a imprensa tenha liberdade de manifestação do pensamento, porque existe um interesse público na divulgação de certas informações. Não há que se admitir censura em um regime democrático. Mas existem valores éticos os quais a imprensa não pode ultrapassar. O indivíduo está protegido contra a violência dos meios de comunicação, quando este abusa do direito que tem de informar.

Observa-se uma alteração no contexto da apuração das responsabilidades no âmbito civil. Com a finalidade de facilitar o alcance da reparação, nos casos de danos evidentes, a apuração da culpa e do nexo causal foram sendo relativizados, uma vez que historicamente essas avaliações dificultavam o acesso dos ofendidos à reparação pelos danos. O dano foi ganhando relevância cada vez maior na prática jurídica e na doutrina.

Em contraste com o dano patrimonial, ao dano moral não se é possível estabelecer um equivalente em dinheiro. Com a dignidade humana em alta, com os holofotes do direito voltados para a proteção dos direitos da personalidade, tornou-se fundamental que se desenvolvessem mecanismos de tutela aos danos morais: preventiva ou repressiva.

Demonstrou-se que o dano moral não é mais avaliado pelo efeito subjetivo da dor ou desconforto causado no ofendido. A reparação do dano moral, no entanto, não é possível na forma integral, mas é viável na forma de compensação. Essa compensação é por pagamento de indenização em dinheiro, avaliando-se a extensão do dano.

Como muitas vezes é dificultoso se produzir a prova do dano, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a sua presunção absoluta, pela força do próprio ato danoso (*in re ipsa*). Assim, deve-se provar que houve um bem lesado, caracterizando as circunstâncias do fato, mas não é preciso comprovar o efeito do dano. O dano à imagem também pode ser provado *in re ipsa*, especialmente nos casos em que a publicação da imagem envolver exploração econômica ou comercial, conforme entendimento da Súmula 403 do STJ.

O legislador constitucional deu autonomia ao dano à imagem para que seja possível que se acumulem o dano moral, o dano material e o dano à imagem, num caso concreto. De fato, comprovou-se que o dano à imagem é de

ordem extrapatrimonial e não moral, se for levado com maior rigor a terminologia a ser adotada.

Assim como no dano moral, a aferição do *quantum* da indenização do dano a imagem não possui parâmetros concretos de avaliação. Por princípio, o ordenamento impõe que a indenização não se torne uma fonte de enriquecimento para quem a recebe e nem cause a ruína do responsabilizado. Utilizando o princípio da razoabilidade, ao magistrado cabe realizar o arbítrio do valor da indenização.

As jurisprudências analisadas demonstraram que o direito à imagem vem sendo considerado de forma criteriosa, seja nos casos em que se impõe o interesse público, ou ainda nos casos de inadimplemento contratual ou por desrespeito à regra geral da divulgação da imagem sem autorização.

Referências bibliográficas:

LIVROS:

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. e revisão de Alfredo Bosi. 4. ed., São Paulo, Marins Fontes, 2000.

AFFORNALI, Maria Cecília Naressi Munhoz. **Direito à própria imagem**. 1. ed. (ano de 2003), 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ANDRADE, André Gustavo Correa de Andrade. **Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARAÚJO, Vaneska Donato de (coord). **Responsabilidade civil (Direito Civil, v. 5)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. Atualização: Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Antonio Claudio da Costa Machado (organizador); Silmara Juny Chinellato (coordenadora). 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Antonio Claudio da Costa Machado (organizador); Anna Candida da Cunha Ferraz (coordenadora). 2. Ed. Barueri, SP: Manole, 2011.

DE AQUINO, Santo Tomás. **Suma Teológica** (Biblioteca de Autores Cristianos), tradução: José Martorell Capó. Editor Damian Byrne (Orden de Predicadores): Madrid (Espanha): 1988. Disponível em:

<<http://sumateologica.files.wordpress.com/2009/09/sumadeteologia1.pdf>>.

Acesso em: 2 de agosto de 2013.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961.

DIAS, José de Aguiar Dias. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed., aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil, vol. 07: Responsabilidade Civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DORON, Roland e PAROT, Françoise (orgs.). **Dicionário de Psicologia**. trad. Odilon Soares Leme. São Paulo: Ática, 1998.

DUARTE, Fernanda (*et al*). **Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal – laboratório de análise jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUBOIS, Philippe. **O ato fotográfico e outros ensaios**. trad. Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papyrus, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GUERRA, Sylvio. **Colisão de direitos fundamentais: imagem x imprensa**. Rio de Janeiro: BVZ, 2002.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

HANNS, Luiz Alberto. **Dicionário comentado do alemão de Freud**. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Textos selecionados; seleção de textos de Marilena de Souza Chauí; volume II, coleção “Os Pensadores”; traduções de Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1984.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução Rodolfo Schaefer. 3. ed., São Paulo: Martin Claret, 2011. Coleção a obra prima de cada autor.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral nas relações de consumo – doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDOLA, Pico Della. **A Dignidade do Homem**. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 1985.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTr, 2009.

PLATÃO. **A República**. 3. ed., 7. reimpr. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 2013.

PLATÃO. **Crátilo**. Coleção Pensamento e Filosofia. trad. Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo código civil, Lei 10.406, de 10/01/2002**. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SCREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CAPÍTULOS / ARTIGOS DE LIVROS:

ARONNE, Ricardo. Aproximações Críticas de direito civil-constitucional - repersonalização e direitos reais: determinismo dogmático e indeterminação jurisprudencial. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. (cap. 4) *In*: DELGADO, Mario Luiz. ALVES, Jones Figueiredo. **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. Série Grandes Temas de Direito Privado – vol. 6, São Paulo: Método, 2009. p. 105-128.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAGA NETTO, Felipe P. Responsabilidade Civil nos direitos da personalidade. *In*: _____, **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 323-337.

BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e Constituição. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Sujeito de direito e capacidade jurídica: a pessoa humana em sua dimensão patrimonial. (cap. 1) *In*: _____. **A normatividade da pessoa Humana: O Estatuto da Jurídico da Personalidade e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Forense, 2005. p. 09-57.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Homem e Pessoa: Conotações e Denotações no dealbar de um novo direito pessoal e social. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plinio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Direito à imagem e sua tutela. *In*: BITTAR, Eduardo C. B. e CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). **Estudos de direito de autor, direito de personalidade, direito do consumidor e danos morais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 79-106.

DONNINI, Oduvaldo e DONNINI, Rogério Ferraz. Direito à imagem. (cap. 5) *In*: _____, **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002. p. 61-83.

FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plinio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13-62.

GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa enquanto categoria ontológica. (cap. 1) e Análise Estrutural do que é o homem (cap. 2). *In*: _____. **Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 21-61.

JABUR, Gilberto Haddad. A vida privada e suas esferas. *In*: _____. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos de personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 253-287.

JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. *In*: DELGADO, Mario Luiz. ALVES, Jones Figueiredo. (coord.). **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. Série Grandes Temas de Direito Privado – vol. 1. São Paulo: Método, 2009. p. 11-43.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 63-87.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25-63.

MELGARÉ, Plínio. Notas sobre a repersonalização do direito civil. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plinio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Pontes. Direito à própria imagem. In: _____. **Direito de Personalidade**. Direito de Família. Tomo VII. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 110-123.

NERY, Rosa Maria de Andrade. O conceito de pessoa. In: _____. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 127-147.

OLIVEIRA JUNIOR, Artur Martinho de. Dano moral e dano à imagem, cap. 8. In: _____. **Danos morais e à imagem**. São Paulo: Lex editora, 2007. p. 101-131

OTERO, Paulo. Pessoa Humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de (Coord.), **Pessoa Humana e Direito**, Coimbra: Almedina, 2009. p. 349-379.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), **A constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 61-83

PEREIRA, Heloisa Prado. Ofensa à imagem do menor, cap. 3. In: **Imagem do menor e o dano moral – uma visão luso-brasileira**. Reges, 2006

SILVA, Americo Luis Martins da. A evolução histórica do dano moral na antiguidade. Cap. 02. In: _____. **O dano moral e sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 65-92.

STOCO, Rui. A responsabilidade e a obrigação de indenizar (cap. 1); Responsabilidade por ato próprio (cap. 8). In: _____. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 119-169 e p. 804-827.

TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação em face do direito à Privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito à Privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005, p. 213-240.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. (cap. 5). In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo – novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 42-55.

ARTIGOS PUBLICADOS EM REVISTAS ESPECIALIZADAS:

AMORIM, Sebastião Luiz. Direito à própria imagem. **Justitia**, São Paulo: ano 41, v. 107, p. 63-67, out./dez. 1979.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIII, n. 73, p. 119-126, nov. 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. Danos patrimoniais e morais por violações a direitos da personalidade. **Revista do Advogado**. São Paulo: n. 38, p. 14-16, dez. 1992.

CAMPOS, Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois. Previsão legal do direito à imagem. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Divisão Jurídica. Bauru, SP: v. 41, p. 95-118, set./ dez. 2004.

CHAVES, Antonio. Os direitos fundamentais da personalidade moral (à integridade psíquica, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF: Senado Federal, ano 15, n. 58, p. 157-180, abr./jun. 1978.

CHAVES, Antonio. Direitos da personalidade e dano moral. **Revista dos tribunais**. São Paulo: ano 84, v. 712, p. 7-14, fev. 1995.

CHAVES, Antonio. Direito à imagem de artistas e modelos – indenização pelo uso não autorizado de fotografias em revistas – dano moral inclusive. **Revista Jurídica**: ano 37, n. 137, p. 8-18, mar. 1989.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Direito à própria imagem. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. Rio de Janeiro: ano 15, n. 55, p. 90-111, jan./mar. 1991.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade, coordenadas fundamentais. **Revista do Advogado**. São Paulo: n. 38, p. 05-13, dez. 1992.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. São Cristóvão, RJ: ano 5, v. 18, abr./jun. 2004.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. **Revista dos tribunais**. São Paulo: ano 61, v. 443, p. 64-81, set. 1972.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem (parte II). **Revista dos tribunais**. São Paulo: ano 61, v. 444, p. 12-28, out. 1972.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, p. 187-204, abr./jun. 2000.

OLIVEIRA, Tibagy Salles. Sentenças da Justiça Comum. Direito à própria imagem – uso desautorizado de fotografia-indenização. **Revista Jurídica Mineira**, Belo Horizonte: n. 23, p. 269-274, mar.1986.

RODRIGUES, Claudia. Direito autoral e direito de imagem. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: ano 93, v. 827, p. 59-68, set. 2004.

RSTON, Sergio Martins. Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória. **Revista dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: ano 7, n. 14, p. 91-105, jul./dez. 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade na Antiga Roma. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, agrário e Empresarial**. São Paulo: ano 12, p. 28-41, jan-março 1988.

Dissertações de Mestrado:

MARCELINO, Pedro Renato Lúcio. **A liberdade de informação e o direito à intimidade na persecução criminal**. 126 f. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário FIEO. Osasco/SP, 2009.

Sites consultados:

<<http://sumateologica.files.wordpress.com/2009/09/sumadeteologia1.pdf>>. Acesso em: 2 de agosto de 2013.