

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

WESLEI VENDRUSCOLO

**DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM
E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA**

CURITIBA

2008

WESLEI VENDRUSCOLO

**DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM
E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

WESLEI VENDRUSCOLO

**DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM
E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, de de 2008.

*À minha esposa, Letícia Vendruscolo,
fonte abundante de amor, companheirismo
e compreensão, pilar fundamental desta obra.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que me tem abençoado todos os dias.

Além de dedicar esta obra à minha esposa, não poderia também deixar de agradecer-lhe e me desculpar pela privação de vários dias e noites de nosso convívio sem que nenhuma vez sequer tivesse se queixado, o que tornou a jornada mais leve de ser seguida. Pelo incentivo incondicional, obrigado!

É primordial o agradecimento aos meus pais, Mélvio e Solange, que sempre foram muito mais que incentivadores dos meus estudos. Foram os verdadeiros alicerces de minha caminhada, nunca poupando esforços materiais e espirituais em prol de seus filhos.

Agradeço ao meu muito mais que irmão, meu amigo Mélvio, exemplo de homem honrado e companheiro para todas as ocasiões, além de excelente churrasqueiro.

Sou muito grato aos Professores José Antonio Peres Gediél, Ricardo Marcelo Fonseca e Fabrício Ricardo Tomio, pelas lições e estímulos à pesquisa durante a graduação e mestrado.

Rendo meus agradecimentos ao meu orientador, Professor Eroulths Cortiano Junior, pela paciência, empenho, dedicação e, sobretudo, pelo exemplo de acadêmico a ser seguido.

Por fim, mas não menos importante, meus sinceros agradecimentos aos amigos Roberto Alheim, que sempre foi o grande apoio durante todo o curso de mestrado, ao colega de trabalho e amigo Guilherme Zorato, pelo empenho, auxílio e respaldo em todas as minhas viagens até Curitiba, ao amigo e ex-colega Francisco Magalhães Paes de Barros Filho, pela pesquisa realizada na capital paulista.

A todos vocês meus sinceros e humildes agradecimentos.

*Então Deus disse:
Façamos o homem a nossa imagem,
conforme a nossa semelhança.
(Gênesis, 1:26)*

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo o estudo e a análise do direito à própria imagem sob o viés do direito civil-constitucional, em total consonância com o novo centro conformador do ordenamento jurídico que é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O trabalho tem como premissa a idéia de que todo o direito existe e tem a sua razão de existir na pessoa humana, motivo pelo qual todo o ordenamento jurídico deve buscar fórmulas exegéticas de obter a maximização de valorização do sujeito com o escopo de alcançar a maior plenitude do ser, afastando-se o antigo paradigma do 'ter'. Neste aspecto é que o direito à própria imagem, que integra o rol não-taxativo dos direitos da personalidade, deve ser um instrumento de valorização do indivíduo. Sob esta perspectiva é que se deve afastar as teorias que negam a existência do próprio direito à imagem ou aquelas que vinculam a sua proteção à guarda de outros bens também juridicamente protegidos, tais como a honra, a propriedade, a intimidade, a identidade, o patrimônio moral, ao direito autoral ou a liberdade, devendo-se advogar a sua total autonomia, haja vista que o bem 'imagem' foi eleito e é tratado de forma autônoma pela Lei Maior (art. 5.º, V, X, XXVIII), desvinculado de qualquer outro, demonstrando-se que, neste particular aspecto, o art. 20 do novo Código Civil não está em total conformidade com a Constituição da República. Sendo assim, o Estado deve conferir ao sujeito de direito instrumentos processuais adequados para se evitar a lesão ao direito à imagem, a sua perpetuação e/ou repetição, afastando o ilícito. Para tanto, mostra-se eficaz para tal desiderato a tutela preventiva (inibitória) prevista nos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: direito; dignidade; pessoa humana; personalidade; imagem; autonomia; proteção.

ABSTRACT

The present dissertation aims the study and analysis of the right concerning the self image according to the civil-constitutional law, agreeing thoroughly with the new conforming center of the juridical order which is the Human Being Dignity Principle. The actual work has as main idea that every right exists and has its reason to exist in the human person, that's why every juridical order must search for exegetic formulas to reach the maximization of the subject valorization with the purpose of achieving a higher fulfillment of being, pushing away the old paradigm of "having". In this aspect, the self image right which is included in the restricted list of personality rights must be an instrument of an individual valorization. Under this perspective the theories that deny the existence of the self image right or those that link their protection to the protection of other juridical assets must be moved away. Assets like the honor, the property, the intimacy, the identity, the moral heritage, the author right or the freedom must defend their autonomy, since the "image" asset was elected and it is treated in an autonomous way by the Utmost Law (art. 5.º, V, X, XXVIII), not linked to any other, showing that, in this particular aspect, the art. 20 of the new Civil Code is not in total conformity with the Constitution. Being that way, the State must concede the subject the proper process instruments to avoid the damage to the self image right, its perpetuation and/or repetition, pushing the illicit away. Thus for that aspiration, it is shown to be effective the preventive guardianship (inhibition) in the articles 461 of the Civil Process Code and 84 of the Consumer Defense Code.

Key-words: law; dignity; human being; personality; image; autonomy; protection.

RESUMEN

Esta disertación tuvo como objetivo el estudio y análisis del derecho a la propia imagen, bajo los principios del derecho civil-constitucional, en total consonancia con el nuevo centro conformador del ordenamiento jurídico que es el Principio de Dignidad de la persona humana. También tuvo como premisa la idea de que todo derecho existe y tiene su razón de existir en las personas, motivo por el cual todo ordenamiento jurídico debe buscar fórmulas exegéticas de alcanzar la maximización de valorización del sujeto con intención de alcanzar mayor plenitud del ser, alejándose del antiguo paradigma del "tener". En este aspecto es que el derecho a la propia imagen, que integra el rol no taxativo de derechos a la personalidad, debe ser un instrumento de valorización del individuo. Bajo esta perspectiva, es que se debe alejar las teorías que niegan la existencia del propio derecho a la imagen, o aquellas que vinculan a su protección la guardia de otros bienes también jurídicamente protegidos, tales como: honra, propiedad, intimidad, identidad, patrimonio moral, derecho de autoría y la libertad, debiéndose abogar a su total autonomía, visto que el bien "imagen" fue elegido y es tratado de forma autónoma por la Ley Mayor (art. 5.º, V, X, XXVIII), desvinculado de cualquier otro, demostrándose que, en este aspecto particular, el art. 20 del nuevo Código Civil no está en total conformidad con la Constitución de la República. Siendo así, el Estado debe conferir al sujeto de derecho, instrumentos procesales adecuados para evitar lesión al derecho a la imagen, a su perpetuación e/o repetición, alejándose del ilícito. Para tanto, se muestra eficaz para tal deseo la tutela preventiva (inhibitoria), prevista en los artículos 461 del Código de Proceso Civil y 84 del Código de Defensa al Consumidor.

Palabras clave: derecho; dignidad; persona humana; personalidad; imagen; autonomía; protección.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 - DIREITOS DA PERSONALIDADE	14
1.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	14
1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	21
1.3 A PERSONALIDADE (JURÍDICA)	24
1.4 DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	31
1.5 DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DIREITO SUBJETIVO	37
1.6 TIPIFICAÇÃO E A CLÁUSULA GERAL.....	46
1.7 CARACTERÍSTICAS.....	60
1.8 REFERENCIAL LEGISLATIVO.....	69
CAPÍTULO 2 - DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM	74
2.1 IMAGEM – NOÇÕES GERAIS.....	74
2.2 IMAGEM – CONCEITOS	78
2.3 CONTEÚDO DO DIREITO À IMAGEM-OBJETO	84
2.4 NATUREZA JURÍDICA	86
2.4.1 Teoria Negativista	88
2.4.2 Teorias que Vinculam a Tutela a outro Bem Jurídico	89
2.4.2.1 Teorias que vinculam a tutela da imagem à honra	90
2.4.2.2 Teoria que vincula a tutela da imagem à propriedade	93
2.4.2.3 Teoria que vincula à tutela da imagem à intimidade	95
2.4.2.4 Teoria que vincula a tutela da imagem à identidade.....	98
2.4.2.5 Teoria que vincula a tutela da imagem ao patrimônio moral.....	101
2.4.2.6 Teoria que vincula a tutela da imagem ao direito autoral.....	102
2.4.2.7 Teoria que vincula a tutela da imagem à liberdade.....	105
2.5 A IMAGEM COMO UM BEM JURÍDICO: AUTONOMIA DO DIREITO À IMAGEM	106
2.6 EXERCÍCIO DO DIREITO À IMAGEM – CONSENTIMENTO	119
2.7 LIMITES DO DIREITO À IMAGEM	128
2.8 EXTINÇÃO DO DIREITO À IMAGEM	139

CAPÍTULO 3 - PROTEÇÃO AO DIREITO À IMAGEM	143
3.1 VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM.....	143
3.2 TUTELA REPARADORA	146
3.3 TUTELA PREVENTIVA.....	155
CONCLUSÃO.....	165
REFERÊNCIAS	168

INTRODUÇÃO

O objeto da presente dissertação é a análise do direito à imagem, que integra o rol dos chamados novos direitos e que ganhou espaço e importância no século XX, dado o avanço extraordinário da tecnologia notadamente pela popularização da rede mundial de computadores (internet), a qual tornou a captação, reprodução e divulgação da imagem processo extremamente célere.

Contemporaneamente, a deturpação da imagem tornou-se extremamente fácil, podendo causar sérios prejuízos de ordem material e moral ao seu titular, impondo-se, dessa forma, proteção plena do ordenamento jurídico a tal direito.

O direito à imagem é espécie do gênero direito da personalidade e, no Brasil, encontra na Constituição Federal (art. 5.º, V, X, XXVII) ampla proteção autônoma e eficaz, em conformidade com os reclames de uma maior valorização da pessoa humana.

Com efeito, na contemporaneidade, após o abandono do paradigma do 'ter', adotando-se o paradigma do 'ser' (re-personalização do direito), o ordenamento jurídico como um todo deve estar voltado para a satisfação humana, sendo o sujeito a razão e fundamento da existência de toda a sociedade.

Neste aspecto, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, eleito pelo Poder Constituinte originário como um dos fundamentos da República (art. 1.º, III/CF), tornou-se o centro conformador do ordenamento jurídico. De fato, a Carta Política outorgou ao cidadão a chamada *cláusula geral da personalidade*, por intermédio da qual qualquer lesão ou ameaça de lesão à manifestação dos direitos da personalidade deverá ser protegida pelo ordenamento, ainda que acerca do fato não se tenha uma adequação típica específica.

Neste prisma, não restam, pois, resquícios de dúvidas de que é a pessoa humana e sua proteção o centro maior do ordenamento jurídico, que encontra seu ponto unificador e balizador na Carta Maior.

O Código Civil promulgado por meio da Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002, reservou um capítulo inteiro para o regramento dos direitos da personalidade,

o que representou um passo adiante em relação ao Código Civil de 1916. Contudo, a positivação infraconstitucional dos referidos direitos limitou-se a tutelar os direitos que a doutrina e a jurisprudência ao longo do tempo já tinham consolidado, e em relação especificamente ao direito à imagem, tratado no art. 20 do *codex*, representou verdadeiro retrocesso, haja vista que, ao contrário do que fora consagrado na Constituição Federal, vinculou a proteção da imagem a concomitante lesão da honra ou utilização para fins econômicos.

No presente trabalho, fulcrado na importância outorgada à pessoa humana dentro do ordenamento jurídico, demonstrar-se-á que as teorias que negam o direito à própria imagem, ou que de certa forma vinculam esta proteção a proteção concomitante tutela de outro bem jurídico, tal como a honra (adotada pelo Código Civil), a propriedade, a intimidade, a identidade, o patrimônio moral, o direito autoral e a liberdade, não estão em consonância com a (re)personalização do direito, devendo ser realçada a autonomia da tutela à imagem como um dos aspectos dos direitos da personalidade, bem como enquanto instrumento de efetividade aos cânones constitucionais.

Nesta toada, há que se sobrelevar a proteção do direito à imagem, vez que representa um dos principais aspectos de identificação do indivíduo no seio da sociedade, representando elemento essencial e dignificante da pessoa humana.

No presente estudo, pretende-se apresentar uma exposição sobre noções contemporâneas do Direito Privado, cotejando-as com os princípios constitucionais relativos ao direito da personalidade como um todo e em específico ao direito que todos possuem de ter protegida a sua imagem independentemente de qualquer outra circunstância ou vinculação. Para tanto, visando melhor cumprir o seu mister, o trabalho está dividido em três partes principais.

Na primeira parte, tendo em conta que o direito à imagem é um dos direitos da personalidade, optou-se por eleger os principais pontos de interesse referentes a estes direitos, tais como: breve retrospecto histórico, conceituação e suas principais características, dissertando-se também acerca do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sem embargo de silenciar acerca de outros aspectos, lançando mão

deliberadamente do aforismo de Ludwing Wittgenstein: "*Sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar*"¹.

A segunda parte é dedicada integralmente ao direito à imagem, com a elaboração de um breve retrospecto histórico de tal direito, a delimitação de seu conceito e conteúdo, realizando-se, ainda, detida análise da teoria que nega a existência do direito à própria imagem e das teorias que vinculam a sua tutela a outro bem jurídico, para, na seqüência, concluir que a melhor exegese é a que advoga a ampla autonomia do *ius imaginis*. Trata-se, também, das formas de exercício de tal direito, das hipóteses de sua limitação e extinção.

Na terceira e última parte da dissertação serão analisadas as violações do direito à imagem e, principalmente, as formas de que dispõe o titular para protegê-la, tais como: autodefesa, tutela reparadora e tutela preventiva, asseverando-se de pronto que a tutela inibitória (preventiva), prevista nos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, representa o instrumento eficaz previsto no ordenamento jurídico brasileiro para a concretização e realização da proteção adequada do direito autônomo de proteção da imagem, evitando-se a concretização da lesão do *ius imaginis*, afastando o ilícito.

Assim, a análise do direito à imagem e sua proteção à luz do direito civil-constitucional poderá contribuir para, senão resolver definitivamente o tema, trazer novas luzes de discussões e instigar os estudiosos ao melhor debate deste importante tema, que cada vez mais trará questões para serem analisadas pelo operador do direito.

¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Lógico-Philosophicus**. Trad. Luiz Henrique dos Santos. 2.ed. São Paulo: Edusp, 1994. p.281.

CAPÍTULO 1

DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade constituem os regramentos jurídicos que protegem os bens mais caros ao ser humano, tais como: a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica, a imagem, a privacidade, o recato, dentre outros.

Tal categoria de direitos teve seu aspecto de importância sobremaneira elevado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1.º, III²), que, aliado ao Princípio da Igualdade (material³ e formal⁴), conferiu à pessoa humana verdadeiro *status* de centro orientador de todo o ordenamento jurídico.

Por certo que o Poder Constituinte, ao eleger como objetivos da República (art. 3.º da Constituição Federal) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo-se as desigualdades e promovendo o bem de todos sem qualquer distinção, criou um comando emergente para o Estado como um todo e para a sociedade, no sentido de se alcançar a igualdade entre os cidadãos, o que deverá ser concretizado por intermédio da promoção da pessoa humana.

² "Art. 1.º: 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 fundamento: [...] III - a dignidade da pessoa humana."

³ "Art. 3.º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais."

⁴ "Art. 5.º - 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:"

Essa orientação está em conformidade com os novos paradigmas que norteiam o moderno direito, em que o eixo central deixou de ser o patrimônio para ser a pessoa humana, valorizando-se o 'ser' em detrimento do 'ter', e que, segundo Capelo de Souza:

[...] insere-se na longa e acidentada evolução das relações sociais, econômicas e jurídicas entre os homens e no que respeita ao reconhecimento igualitário da personalidade e da capacidade jurídica de todos os homens, ao âmbito da permissibilidade jurídica das formas ou dos modos de expressão da personalidade humana individualizada e à adoção de mecanismos jurídico-processuais garantidores dos direitos de personalidade.⁵

O direito deixou, portanto, de ser um mero protetor de bens valorados economicamente "para postar-se como protetor direto da pessoa humana. Ao proteger (ou regular) o patrimônio, se deve fazê-lo apenas e de acordo com o que ele significa: suporte ao livre desenvolvimento da pessoa"⁶.

Com efeito, na antiguidade não se valorizava o indivíduo simplesmente por ser um sujeito, mas sim pela condição de seu nascimento ou pela atividade por ele desenvolvida, o que na Roma era representado pelos três *status*: o *libertatis*, o *civitatis* e o *familiae*.

Enquanto que:

Na sociedade grega clássica, somente alguns indivíduos eram considerados pessoas. Somente aqueles seres excepcionais, que desempenhavam papéis importantes na sociedade, possuíam essa denominação. O indivíduo era uma singularidade.

Para os gregos e romanos, as funções circunstanciais dos seres humanos precediam e ocultavam o conhecimento desses seres. O *homo faber* oculta o 'homem-que-é'. Só raros homens, pela sua posição social, pelo domínio que adquiriram sobre a sociedade, sobre os outros, se desagregam como indivíduos singulares.⁷

⁵ SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995. p.27.

⁶ CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.33.

⁷ DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.13.

Muito embora alguns autores considerem que os direitos da personalidade surgiram na Roma antiga em função da previsão da *actio injuriarum*⁸, ou da *hybris* na Grécia⁹, os quais eram instrumentos processuais que puniam "ofensas físicas e morais à pessoa"¹⁰, foi com o advento do cristianismo e a declaração de que todos são iguais perante Deus e de que haverá o renascimento do corpo, e da crença de que a alma é imortal, que de certa forma se conferiu dignidade individual ao ser humano, ao lado do jusnaturalismo (direitos inatos) e do iluminismo, com a valorização do indivíduo, que alçou a pessoa humana a uma situação de destaque, não mais como uma entidade biológica¹¹ ou antropológica, mas sim como o ente que traz a significância e a necessidade da existência da sociedade e de consequência do próprio direito, fazendo com que "a última *ratio* do direito é [seja] o homem e os valores que traz encerrados em si"^{12,13}.

Em sentido similar:

Da precedente análise parece-nos resultar que a idéia do direito geral de personalidade, apesar das suas raízes históricas bem fundadas, v.g., na acção *hybris* grega e na *actio iniuriarum* romana, constitui um precipitado histórico-jurídico relativamente recente, só possível a partir da convergência e sedimentação de diversos factores, dos quais destacamos o avanço de uma maior subjectivação no espectro jurídico, a consolidação das idéias de direitos inatos, de direitos fundamentais e de direitos subjectivos, a crescente igualação dos estatutos jurídicos pessoais e a necessidade de complementação dos direitos especiais de personalidade.¹⁴

⁸ FACHIN, Antonio Zulmar. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p.26.

⁹ SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.91.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p.116.

¹¹ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005. p.16.

¹² CORTIANO JR., Alguns apontamentos..., p.32.

¹³ Neste mesmo sentido: "Com efeito, assistiu-se a uma maior subjectivação do relacionamento jurídico, percutida pelo agostianismo e pelo franciscanismo, alimentada pelo Renascimento e despoletada no jusracionalismo iluminista e liberal, que se traduziu no crescente reconhecimento do homem como origem e fundamento da ordenação social e já não como mero destinatário, enquadrado por uma ordenação heterónoma". (SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.91).

¹⁴ SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.91.

Assim, em maior ou menor grau, a proteção dos direitos da personalidade sempre esteve presente na história da humanidade, porém o sujeito passou a ter real significação e a ser o centro do ordenamento jurídico a partir destes três momentos históricos: a) cristianismo, b) jusnaturalismo e c) iluminismo.

Como bem observou Caio Mario, de modo análogo ao que aqui se quer expressar:

É certo que em todos os tempos e em todas as fases da civilização romano-cristã, a proteção dos "direitos da personalidade" nunca em verdade faltou. Conceitos, normativos como teóricos, asseguraram sempre condições mínimas de respeito ao indivíduo, como ser, como pessoa, como integrante da sociedade. Todos os sistemas jurídicos, em maior ou menor escala, punem os atentados contra a vida, à integridade tanto física quanto moral. Isto não obstante, cabe assinalar que os "direitos da personalidade" incorporaram-se modernamente como estrutura organizacional, o que levou Milton Fernandes a dizer que a proteção jurídica aos direitos da personalidade "é uma conquista de nosso tempo".¹⁵

A importância e atenção aos direitos da personalidade ganharam impulso na modernidade notadamente com a Declaração dos Direitos do Homem de 1789¹⁶ e principalmente após a Segunda Guerra Mundial, em razão das atrocidades cometidas contra a humanidade no período de conflito, e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cuja aprovação pelas Organizações Unidas – ONU ocorreu em 1949¹⁷, realçando a dignidade da pessoa humana.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.1. p.238.

¹⁶ Caio Mario Pereira defende que a Carta Magna de 1215 foi o primeiro instrumento positivo que veio em defesa dos direitos da personalidade ao instituir o *habeas corpus*, tutelando, por evidente, a liberdade. (PEREIRA, op. cit., p.239). Neste mesmo sentido são as anotações de Hugo N. Mazzilli e Wander Garcia: "Na História geral, o reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, valendo citar, dentre outros, estes antecedentes: Carta Magna (séc. XIII), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração dos Direitos Humanos (1948)". (MAZZILLI, Hugo Nigro; GARCIA, Wander. **Anotações ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.8).

¹⁷ Consta no Preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem de 1949: "CONSIDERANDO que o reconhecimento da **dignidade** inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]". [grifo nosso].

A partir daí¹⁸ todos os ordenamentos jurídicos dos países integrantes da ONU tiveram a obrigatoriedade de proteger e conceder instrumentos de garantia dos direitos da pessoa humana.¹⁹

Neste mesmo sentido: "Qualquer ação do Poder Público e seus órgãos não poderá jamais, sob pena de ser acoimada de ilegítima e declarada inconstitucional, restringir de forma intolerável e injustificável a dignidade da pessoa".²⁰

Em total sintonia com a determinação da ONU e com o direito internacional:

A Constituição da República Federativa do Brasil tem como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, a qual revela o mais primário de todos os direitos, na garantia e proteção da própria pessoa como último recurso, quando a garantia de todos os outros direitos fundamentais se revela excepcionalmente ineficaz, proclamando a pessoa como fundamento do direito.²¹

Com efeito, é a pessoa humana a razão de existir do Estado e deve ser o bem maior protegido pelo ordenamento jurídico, constituindo a sua própria sustentação, fundamentação, legitimação e existência, encontrando na dignidade da pessoa humana o centro orientador de todo o sistema. "Por isso se diz que a Justiça

¹⁸ Acerca da recente sistematização dos estudos do Direito da Personalidade asseverou Eroulths Cortiano: "Sua obscuridade ainda permeia os estudos. Sua sutileza ainda assombra os juristas. Sua amplitude desorienta a doutrina. Sua dimensão assusta a jurisprudência. Sua existência flexibiliza e desestabiliza o direito civil, com repercussões por todo o direito". (CORTIANO JR., Alguns apontamentos..., p.42/43).

¹⁹ Zulmar Fachin realça ainda que os primeiros textos codificados que trataram dos direitos da personalidade foram os Códigos Civis da Alemanha de 1900 e o da Suíça de 1907, demonstrando a origem recente da positivação dos direitos inerentes à condição humana (FACHIN, A. Z., op. cit., p.27). Por seu turno, Gilbert Florêncio elenca ainda o Código Português de 1867 ao lado do Alemão e do Suíço como sendo as primeiras codificações, ressaltando, porém, que de forma ainda muito tímida, sendo que somente com o Código Italiano de 1942 é que houve, no sentir do autor, uma sistematização dos direitos da personalidade (FLORENCIO, Gilbert Ronald Lopes. **Direitos da personalidade no novo código civil**. São Paulo: LED, 2005. p.146).

²⁰ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996. p.51.

²¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993, tomo IV, p.166.

como valor é o núcleo central da axiologia jurídica, e a marca desse valor fundamental de Justiça é o homem, princípio e razão de todo o Direito."²²

Esta exegese está em conformidade com a contemporaneidade, que após a desmistificação da crença ideológica vigente nos *codex* oitocentistas de que o código seria suficiente de *per si* e preveria todas as relações sociais; o que se mostrou inverídico. Tal desalento com a suficiência dos códigos proporcionou uma avalanche de diversas legislações pontuais e, posteriormente, nas legislações que regulamentavam todo um setor da sociedade (microsistemas).²³

Ante as inúmeras fontes legislativas ao lado do que se convencionou chamar de direito comum (Código Civil), necessitava-se de um novo centro uniformizador, que daria unidade ao sistema e serviria como vetor axiológico, que veio a se tornar a Constituição Federal, como fonte e guardiã dos valores eleitos pela sociedade²⁴, recuperando-se, por intermédio da Lei Maior, "o universo desfeito, reunificando-se o sistema".^{25,26}

²² NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p.113.

²³ Exemplos: Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Locação, Estatuto das Cidades.

²⁴ "O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição de direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional." (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____ (Coord.). **Temas de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.07).

²⁵ TEPEIDINO, Premissas metodológicas..., p.13.

²⁶ Para uma compreensão mais ampla dos fenômenos consistentes na codificação, descentralização (microsistemas), constitucionalização e recodificação do direito civil vide: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.76/89. Para uma referência acerca da superação do marco ideológico da 'era da segurança' que marcou os Códigos oitocentistas vide: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.57/75.

Assim, "para a adequada e coerente reconstrução do sistema, impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas".²⁷

Em apropriada síntese leciona Leonardo Alves, acerca da repersonalização do direito e da função exercida pela dignidade da pessoa humana nesta nova ordem de idéias:

Os institutos civilistas, antes voltados para a satisfação dos interesses econômicos e patrimoniais do indivíduo, passam a ter como finalidade primordial a tutela da pessoa humana, no intuito de promover a dignidade desta. Nesse contexto, frise-se que a Constituição Federal, por cumprir a função de sistematizar todo o ordenamento jurídico, tem papel de extrema relevância, irradiando para as relações jurídicas privadas a aplicação de princípios da mais alta monta, a exemplo do (super) princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e do princípio da solidariedade social (art. 3.º, I). [...]

Em outras palavras, sepulta-se o paradigma do *ter*, que por muito tempo habitou o Direito Civil, influenciando os seus institutos, e fomenta-se a novel concepção do *ser*, em uma autêntica e efetiva defesa do indivíduo enquanto pessoa humana.²⁸

É em função dessa ordem de idéias que precisamente a Professora Maria Celina Bordin de Moraes cunhou, com uma precisão ímpar, a locução de que "o direito ou é humano, ou não é direito"²⁹, no sentido de que o direito deve existir para a satisfação das necessidades dos indivíduos, ainda que de cunho patrimonial³⁰, mas visando sempre ao realce da proteção da dignidade da pessoa humana.

²⁷ MORAES, M. C. B de, op. cit., p.73/74.

²⁸ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A teoria do umbral do acesso ao direito civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 11, n.1.535, p.01/02, 14 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/text.asp?id=10406>>. Acesso em: 14 set. 2007.

²⁹ MORAES, M. C. B. de, op. cit., p.67.

³⁰ Neste sentido é a lição de Pietro Perlingieri, que assevera que a despatrimonialização veio "não a 'humilhar' a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa". (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.33). E prossegue o mestre italiano afirmando que "é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com tutela qualitativamente diversa. Desse modo, evitar-se-ia comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados". (PERLINGIERI, op. cit., p.34).

1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A 'dignidade da pessoa humana' *personalizou*, pois, o direito, que deixou de focar o seu centro orientador no 'ter', passando a focá-lo no 'ser'. Em assim sendo, a pessoa humana passou a ser o centro axiológico e a razão fundante do direito e do próprio Estado.

Convém, portanto, realizar uma primeira aproximação do que vem a ser 'dignidade da pessoa humana'.

Como bem assinalou Ingo Wolfgang Sarlet, que no Brasil tem sido referência sobre o tema, dignidade da pessoa humana é expressão/conceito repleto de contornos vagos e imprecisos, com ambigüidades e porosidades. Por sua natureza, é polissêmica, estando em constante processo de construção e desenvolvimento, tornando difícil a sua conceituação, o que não significa que não se deve buscar alcançá-la.³¹ Ele o faz da seguinte maneira:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³²

Na mesma toada, a Dr.^a Maria Celina Bordin de Moraes, após asseverar que o termo dignidade provém do latim *dignus* (aquele que merece estima e honra, aquele que é importante), entende que filosoficamente é impossível de "se chegar a uma definição da pessoa humana, de se revelar a sua 'essência viva'"³³. Entende,

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.39/60.

³² SARLET, op. cit., p 60.

³³ MORAES, M. C. B. de, op. cit., p.75/76.

porém, que a dignidade pode ser desdobrada em quatro postulados, os quais, em complemento ao conceito de Ingo W. Sarlet, permitem, para os fins que se pretende neste momento, ter um referencial de tão importante instituto.

Os quatro postulados apontados pela mestra fluminense para a pessoa humana são:

i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade.³⁴

Portanto, a dignidade da pessoa humana³⁵, tal qual concebida atualmente, representa o vetor axiológico que deve guiar todo o ordenamento jurídico, e a proteção dos direitos inerentes à pessoa humana (personalidade) representa um corolário desta concepção.^{36,37}

Neste mesmo sentido:

Modernamente, pode-se falar que a *dignidade da pessoa humana* se trata de um verdadeiro dever social ao qual todos devem, sempre e em qualquer situação, absoluto respeito. É autêntico dogma de fé, tendência universal,

³⁴ MORAES, M. C. B. de, op. cit., p.85.

³⁵ Acerca do tema vide também: NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁶ "Mas este princípio [da dignidade da pessoa humana] não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico." (NERY, R. M. de A., op. cit., p.114).

³⁷ Convém destacar ainda a posição de Flávio Tartuce: "Nesse sentido, a tutela da pessoa natural é construída com base em três preceitos fundamentais constantes no Texto Maior: a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III); a solidariedade social, inclusive visando à erradicação da pobreza (art. 3.º, I e II); e a igualdade em sentido amplo ou isonomia. [...] Em várias questões jurídicas esses três preceitos vão aflorar, demonstrando o caminho de proteção da pessoa, em detrimento de qualquer outro valor". (TARTUCE, Flávio. **Os direitos da personalidade no novo código civil**. p.1. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7590>>. Acesso em: 11 set. 2007).

razão primeira do Estado, da Ciência e do Direito. É a efetividade, realização concreta do que sempre foi tratado como princípio balizador das relações intersubjetivas, mas que pouco era respeitado. [...]

É por tudo isso que se pode afirmar que a dignidade da pessoa humana inaugurou a chamada era da *personalização do Direito*.³⁸

Acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, leciona Roberto Barroso:

A dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais da subsistência. [...] Ele [princípio da dignidade da pessoa humana] representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.³⁹

Merece menção ainda a lição de Edilson Farias:

O valor da pessoa humana é traduzido juridicamente pelo eminente *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana*. Este assegura um *minimum* de respeito ao homem pelo só fato de ser homem, uma vez que todos os homens são dotados de igual dignidade, e o respeito à pessoa humana realiza-se independentemente da comunidade, grupo ou classe social a que a mesma pertença. [...]

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana constitui a fonte jurídico-positiva e propicia unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. [...]

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana funciona ainda como cláusula 'aberta', no sentido de respaldar o surgimento de novos direitos.⁴⁰

Tamanha é a importância dos direitos inerentes à pessoa humana que, no início de sua sistematização e formulação da teoria geral dos direitos da personalidade, sentenciou Pontes de Miranda: "Com a teoria dos direitos da personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito. Alcança-se um dos cimos da dimensão jurídica".⁴¹

³⁸ ALVES, L. B. M., op. cit., p.6 e 10.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Tomo II. p.670/671.

⁴⁰ FARIAS, op. cit., p.151.

⁴¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. v.7. p.30.

1.3 A PERSONALIDADE (JURÍDICA)

Por outro viés, afigura-se também imprescindível a análise do que vem a ser a 'personalidade', que de todo modo está ligada umbilicalmente à pessoa humana.

A personalidade⁴² "consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa"⁴³, são "aqueles traços relativamente duradouros de um indivíduo que explicam por suas maneiras características de se comportar"⁴⁴, são as características individuais de cada ser, que o tornam único no mundo, são os seus aspectos particulares⁴⁵, tais como: nome, corpo, consciência, honra, reputação, imagem, valores, dentre outros, que tornam as pessoas diferentes das coisas e diferentes umas das outras.

Nos dizeres de Walter Moraes, a personalidade "vem a ser, então, aptidão para ser pessoa; ou seja, personalidade é o **quid** que faz com que algo seja pessoa"⁴⁶.

⁴² Segundo Antonio Chaves, a palavra 'pessoa' origina-se do latim *persona*, que significava máscara (de teatro): "O sentido primitivo correspondia à do verbo *personare*, isto é, fazer ressoar, fazer retumbar, ferir com um som, atroar.

Originariamente, dava-se o nome de pessoa às máscaras usadas pelos atores romanos nas representações. Tinha, numa abertura que se ajustava aos lábios, umas lâminas metálicas que aumentavam a sonoridade, e o volume da voz; *vox personabat*.

Localiza-se assim a origem da palavra no fato da sociedade política ser semelhante a um drama, no qual cada homem tem a sua parte". (CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v.1. p.305)

⁴³ TELLES JR., G. Direito subjetivo - I. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v.28, p.315, apud DINIZ, op. cit., p.117.

⁴⁴ STRATTTON, Peter; HAYES, Nicky. **Dicionário de psicologia**. Trad. Esméria Rovai. São Paulo: Pioneira, 1994. p.175.

⁴⁵ "[...] a personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana." (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: RT, 2005. p.70).

⁴⁶ MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.73 , n.590, p.16, dez. 1984.

Na definição de Plácido e Silva, personalidade,

Do latim *personalitas*, de *persona* (pessoa), quer, propriamente, significar o conjunto de elementos que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou *constituindo* um *indivíduo* que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente, se diferencia de qualquer outro.

Assim, opondo-se à acepção de *generalidade*, traz consigo o sentido e *singularidade*, exprimindo o conceito de uma *relação abstrata de existência*, ou seja, do próprio ego concreto da pessoa natural. É a *qualidade de pessoa*.

Nesta razão, a *personalidade*, tomada neste sentido, não pode ser mais que *uma*, porque somente uma é a *individualidade*, que dela se deriva. [...]

Desse modo, a personalidade exprime, igualmente, o conjunto de caracteres e elementos que vêm formar ou constituir a coisa, para mostrá-la própria e numa *individualização*, que não se confunde com qualquer coisa. [...]

A personalidade, portanto, exprime o *caráter próprio*, e designa a *vida com independência, a vida autônoma*.

Personalidade. No sentido filosófico, entende-se o conjunto de *qualidades* que constituem a pessoa.⁴⁷

A personalidade é, portanto, um bem⁴⁸, o primeiro deles, que permite ao ser humano, enquanto sujeito de direito, o exercício, gozo, fruição de todos os demais bens; "a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações".⁴⁹

Neste sentido:

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.⁵⁰

⁴⁷ SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 26.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. p.1.035.

⁴⁸ O significado de bem adotado neste trabalho é o dado por Roxana Cardoso Brasileiro Borges: "[...] bem jurídico em sentido amplo é sinônimo de objeto de direito, como aquilo que possa configurar numa relação ou numa situação jurídica sob a titularidade jurídica e concreta de um sujeito de direito (não significa, contudo, ser objeto de direito real ou pessoal econômico) [...]. Os atributos da personalidade como imagem, nome, privacidade, integridade física incluem-se no grupo dos bens jurídicos em sentido amplo, podendo ser objeto de relação jurídica ou situação jurídica". (BORGES, op. cit., p.40 e 42).

⁴⁹ PEREIRA, op. cit., p.241.

⁵⁰ DINIZ, op. cit., p.118.

Este entendimento está na esteira do que há muito é preconizado por Adriano de Cupis, mestre italiano e referência mundial no tema:

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São os chamados "direitos essenciais", com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade.⁵¹

Nesta mesma toada são as lições de Pontes de Miranda, ilustrando que a personalidade é o primeiro bem de todos. Utilizando o paralelo com o direito ao nome, assevera:

O primeiro deles (bens) é o da personalidade em si mesma, que bem se analisa no ser humano, ao nascer, antes do registro do nascimento de que lhe vem o nome, que é direito de personalidade *após* o direito de ter nome, já esse, a seu turno, posterior, logicamente, ao direito de personalidade como tal. Quem é pessoa (=tem direito de personalidade como tal) tem direito a ter nome quando se dá a *impositio nominis*, há o direito ao nome, que é necessário, instrumentalmente, à inserção da pessoa nas relações jurídicas. A criança herda antes de ter nome.⁵²

Assim, cada ser humano, que é único, alcança a proteção de sua própria essência, seja contra atos estatais ou de particulares, por intermédio dos direitos da personalidade, que lhe fornecem meios e instrumentos adequados para impedir a lesão, ou a sua ameaça, ou eventualmente a sua posterior reparação civil.⁵³

Por seu turno, a personalidade jurídica é a aptidão de a pessoa humana ser titular de direitos e obrigações conforme disposto no art. 1.º do Código Civil de 2002⁵⁴.

⁵¹ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p.24.

⁵² MIRANDA, P. de, op. cit., p.39.

⁵³ Acerca dos instrumentos de proteção dos direitos da personalidade, vide a terceira parte desta dissertação.

⁵⁴ Art. 1.º/CC: Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

"A personalidade jurídica costuma ser definida formalmente como a susceptibilidade de direitos e obrigações ou de titularidade, ou de ser sujeito de direitos e obrigações ou de situações jurídicas."⁵⁵

Tal concepção já era adotada por Beviláqua quando afirmava que: "Pessoa é ser a que se atribuem direitos e obrigações. Personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações"⁵⁶, razão pela qual é assente que "a idéia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa"⁵⁷.

Adriano de Cupis, muito embora não dê um conceito expresso de personalidade, acerca dela assevera:

A personalidade, ou capacidade jurídica⁵⁸, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica.⁵⁹

⁵⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 3.ed. Lisboa: Almedina, 2005. p.35.

⁵⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 2001. p.115/116.

⁵⁷ PEREIRA, op. cit., p.213.

⁵⁸ Adriano de Cupis atribui a mesma significação tanto à personalidade jurídica quanto à capacidade jurídica.

Neste particular aspecto, há que se discordar do jurista italiano, tendo em conta que a Personalidade Jurídica, como visto, é a possibilidade do sujeito ser titular de direitos e obrigações. Alguns a chamam também de 'capacidade de direito', enquanto a capacidade jurídica, também denominada de 'capacidade de fato', é a possibilidade de exercer estes direitos e obrigações por si só. Toda pessoa tem personalidade jurídica, mas nem toda tem capacidade. Os institutos da personalidade jurídica (capacidade de direito) e capacidade jurídica (capacidade de fato) são interligados e "interpenetram-se, sem se confundirem" (SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.107).

Neste sentido: "Cumprir distinguir a personalidade da capacidade, que é a extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade, [...] Podemos definir capacidade a aptidão de alguém para exercer por si os atos da vida civil". (BEVILÁQUA, op. cit., p.117). Nesta mesma toada é a lição de Maria Helena Diniz, para quem "toda pessoa é dotada de personalidade", enquanto que a "capacidade, por sua vez, é a medida da personalidade". Assim, para ser 'pessoa' basta que o homem exista, e, para ser 'capaz', o ser humano precisa preencher os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica". (DINIZ, op. cit., p.114/115).

⁵⁹ CUPIS, op. cit., p.19.

Neste sentido, todas as pessoas são dotadas de personalidade, não existindo mais a figura da escravidão ou da morte civil "com a qual se puniam certos condenados na legislação anterior e que, segundo alguns autores, ainda perdura no direito inglês, nos casos de alta traição"⁶⁰.

Capelo de Souza destaca a contribuição ético-filosófica para a conceituação do que vem a ser personalidade, sublinhando os pontos de características comuns entre as pessoas, fazendo com que exista o reconhecimento de cada um como integrante do gênero humano, mas não a ponto de se perder a individualidade, nos seguintes termos:

Igualmente a este nível a idéia de humanidade (*humanitas*), enquanto repositório dos caracteres que qualquer homem tem em comum com todos os homens e que desde logo lhe assegura a sua dignidade (*dignitas, Menschenwurde*), não prejudica, antes se incorpora, na noção de individualidade (*individualitas, Individualitat*), que, em função de caracteres próprios, permite distinguir cada um dos homens e atribuir-lhes originalidade e irrepetibilidade.⁶¹

A personalidade é, portanto, o conjunto de caracteres que torna algo em ser humano, único e diferenciado no mundo, mas inserido em seu contexto social; ao passo que a personalidade jurídica é a qualidade ou atributo jurídico do ser humano⁶² que adere a esta pessoa, conferindo-lhe condições de adquirir direitos e obrigações.

É a partir do nascimento com vida que o ser humano passa a ser dotado de personalidade⁶³, garantindo-lhe, porém, o ordenamento jurídico, os seus direitos

⁶⁰ WALD, Arnaldo. **Direito civil**: introdução e parte geral. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.119.

⁶¹ SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.112.

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p.70.

⁶³ "La personalidad jurídica se impone al Derecho como exigencia intrínseca. En tal sentido, el nacimiento determina la personalidad, que no es, así entendida, simple cualidad jurídica, sino cualidad personal." (PEREZ, Pascual Marin. **Derecho civil**. Madrid: Editorial Tecnos, 1983. v.1. p.59). Tradução livre: "A personalidade jurídica se impõe ao direito como exigência intrínseca. Em tal sentido, o nascimento determina a personalidade, que não é, assim entendida, simples qualidade jurídica, mas sim qualidade pessoal."

desde a sua concepção.⁶⁴ A personalidade jurídica do sujeito somente será extinta com a morte da pessoa.

O ordenamento jurídico ainda assegura a personalidade jurídica a entes diversos da pessoa natural, que se constituem por intermédio de um rol de pessoas nominadas pelo ordenamento jurídico que são as sociedades comerciais, associações, fundações, organizações religiosas e os partidos políticos (art. 44/CC – pessoas jurídicas de direito privado)⁶⁵, que estão aptos a serem titulares de direitos e obrigações individualmente.

Na conceituação de Silvio Rodrigues:

Pessoas jurídicas, portanto, são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil.⁶⁶

A existência da pessoa jurídica de direito privado inicia-se com o seu registro perante os órgãos públicos competentes e, quando necessário, com prévia autorização do Poder Executivo (art. 45/CC), e deverá conter os requisitos exigidos

⁶⁴ É o que prescreve o art. 2.º do Código Civil: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

⁶⁵ Os artigos 41 e 42 tratam das pessoas jurídicas de direito público interno e externo nos seguintes termos:
"Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:
I - a União;
II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
III - os Municípios;
IV - as autarquias;
V - as demais entidades de caráter público criadas por lei."
"Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público."

⁶⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.64.

pelo art. 46 do Código Civil⁶⁷, extinguindo-se a sua personalidade jurídica com o registro do respectivo ato de encerramento no mesmo órgão competente.

O ordenamento jurídico reconhece, desse modo, a pessoa jurídica como sujeito de direito ao lado da pessoa natural, tendo em vista "a necessidade ou conveniência de as pessoas naturais combinarem recursos de ordem pessoal ou material para a realização de objetivos comuns, que transcendem as possibilidades de cada um dos interessados".⁶⁸

Assim sendo, tanto a pessoa natural quanto a pessoa jurídica são dotadas de 'personalidade jurídica':

Com uma diferença, porém. Nas pessoas físicas, a sua personalidade jurídica é autônoma e originária, no sentido de que é inerente ao ser humano como atributo de sua dignidade pessoal, enquanto nas pessoas jurídicas, ou coletivas, ela é meramente instrumental e derivada ou adquirida, meio de realização de infinita variedade dos interesses sociais.⁶⁹

O principal efeito da existência da personalidade jurídica da pessoa jurídica é a criação de um novo centro capaz de adquirir direitos e obrigações e responder com o seu patrimônio pelas dívidas contraídas de maneira totalmente distinta da de seus sócios⁷⁰, podendo ser, contudo, desconsiderada a personalidade jurídica em conformidade com o prescrito no art. 50 do Código Civil.

⁶⁷ "Art. 46/CC: O registro declarará:

- I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;
- II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;
- III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;
- IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo;
- V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;
- VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso."

⁶⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6.ed. São Paulo: Renovar, 2006. p.275.

⁶⁹ AMARAL, op. cit., p.276/277.

⁷⁰ Neste sentido: "[...] passa a existir total independência das relações jurídicas da pessoa jurídica relativa às dos seus membros, de modo que direitos ou dívidas desses não são direitos ou dívidas daquele [...] a responsabilidade civil da pessoa jurídica é independente da das pessoas que a formam [...]" (AMARAL, op. cit., p.285).

Ressalta-se que o objeto da presente dissertação são as pessoas naturais, razão pela qual somente se fará menção às pessoas jurídicas no corpo do texto para realçar, quando necessário, determinadas particularidades e características. Neste aspecto, é interessante destacar que o Superior Tribunal de Justiça consagrou a tese de que as pessoas jurídicas podem sofrer dano moral (Súmula 227⁷¹), bem como o fato de que o Código Civil de 2002 em seu art. 52 estipulou: "Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade".

Diante disso, constata-se, pois, que o termo 'personalidade' pode adquirir dois significados: o sentido técnico (personalidade jurídica), como sendo a possibilidade de o sujeito ser titular de direitos e obrigações; e o sentido humanístico (personalidade humana), como sendo o que é inerente do ser enquanto pessoa.

O mestre San Tiago Dantas já se referia a essas significações com propriedade ímpar:

Quando se considera a personalidade, identifica-se esta com a capacidade de direitos e se diz que é a personalidade? É a capacidade que tem um homem de direito e obrigações.

Esta é uma perspectiva da qual se pode considerar a personalidade; uma perspectiva rigorosamente técnico-jurídica.

Quando, porém, se considera a personalidade humana, já então se tem um complexo dos seus atributos; descobrem-se nela muitos bens que são do mais alto interesse para o direito.

Vê-se, por exemplo, que o homem tem uma vida, uma honra, uma integridade corpórea, uma série de atividades que entram na sua personalidade, que constituem, por assim dizer, o seu conteúdo natural, e que todas merecem uma proteção do direito.⁷²

1.4 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Realizada esta breve digressão acerca da gênese dos direitos da personalidade e tendo-se passado pelos conceitos de dignidade da pessoa humana,

⁷¹ Súmula 227/STJ: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

⁷² DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**: parte geral. 4.^a tiragem Rio de Janeiro: Rio, 1979. p.191.

personalidade e personalidades jurídicas, é possível adentrar na conceituação de que vem a ser 'os direitos da personalidade', sempre realçando uma vez mais o fato de que é a dignidade da pessoa humana que confere unidade axiológica a todo o sistema.

Assim, ao lado das situações jurídicas de conteúdo patrimonial que são "a projeção econômica da personalidade"⁷³, existem os direitos da personalidade, incorpóreos e imateriais, que não possuem um conteúdo financeiro, econômico, imediato e direto.⁷⁴

O direito da personalidade⁷⁵ é a tutela dos direitos que são inerentes à pessoa humana, à sua personalidade, que protegem o homem como ser individualizado, "como um conjunto unitário, dinâmico e evolutivo dos bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual"⁷⁶, haja vista que tais bens são inerentes ao ser humano, "não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra"⁷⁷.

Na feliz síntese formulada por Silvio Venosa: "Os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana"⁷⁸.

⁷³ DINIZ, op. cit., p.115.

⁷⁴ Muito embora se possa extrair riquezas dos direitos da personalidade, como por exemplo, a exploração comercial do nome, da imagem ou do corpo devidamente autorizados, como adiante será melhor tratado.

⁷⁵ Expressão cunhada, segundo Francisco Amaral, por Otto Gierke (AMARAL, op. cit., p.252). Esta é a expressão que se consolidou, inclusive, no Capítulo II do Título I do Código Civil de 2002, muito embora já tenham sido usadas as expressões: direitos individuais, direito sobre a própria pessoa, direitos inatos, direitos primários, personalíssimo, fundamentais, humanos, dentre outras.

⁷⁶ AMARAL, op. cit., p.251.

⁷⁷ RODRIGUES, op. cit., p.81.

⁷⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.1. p.200.

No conceito sinótico de Maria Helena Diniz:

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social.⁷⁹

Ainda:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como *direitos absolutos*. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana.⁸⁰

E também:

Parafraseando Goffredo Telles Jr., os direitos da personalidade são aqueles que possibilitam ao seu titular, ou seja, à pessoa, promover a defesa do que lhe é próprio, isto é, a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a honra, a imagem, etc. Destarte, tais direitos são inerentes à pessoa humana e, portanto, ligam-se a ela de modo permanente, perpétuo.⁸¹

Na clássica definição de Limongi França: "[...], direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanções e prolongamentos"⁸².

*Puede decirse que los derechos de la personalidad son los derechos subjetivos de carácter privado y no patrimonial, primordiales y absolutos através dos cuales el ordenamiento reconoce y tutela los intereses básicos e inherentes a la persona em si misma considerada.*⁸³

⁷⁹ DINIZ, op. cit., p.142.

⁸⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p.168.

⁸¹ FLORÊNCIO, op. cit., p.145.

⁸² FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**: direito processual, dissolução de sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 1979. v.28. p.140.

⁸³ CARREJO, Simon. **Derecho Civil**. Bogotá: Themis, 1972. Tomo 1. p.300. Tradução livre: "Pode dizer-se que os direitos da personalidade são direitos subjetivos de caráter privado e não patrimonial, primordiais e absolutos, através dos quais o ordenamento reconhece e tutela os interesses básicos e inerentes da pessoa em si mesma considerada".

E mais:

Quando se fala em *direitos da personalidade*, não se está se identificando aí a personalidade como capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando num homem vivo e, não, nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica, em outras ocasiões identificada como personalidade.

Quando se pensa nos direitos da personalidade, está-se pensando na vida, na honra, na liberdade, na integridade corpórea, coisa que não são todas elas adaptáveis à simples capacidade de ter direitos e obrigações.⁸⁴

Diante dos conceitos transcritos acima é possível também alcançar desde logo qual é o objeto do direito da personalidade que nada mais é que a proteção dos atributos da personalidade⁸⁵, as qualificações, características e projeções individuais que cada um possui que o tornam diferente, que o tornam ele mesmo (nome, honra, decoro, imagem etc...), "são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes"⁸⁶.

O objeto dos direitos da personalidade é tudo aquilo que disser respeito à natureza do ser humano, como por exemplo, a vida, a liberdade (v.g. de pensamento, social, filosófica, religiosa, política, sexual, de expressão), proteção de dados pessoais, integridade física e moral, honra, imagem, vida privada, privacidade, intimidade, intangibilidade da família, auto-estima, igualdade, segurança.⁸⁷

⁸⁴ DANTAS, op. cit., p.192.

⁸⁵ Neste aspecto, como bem destacou o professor Eroulths Cortiano, citando o mestre Orlando Gomes: "[...], alarga-se o conceito de bens ultrapassando os freios da ciência econômica: bens são quaisquer utilidades – materiais ou não – que incidam na faculdade de agir do sujeito, e aí se colocam as projeções físicas ou psíquicas da personalidade humana, que exigem proteção jurídica". (CORTIANO JR., Eroulths. A teoria geral dos direitos da personalidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba, v.5, n.5, p.24, 1996).

⁸⁶ BORGES, op. cit., p.20.

⁸⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado e legislação extravagante**. 3.ed. São Paulo: RT, 2005. p.173.

Para Cifuentes, o objeto dos direitos da personalidade são as *"manifestaciones determinadas físicas o espirituales de la persona, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos"*⁸⁸.

Nesta mesma toada caminham as lições de Capelo de Souza:

Concluindo, poderemos definir positivamente o bem da personalidade humana juscivilisticamente tutelado como o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados.⁸⁹

Tais atributos, características, manifestações ou emanções são bens que devem ser juridicamente tutelados pelo Estado contra qualquer lesão ou ameaça a lesão e com esta proteção alcança-se o que é inerente e essencial ao ser humano, como a vida, a liberdade, a integridade física ou psicológica, a honra, o decoro, a intimidade, a imagem, o nome etc.

Por outro vértice, de solar clareza é a síntese de Santos Cifuentes sobre a importância dos direitos da personalidade, por ele denominados *"derechos personalíssimo"*. Enumera as suas razões com os seguintes fundamentos:

- a) *Categoría Elemental de la materia, de los bienes que comprende.*
- b) *Que es pertinente e inevitable el que hacer jurídico sobre Ella.*
- c) *Las circunstancias en la hora del mundo hacen más visible y conocida la necesidad de su estudio.*
- d) *Son um factor del avance, progreso y tendencia del hombre em perfeccionarse individual y socialmente.*
- e) *Equilibran los intereses generales y particulares, ayudando para impedir la supremacía de unos sobre otros.*
- f) *Forman la base común de la igualdad, porque nivelan a todos sobre bienes primários que no admiten diferencia o grados.*
- g) *Repercuten en el antro privado de los derechos y es imperiosa una doctrina general que llene las lagunas dejadas por los principios constitucionales y las estereotipadas figuras penales, procesales, etcétera.*

⁸⁸ CIFUENTES, Santos. **Derechos personalíssimos**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995. p.175. Tradução livre: "[...] manifestações físicas ou espirituais da pessoa, objetivadas pelo ordenamento normativo e levadas a categoria de bens jurídicos".

⁸⁹ SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.117.

- h) *Deve oírse a los constantes llamados internacionales de la comunidad de las naciones y de la reunión de especialistas.*
- i) *Los hechos provocan la intervención de la justicia, el avance de la doctrina y la preocupación legislativa. Debe enseñarse al pueblo sus derechos más caros para que aprenda a defenderlos en todas las superficies del ataque.*^{90,91}

Convém destacar ainda, nestas considerações iniciais, que não há mais espaço para a distinção outrora vigente entre direitos humanos e direitos da personalidade, que entendia os primeiros como sendo a proteção jurídica contra os excessos e arbitrariedades estatais e os segundos contra atos de particulares.

Tal diferenciação estava calcada na antiga e superada rígida dicotomia entre o direito público e privado, não encontrando mais ressonância no moderno direito, vez que ambos possuem a mesma natureza ontológica, pouco importando contra quem se volta a proteção, haja vista que direitos como a vida, nome, honra, imagem, reputação,

⁹⁰ CIFUENTES, op. cit., p.124. Tradução livre:

- "a) Categoria elementar da matéria, dos bens que compreende;
- b) Que é pertinente e inevitável em qualquer tarefa jurídica;
- c) As circunstâncias da atualidade fazem mais visível e conhecida a necessidade de seu estudo;
- d) São fatores de avanço, progresso e tendência do homem aperfeiçoar-se individual e socialmente;
- e) Equilibram os interesses gerais e particulares, ajudando para impedir a supremacia de uns sobre os outros;
- f) Formam a base comum da igualdade, porque nivelam a todos sobre os bens primários que não admitem diferenciações;
- g) Repercutem no âmbito privado dos direitos e é imperiosa uma doutrina geral que preenche as lacunas deixadas pelos princípios constitucionais e estereotipadas nas figuras penais, processuais etc.;
- h) Devem unir-se aos constantes chamados internacionais da comunidade das nações e da reunião de especialistas;
- i) Provocam a intervenção da justiça e evolui a doutrina e a legislação. Deve ensinar-se ao povo seus direitos mais caros para que aprenda a defendê-los em todas as possibilidades de ataques."

⁹¹ Santos Cifuentes conceitua direitos da personalidade como "*derechos subjetivos privados, innatos y vitálicos que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse em forma absoluta y radical*". (CIFUENTES, op. cit., p.200). Tradução livre: "direitos subjetivos privados, inatos e vitalícios que têm por objeto manifestações interiores da pessoa e que são inerentes, extrapatrimoniais e necessários, não podem ser transmitidos e não são disponíveis de maneira absoluta e radical".

ao próprio corpo etc., por evidente, devem ser protegidos contra toda e qualquer lesão, sejam elas originárias de entes estatais ou de particulares.⁹²

1.5 DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DIREITO SUBJETIVO

Um dos temas que mais causaram polêmica acerca dos Direitos da Personalidade diz respeito a sua inserção ou não na categoria dos direitos subjetivos, levando vários doutrinadores, inclusive juristas do porte de Savigny, a refutar inicialmente tal concepção, sob o fundamento de que admitir o direito de alguém sobre a própria pessoa (*ius in se ipsum*) seria o mesmo que legitimar o suicídio.⁹³

Além da posição de Savigny, muitas outras opiniões são apresentadas na defesa da negativa ante o direito subjetivo. Entre elas temos:

- 1) possibilidade do indivíduo ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto;

⁹² Neste sentido: "A moderna doutrina que se desenvolveu em torno da teoria do direito geral da personalidade se opõe à chamada doutrina tradicional, cuja tese afirma que os direitos fundamentais originários devem apenas se tornar pretensões de defesa contra ataques às pessoas oriundos do Estado. Este pensamento se constitui em uma visão estreita que, infelizmente, ainda vinha sendo professada por alguns professores de direito público na década de cinquenta. É evidente que a principal função dos direitos fundamentais se manifesta em relação à defesa das liberdades do Estado de direito, situando-se, em primeiro plano, a proteção dos cidadãos contra os atentados praticados pelo próprio Estado. Mas, os direitos fundamentais, inseridos na Constituição, possuem um campo de atuação muito mais amplo do que a simples proteção do indivíduo contra o Estado; constituem-se, também, em legítimos preceitos para a realização da vida social, possuindo um elevado significado para as relações entre os particulares. Identicamente, possuem as normas constitucionais para um autêntico e social Estado de direito, efeitos imediatos no âmbito privado, nas relações jurídicas entre os indivíduos que são imprescindíveis para uma sociedade livre. Propõe, por isso, a necessária superação da tradicional dicotomia que divide o direito público e direito privado, especialmente, em relação ao direito da personalidade, por não ter mais lugar na noção de Estado social, que prescinde da tradicional separação da ordem jurídica em direito público, como sendo o conjunto de normas que visam regular as relações entre o Estado e o particular, e em direito privado, que se constituiria em regras para regular as relações entre os particulares. Deste modo, as normas emanadas da Constituição e das declarações internacionais, cujo país as adote e seja signatário de algum tratado, não trazem, somente, regras que interessam ao Estado no que lhe diz respeito diretamente ou nas suas relações com os particulares, mas igualmente, interessam aos particulares nas suas relações privadas, pois o efeito da Constituição é amplo, atingindo todas as relações jurídicas dentro de um conceito de comunidade social". (SZANIAWSKI, op. cit., p.100/101).

⁹³ SZANIAWSKI, op. cit., p.72.

- 2) a proteção pública dos direitos da personalidade possibilitando a proteção de interesses que não constituem direitos subjetivos;
- 3) o caráter inseparável do objeto;
- 4) falta de objeto ou de sujeito.⁹⁴

Modernamente tal concepção está ultrapassada, havendo quase que unanimidade doutrinária no sentido de admitir que, muito embora os direitos da personalidade sejam direitos inerentes à pessoa humana, tal característica não impede a sua classificação como sendo direito subjetivo, apenas ressaltam-se as suas peculiaridades.

Com efeito, entende-se por direito subjetivo a faculdade concedida ao sujeito de agir, consolidada na máxima latina *facultas agendi*, sendo o seu atuar pautado nas normas, regras e princípios previstos no ordenamento jurídico, que é o direito objetivo (*norma agendi*), "daí ser dito que o direito subjetivo existe em razão do direito objetivo, porque corresponde a um dever alheio, e os deveres só existem quando previstos em normas componentes do ordenamento jurídico".⁹⁵

Diz-se, pois, subjetivo, tendo em conta que é uma opção do sujeito atuar ou não de acordo com o seu interesse.

Na lição de Roberto Gonçalves:

Direito objetivo é o conjunto de normas impostas pelo Estado, de caráter geral, a cuja observância os indivíduos podem ser compelidos mediante coerção. Esse conjunto de regras jurídicas comportamentais (*norma agendi*) gera para os indivíduos a faculdade de satisfazer determinadas pretensões e de praticar os atos destinados a alcançar tais objetivos (*facultas agendi*). Encarado sob esse aspecto, denomina-se *direito subjetivo*, que nada mais é do que a faculdade individual de agir de acordo com o direito objetivo, de invocar a sua proteção.⁹⁶

Acertadamente em nosso ordenamento jurídico não existe uma conceitualização do que venha a ser 'direito subjetivo', tendo em conta que tal desiderato cabe justamente à ciência do direito realizar.

⁹⁴ DIAS, op. cit., p.46.

⁹⁵ LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil**: parte geral. São Paulo: RT, 2002. v.1. p.42.

⁹⁶ GONÇALVES, op. cit., p.6.

Assim sendo, lança-se mão das obras de juristas renomados para se extrair com maior propriedade o conceito do instituto em exame:

Na definição de Orlando Gomes:

Direito subjetivo é a faculdade de agir – *facultas agendi* –, direito objetivo, norma de ação – *norma agendi*. Um não pode existir sem o outro, porque, se é inconcebível a existência de direitos subjetivos sem uma ordem jurídica, não se pode imaginar ordem jurídica sem direitos subjetivos.⁹⁷

Por seu turno, Antonio Chaves traz a seguinte lição acerca do conceito de direito subjetivo:

Podemos pois concluir, quanto a esta parte, que a expressão direitos subjetivos diz respeito às faculdades que ao indivíduo são atribuídas pela ordem jurídica como possibilidade de atuação ou salvaguarda da sua personalidade. [...], o conteúdo do direito subjetivo pode ser constituído, antes de mais, por uma supremacia da vontade do titular, graças à qual ele próprio pode, por si só, realizar o seu interesse.⁹⁸

Já Capelo de Souza, fulcrado nas lições de Orlando de Carvalho, assevera:

Adoptando a noção de direito subjetivo em sentido estrito de Orlando de Carvalho, como "o mecanismo de regulamentação, adoptado pelo Direito, que consiste na concreta situação de poder que faculta a uma pessoa em sentido jurídico pretender ou exigir de outra um determinado comportamento positivo ou negativo" [...].⁹⁹

Silvio Rodrigues ensina que:

O fenómeno jurídico, embora seja um só, pode ser encarado sob mais de um ângulo. Vendo-o como um conjunto de normas que a todos se dirige e a todos vincula, temos o direito objetivo. É a norma da ação humana, isto é, a *norma agendi*. Se, entretanto, o observador encara o fenómeno através da prerrogativa que para o indivíduo decorre da norma, tem-se o direito subjetivo. Trata-se da faculdade conferida ao indivíduo de invocar a norma a seu favor, ou seja, da faculdade de agir sob a sombra da regra, isto é, a *facultas agendi*.¹⁰⁰

⁹⁷ GOMES, op. cit., p.129.

⁹⁸ CHAVES, **Tratado de direito...**, p.126/127.

⁹⁹ SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.606/607.

¹⁰⁰ RODRIGUES, op. cit., p.06/07.

César Fiúza, adotando a conceituação clássica do instituto, traz a seguinte delimitação:

Direito Subjetivo é faculdade. Quando se diz que alguém tem direito a alguma coisa, está-se referindo a direito subjetivo seu, a faculdade que possui. Logicamente, os direitos subjetivos encontram proteção na norma, no Direito Objetivo. É este que os garante. Em outras palavras, é o Direito Objetivo que confere às pessoas direitos subjetivos.¹⁰¹

Por fim, é interessante ainda trazer à colação a conceituação utilizada por San Tiago Dantas:

Direito objetivo são as normas, direito subjetivo essa faculdade, de que o titular se vê revestido, e que faz com que ele exija o cumprimento de um dever de outrem para com ele.

Por isso, costuma-se dizer que o direito objetivo é *norma agendi*, e que o direito subjetivo é *facultas agendi*.¹⁰²

A conceituação fica clara na distinção realizada por Vicente Rao entre direito objetivo e subjetivo:

O conjunto sistemático de normas destinadas a disciplinar a conduta dos homens na convivência social, asseguradas pela proteção-coerção a cargo do Estado, constitui o direito positivo, que é o direito próprio de cada povo. Mas, no direito positivo uma distinção fundamental existe entre a norma considerada em si e a faculdade que ela confere às pessoas, singulares ou coletivas, de procederem segundo o seu preceito, isto é, entre a norma que disciplina a ação (*norma agendi*) e a faculdade de agir de conformidade com o que ela dispõe (*facultas agendi*).

Aquela, como mandamento, ou diretriz que é, vive fora da pessoa do titular da faculdade conferida e constitui o direito objetivo; esta, que na pessoa do titular se realiza, forma o direito subjetivo.

Quando uma norma prescreve, por exemplo, que os atos jurídicos são anuláveis por dolo em sendo este a sua causa, ela atribui, sem dúvida, ao prejudicado, a faculdade de se eximir dos efeitos do ato viciado, promovendo-lhe a anulação.

Prescrição e faculdade são essas, que nascem ao mesmo tempo, no mesmo instante em que a norma adquire força obrigatória, porque outorgar faculdades é uma das finalidades essenciais da norma jurídica.

¹⁰¹ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 8.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.14.

¹⁰² DANTAS, op. cit., p.155.

Não há confundir-se, porém, o tempo do nascimento da faculdade com o de seu exercício: a faculdade nasce com a norma, mas pode ser exercida a qualquer momento, enquanto persistir a eficácia obrigatória da norma que a criou e com a qual nasceu. E mesmo após a cessação da vigência da norma, mesmo após a sua revogação, os poderes por ela incorporados ao patrimônio do titular do direito subjetivo, definitivamente continuam a lhe pertencer, como direitos adquiridos.¹⁰³

Portanto, o ser humano possui direitos que dizem respeito à própria personalidade, que permitem, na integralidade, o pleno desenvolvimento da pessoa humana; tais direitos são de fato direitos subjetivos. Contudo, a inserção dos direitos da personalidade como direitos subjetivos, se forem pura e simplesmente transportados para o campo dos direitos da personalidade¹⁰⁴ sem a necessária adequação científica, poderá causar no intérprete ilações equivocadas, até mesmo conclusões como a de Savigny, que afirmou se assim fosse o direito deveria abonar o suicídio.¹⁰⁵

Esta dificuldade e certa recalitrância doutrinária em admitir os direitos da personalidade como direitos subjetivos decorre do fato de que há "uma certa imprecisão, o que torna difícil integrá-los nas categorias dogmaticamente estabelecidas"¹⁰⁶.

¹⁰³ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 2.ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. Tomo II, v.1. p.158/159.

¹⁰⁴ Tendo em vista a particularidade que norteia o direito geral em cotejo com os direitos da personalidade, alguns juristas, muito embora reconheçam que sejam direitos subjetivos, preferem denominá-lo de "direito subjetivo autônomo" como forma de diferenciação em relação aos demais direitos subjetivos de cunho patrimonial. Neste sentido vide: ARARIPE, Jales de Alencar. Direitos da personalidade: uma Introdução. In: RENAN, Lotufo (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. p.232.

¹⁰⁵ "De qualquer sorte, a existência de um direito sobre a própria pessoa não justificaria o suicídio, porque tratar-se-ia de verdadeiro abuso de um direito, e não de seu exercício... No dizer de Luiz da Cunha Gonçalves, "no suicídio [...] não se exerce um direito sobre o próprio corpo, mas sim um crime contra o próprio corpo, contra a sociedade e a moral". (CORTIANO JR. A teoria geral..., p.23).

¹⁰⁶ AMARAL, op.cit., p.249.

Contudo, a necessária adaptação que exigem os direitos da personalidade não impede de modo algum o seu enquadramento como direito subjetivo¹⁰⁷, vez que tal exegese melhor permite assegurar a proteção da pessoa humana, fundamento basilar de todo o ordenamento.

Neste sentido:

Em campo de proteção à pessoa humana mostra-se necessário revivescer a noção de direito subjetivo, fazendo-a voltar a reunir-se com a noção de liberdade. Este encontro de noções assegura ampla proteção à pessoa humana, já que a) garante os direitos da personalidade como categoria anterior e superior ao Estado, e portanto inatacável por este; b) assegura sua proteção no mais alto nível legislativo, a Constituição; c) permite entender a ordem jurídica como unitária, e assim aplicá-la; d) sustenta a proteção individualizada (tipificada) dos direitos da personalidade em compasso como o reconhecimento de um direito geral da personalidade.¹⁰⁸

Capelo de Souza¹⁰⁹, em exauriente estudo acerca dos Direitos da Personalidade, ao lecionar acerca da natureza jurídica dos direitos da personalidade, conclui de modo enfático:

Temos, pois, que o direito geral de personalidade é um insofismável direito subjectivo privado, face à sua integração nas precedentes noções, com critérios bem diversos. Acresce que o direito subjectivo geral de personalidade e os direitos subjectivos especiais da personalidade têm tutela civil mais reforçada do que a generalidade dos demais direitos subjectivos.¹¹⁰

¹⁰⁷ É interessante destacar ainda a posição de Maria Celina B. de Moraes, que, apoiada em P. Perlingieri, entende que os direitos da personalidade, além de serem direitos subjetivos, podem assumir diversas configurações e podem ser também: poder jurídico, direito potestativo, interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado (MORAES, M. C. B. de, op. cit., p.118.

¹⁰⁸ CORTIANO JR., Alguns apontamentos..., p.50.

¹⁰⁹ Também assevera que o direito geral da personalidade é pessoal absoluto e materialmente constitucional.

¹¹⁰ SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.614/615.

Santos Cifuentes, após afirmar categoricamente que entende que os direitos da personalidade são direitos subjetivos, justifica a sua postura:

Negar que las normas se ocupan de la vida, cuerpo, honor, libertad, y que se ocupan com prioridad, es no tener em cuenta uma parte esencial del ordenamiento jurídico. [...]. Ignorar las facultades del hombre sobre ellos, tan ligados a sua propia constitución y naturaleza, o decir que son jurídicamente irrelevantes, es aceptar un cúmulo de normas tiránicas, ajenas a lo más importante; es exponer em la mesa de las lucubraciones la posibilidad de la esclavitud; el home desarmado.¹¹¹

Por seu turno, a classificação do direito geral da personalidade como direito subjetivo traz também a antiga discussão sobre se este direito seria um direito inato do ser humano (corrente *jusnaturalista*¹¹²) ou só seria direito enquanto reconhecido pelo ordenamento jurídico (corrente positivista¹¹³).

Para a corrente *jusnaturalista* o direito geral da personalidade independe de qualquer reconhecimento do ordenamento jurídico, vez que, para ela, tais direitos acompanham o indivíduo desde o seu nascimento, dado que "os direitos da personalidade correspondem às facultades inerentes à condição humana"¹¹⁴.

¹¹¹ CIFUENTES, op. cit., p.151. Tradução livre: "Negar que as normas que se ocupam da vida, corpo, honra, liberdade e que se ocupam com prioridade é não ter em conta uma parte essencial do ordenamento jurídico. Ignorar as facultades dos homens sobre ele mesmo, tão ligadas a sua própria constituição e natureza, ou dizer que são juridicamente irrelevantes, é aceitar um acúmulo de normas tirânicas, alheias ao mais importante; é expor em uma mesa as elucubrações da possibilidade da escravidão; é o homem desarmado".

¹¹² "Direito natural é o conjunto de princípios essenciais e permanentes atribuídos à Natureza (na antiguidade greco-romana), a Deus (na idade média), ou à razão humana (na época moderna), que serviram de fundamento e legitimação ao direito positivo, o direito criado por uma vontade humana." (AMARAL, op. cit., p.42).

¹¹³ Positivista na explicação de Fábio Ulhoa Coelho é: "[...] tanto aquele que nega qualquer direito além da ordem jurídica posta pelo estado, em contra-posição às formulações jusnaturalistas e outras não formais, como o defensor da possibilidade de construção de um conhecimento científico acerca do conteúdo das normas jurídicas". (COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.18).

¹¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1. p.146.

Por outro giro, a corrente positivista¹¹⁵ entende que somente podem ser protegidos os direitos da personalidade se houver previsão legal neste sentido, vale dizer, serão direitos subjetivos tudo aquilo que o direito objetivo (positivo) disser que assim o é. O nome de maior destaque desta corrente é Adriano de Cupis, que assevera que a corrente *jusnaturalista* foi em verdade uma reação contra o poder opressor do Estado de polícia vigente antes da Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão "constituiu o triunfo da escola do direito natural, firmando a existência de direitos preexistentes ao Estado, não criados, mas somente reconhecidos por ele"¹¹⁶.

Inobstante isso, prossegue o mestre italiano em posicionamento doutrinário diametralmente oposto:

O ordenamento jurídico é, pois, árbitro na atribuição da personalidade. [...], os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo tanto como os outros direitos subjetivos, uma vez admitido que as idéias dominantes no meio social sejam revestidas de uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento. [...] E, na verdade, o ordenamento jurídico-positivo atribui hoje em dia aos indivíduos, pelos simples fato de possuírem personalidade, determinados direitos subjetivos, os quais, em tal sentido, podem verdadeiramente dizer-se inatos.¹¹⁷

Por outro ângulo, aqueles que defendem que o direito da personalidade é um direito inato do ser humano que, portanto, independe de qualquer positivação neste sentido para existir, fundam-se na valorização cada vez maior outorgada pelo ordenamento jurídico da dignidade da pessoa humana.

O homem pelo simples fato de ser pessoa é dotado de personalidade. Esta recebe proteção dos direitos da personalidade. É certo que necessita do direito positivo para assegurar a sua defesa em concreto. Isto, porém, não desqualifica a sua natureza. Seu fundamento encontra-se no Direito Natural. Sua sanção provém dos direitos da personalidade. Esse direito positivo necessita do elemento natural para proporcionar o aparecimento do bem em questão.¹¹⁸

¹¹⁵ "Por isso, os direitos da personalidade se vinculam ao direito positivo tal como os outros direitos subjetivos." (SZANIAWSKI, op. cit., p.81/82).

¹¹⁶ CUPIS, op. cit., p.25/26.

¹¹⁷ CUPIS, op. cit., p.20, 24, 26/27.

¹¹⁸ DIAS, op. cit., p.51.

Apesar dessa discussão entre a aparente antinomia insuperável entre direito natural e direito positivo, parece possuir razão Roberto Gonçalves quando afirma que "não se pode falar em contraposição entre ambos" e que "é realmente inegável a existência de leis anteriores e inspiradoras do direito positivo, as quais, mesmo não escritas, encontram-se na consciência dos povos"¹¹⁹.

Neste mesmo sentido são as sempre atuais lições do mestre Caio Mário:

Não se poderá, entretanto e em verdade, falar em contraposição ou antinomia, pois que, se um é a fonte de inspiração do outro, não exprimem idéias antagônicas, mas ao revés, tendem a uma convergência ideológica, ou, ao menos, devem procurá-la, o direito positivo amparando-se na sujeição ao direito natural para que a regra realize o ideal, e o direito natural inspirando o direito positivo para que este se aproxime da perfeição.¹²⁰

De fato, com o respeito devido ao posicionamento em contrário, a melhor exegese que deve prevalecer no direito contemporâneo é a de que o direito geral da personalidade é um direito inato à pessoa humana.¹²¹ Tal posicionamento vem ao encontro da colocação da dignidade da pessoa humana como o centro orientador do direito posto, como sendo o próprio fundamento de sua vigência.

Na atualidade não se pode conceber que o direito à vida, ao ser livre, por exemplo, dependa de expressa previsão normativa para encontrar proteção do direito.

¹¹⁹ GONÇALVES, op. cit., p.5.

¹²⁰ PEREIRA, op. cit., p.8/9.

¹²¹ Roberto Gonçalves adota posição intermediária, admitindo que certos direitos da personalidade são inatos e outros adquiridos sob a chancela do direito positivo, nos seguintes termos: "Os direitos da personalidade dividem-se em duas categorias: os *inatos*, como o direito à vida e à integridade física e moral, e os *adquiridos*, que decorrem do *status* individual e existem na extensão da disciplina que lhes foi conferida pelo direito positivo". (GONÇALVES, op. cit., p.155). Neste mesmo sentido Caio Mario Pereira: "Como já se viu, dentro da sistemática organizacional, os direitos da personalidade distribuem-se em duas categorias gerais: *adquiridos*, por um lado, e *inatos*, por outro lado. Os 'adquiridos' (como decorrência do *status* individual) existem nos termos e na extensão de como o direito os disciplina. Os 'inatos' (como o direito à vida, o direito à integridade física e moral), sobrepostos a qualquer condição legislativa". (PEREIRA, op. cit., p.242).

Por evidente que a vida, a liberdade e outros direitos chamados pelo próprio Cupis de 'essenciais', cuja inexistência acarretaria a própria inexistência da pessoa¹²², independem de qualquer preceito escrito para serem protegidos.

Com efeito, ao contrário do que ocorre com os direitos de cunho patrimonial, que dependem de regramento jurídico para serem protegidos, "isto não acontece com a proteção que deve ser dada à personalidade humana, que extrapola de qualquer previsão legal"¹²³.

Porém, independentemente da natureza específica do direito da personalidade, revela-se de fundamental importância o fato de que o indivíduo tenha a faculdade de exercitar, agir e atuar em relação aos seus bens jurídicos, sejam eles de cunho patrimonial ou não, de modo que melhor possa desenvolver-se como pessoa humana e alcançar uma existência digna e satisfatória.¹²⁴

1.6 TIPIFICAÇÃO E A CLÁUSULA GERAL

Todo ordenamento jurídico, em sua essência, protege a personalidade. Modernamente entende-se que, em função da preservação da dignidade da pessoa humana, deve-se conferir proteção plena à personalidade no sentido de se dar integral proteção ao ser.

Diante disso, com a inserção dos direitos da personalidade na categoria jurídica de direitos subjetivos, surgiram "formas" de se dar guarida a tais direitos, sendo que a primeira delas é a tipificação, que significa eleger alguns aspectos/emanações da personalidade humana e dar-lhe a proteção jurídica; ou seja, cria-se um tipo

¹²² CUPIS, op. cit., p.24.

¹²³ CORTIANO JR., Alguns apontamentos..., p.50.

¹²⁴ Após esta digressão, é forçoso concluir com o Professor Zulmar Fachin que: "Identificar a natureza jurídica dos direitos da personalidade é conviver neste campo de divergências. Alcançar unidade de orientações está tão longe quanto a possibilidade de consenso entre positivistas e jusnaturalistas. Os direitos da personalidade têm sido compreendidos como inatos, por uns, ou como criados pelo direito positivo, por outros. E a divergência persiste". (FACHIN, A. Z., op. cit., p.32).

legal que protegerá determinado aspecto da personalidade, sua emanção e seu prolongamento.

Na tipificação dos direitos da personalidade, "se fracionam e tipificam os direitos oriundos da personalidade humana em diversos direitos fechados, de acordo com as diversas manifestações ou atributos da personalidade do indivíduo"¹²⁵.

Em decorrência da tipificação surgiram várias classificações acerca do direito da personalidade, que variam em conformidade com o critério metodológico utilizado pelo cientista jurídico.

De modo apenas exemplificativo e ilustrativo, citam-se algumas das classificações correntes:

Adriano de Cupis realiza a seguinte classificação:¹²⁶

I - Direitos Privados:

1. direito à vida;
2. direito à integridade física;
3. direito à liberdade, dentre outros.

II - Direitos Públicos:

1. liberdades civis.

Limongi França, de modo mais extenso, classifica os direitos da personalidade da seguinte forma¹²⁷:

A) Direito à integridade física:

- a) direito à vida e aos alimentos;
- b) direito sobre o próprio corpo, vivo;
- c) direito sobre o corpo, morto;
- d) direito sobre o corpo alheio, vivo;
- e) direito sobre o corpo alheio, morto;
- f) direito sobre partes separadas do corpo, vivo;
- g) direito sobre partes separadas do corpo, morto.

B) Direito à integridade intelectual:

- a) direito à liberdade de pensamento;
- b) direito pessoal de autor científico;

¹²⁵ SZANIAWSKI, op. cit., p.87.

¹²⁶ CUPIS, op. cit., p.34.

¹²⁷ FRANÇA, op. cit., p.145/146.

- c) direito pessoal de autor artístico;
 - d) direito pessoal de inventor.
- C) Direito à integridade moral:
- a) direito à liberdade civil, política e religiosa;
 - b) direito à honra;
 - c) direito à honorificiência;
 - d) direito ao recato;
 - e) direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional;
 - f) direito à imagem;
 - g) direito à identidade pessoal, familiar e social.

Por seu turno, Orlando Gomes tem a classificação abaixo:¹²⁸

- I - Direito à integridade física:
- a) o direito à vida;
 - b) o direito sobre o próprio corpo¹²⁹;
 - c) o direito ao cadáver.
- II - Direito à integridade moral:
- a) o direito à honra;
 - b) o direito à liberdade;
 - c) o direito ao recato;
 - d) o direito à imagem;
 - e) o direito ao nome;
 - f) o direito moral do autor.

Já Carlos Alberto Bittar classifica da seguinte maneira:¹³⁰

- A) Direitos físicos:
- a) direito à vida;
 - b) direito à integridade física (higidez corpórea);
 - c) direito ao corpo;
 - d) direitos às partes do corpo (próprio e alheio);
 - e) direito ao cadáver e às partes;
 - f) direito à imagem (efígie);
 - g) direito à voz (emanação natural).
- B) Direitos psíquicos:
- a) direito à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto e outros);

¹²⁸ GOMES, op. cit., p.173/174.

¹²⁹ "O direito sobre o próprio corpo subdivide-se em direito sobre o corpo inteiro e direito sobre partes separadas, compreendendo os direitos de decisão individual sobre tratamento médico e cirúrgico, exame médico e perícia médica." (GOMES, op. cit., p.174).

¹³⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.63/64.

- b) direito à intimidade (estar só, privacidade, ou reserva);
- c) direito à integridade psíquica (incolumidade da mente);
- d) direito ao segredo (ou sigilo, inclusive profissional).

C) Direitos morais:

- a) direito à identidade (nome e outros sinais individualizadores);
- b) direito à honra (reputação, ou consideração social), compreendendo a externa, ou objetiva: boa fama ou prestígio, e a interna, ou subjetiva: sentimento individual do próprio valor social;
- c) direito ao respeito (conceito pessoal, compreendendo a dignidade: sentimento das próprias qualidades morais, e o decoro: a conceituação da própria respeitabilidade social);
- d) direito às criações intelectuais (produtos do intelecto, sob o aspecto pessoal do vínculo entre o autor e a obra, incluída a correspondência).

Por fim, San Tiago Dantas classifica os direitos da personalidade dividindo-os em quatro partes:¹³¹

- a) direito ao nome;
- b) direito à liberdade;
- c) direito à personalidade física;
- d) direito à integridade moral.

Diante das classificações citadas acima, pode-se perceber inúmeras diversificações e total falta de uniformidade doutrinária, transparecendo a insuficiência da tipificação para a tutela dos direitos da personalidade, vez que a tais direitos estão sempre se adicionando outros em conformidade com a evolução social e científica da sociedade.

Os mestres José Lamartine Corrêa e Francisco Muniz, após relatarem os exemplos de tipificação no intuito de se tutelar os direitos inerentes da personalidade na Alemanha e na Itália, que foram, no sentir dos autores, as primeiras a inserirem dispositivos legais para tal desiderato, concluem que "a experiência dessas duas Nações demonstra o caráter absolutamente insatisfatório de uma proteção fracionada, fragmentária, de direitos da personalidade, enumerados e tipificados", argumentando

¹³¹ DANTAS, op. cit., p.196/200.

que a técnica de tipificação, "que se pretende exaustiva, não exaure a realidade e camufla o sentido único de toda a problemática"¹³².

Inobstante a tipificação ser benéfica no sentido de dar uma segurança maior à proteção da personalidade, tal sistema é falho, haja vista que necessariamente alguns aspectos inerentes à personalidade não integrarão o rol protetivo. Prova disso é o atual Código Civil, que nos artigos de 11 a 21 tipificou diversos direitos da personalidade; evidentemente que não foi a intenção do legislador absorver e proteger todos os aspectos da personalidade humana em 10 (dez) artigos. Aliás, tal desiderato possivelmente não seria alcançado em qualquer codificação, pouco importando o número de preceitos nela contido tendo em vista que as evoluções sociais e tecnológicas não cessam de trazer inovações e fatos que podem ser capazes de ferir a personalidade humana, ensejando, de conseqüência, a pronta proteção do ordenamento jurídico.

O maior problema da adoção da técnica tipificadora exclusivamente é que:

O legislador caminha sempre com o passo trôpego. Avança com vagar. Mais lentamente que os fatos sociais, que evoluem vertiginosamente, reivindicando normas e providências. Surgem assim valores novos, que vão avante das leis, desprotegidos, a reclamar tutela.

A tarefa de renovação é ininterrupta. Assemelha-se ao trabalho penoso se Sísifo, no inferno, a rolar, montanha acima, enorme pedra que, uma vez chegada ao alto, tombava novamente no fundo do vale.¹³³

De fato, o grande avanço da ciência e tecnologia pelo qual passou a humanidade notadamente após a Segunda Guerra mundial, o qual proporcionou, em tese, maior conforto e qualidade de vida aos indivíduos, fazendo também com que surgissem novas necessidades de proteção aos direitos da personalidade, é uma demonstração

¹³² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, Ano 19, n.19, 1978-1979-1980. p.227.

¹³³ COSTA, Paulo José Júnior da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p.11.

de que a utilização da tipificação pura e simplesmente não consegue atingir o grau de proteção necessário à pessoa humana.

Diante disso, ao lado da tipificação, existe a 'forma' proteção dos direitos da personalidade por intermédio da 'cláusula geral'¹³⁴, que se constitui na técnica de legislar pela qual se inserem elementos axiológicos no preceito legal, cabendo à doutrina e à jurisprudência adequá-lo a determinada realidade fática, em conformidade com a situação vivida por aquela sociedade.

De fato:

O progresso econômico-social e científico poderá dar origem também, no futuro, a outras hipóteses, a serem tipificadas em norma. Na atualidade, devido aos avanços científicos e tecnológicos (Internet, clonagem, imagem virtual, monitoramento por satélite, acesso imediato a notícias e manipulação da imagem e voz por computador), a personalidade passa a sofrer novas ameaças que precisarão ser enfrentadas, com regulamentação da sua proteção. O direito de personalidade vai, pois, além das prerrogativas catalogadas na Constituição e na legislação ordinária.¹³⁵

Com a utilização da cláusula geral, inserem-se no preceito normativo "conceitos com termos que possuem significados intencionalmente abertos, os chamados 'conceitos jurídicos indeterminados'¹³⁶, cabendo "ao intérprete depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitradas pelo legislador"¹³⁷, tudo em conformidade com os cânones constitucionais.

¹³⁴ "Ao lado da técnica de legislar com normas regulamentares (ou seja, através de previsões específicas e circunstanciadas), coloca-se a técnica das cláusulas gerais. Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato." (PERLINGIERI, op. cit., p.27).

¹³⁵ GONÇALVES, op. cit., p.157.

¹³⁶ ALVES, Cristiane Avancini. Os direitos da personalidade e suas conexões intra, inter e extra-sistemáticas. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 53, n.330, p.40, 2005.

¹³⁷ TEPEDINO, Premissas metodológicas..., p.09.

Assim, as cláusulas gerais (*Generalklauseln*), na lição de Nery:

[...] são as normas orientadas sob a forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir [...] As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz. [...] Cabe ao juiz, no caso concreto, preencher o conteúdo da cláusula geral, dando-lhe a consequência que a situação concreta reclamar.¹³⁸

O Professor Gustavo Tepedino elenca como as principais características do Código Civil de 2002: a) a unificação do direito das obrigações e b) a adoção das cláusulas gerais, que, no seu sentir, constitui uma atualização em termos de técnica legislativa.¹³⁹

As cláusulas gerais são, portanto, "como as janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do Direito, caso a caso"¹⁴⁰.

Diante dessa indeterminação, da falta de conceituação inequívoca utilizada pela adoção das cláusulas gerais e considerando o sentido uniformizador da Constituição, cumpre que o "intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública. Desta forma, dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais"¹⁴¹.

¹³⁸ NERY JR; NERY, op. cit., p.158.

¹³⁹ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: _____ (Coord.). **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.06.

¹⁴⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 3.ed. São Paulo: Método, 2007. v.1. p.98

¹⁴¹ TEPEDINO, Crise de fontes..., p.08/09.

Como exemplos de cláusulas gerais previstas em nosso ordenamento citam-se a 'boa-fé objetiva' prevista nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil¹⁴²; a 'função social do contrato', regra contida no artigo 421¹⁴³ do Código Civil; e os artigos 12 e 21 do mesmo *codex*¹⁴⁴; bem como a dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1.º, III da Constituição Federal¹⁴⁵, dentre outras¹⁴⁶.

O Conselho da Justiça Federal do Egrégio Superior Tribunal de Justiça exarou o Enunciado 274 na IV Jornada de Direito Civil, por intermédio do qual entende que a proteção não-exaustiva dada pelo Código Civil aos direitos da personalidade representa uma forma de emanção da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos:

Enunciado 274: "Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação".

¹⁴² Art. 113/CC: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187/CC: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422/CC: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

¹⁴³ Art. 421/CC: A liberdade de contratar será exercida em razão dos limites da função social do contrato.

¹⁴⁴ Art. 12/CC: Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

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

¹⁴⁵ "Art. 1.º/CF: 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 fundamento:

...

III - a dignidade da pessoa humana."

¹⁴⁶ Como por exemplo: A Função Social da Propriedade (art. 5.º, XXIII da CF e 1228, § 1.º do CC); além das disposições dos artigos 623 'indenização razoável', 868 'operações arriscadas', 927, parágrafo único 'quando a atividade implicar risco para os direitos de outrem' etc.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana constitui a *cláusula geral* de tutela dos direitos da personalidade, razão pela qual qualquer ofensa à personalidade humana pode ser rechaçada com fulcro no referido dispositivo constitucional, independentemente de tipificação expressa no regramento infraconstitucional.

Isto porque:

Os princípios constitucionais, principalmente a partir do fenômeno da constitucionalização do direito privado e da superação da dicotomia do direito, dividindo-o em direito público e privado, constituem-se em legítimos preceitos para a realização da vida social, possuindo um relevante significado para as relações entre os particulares. Identicamente, possuem as normas constitucionais, para um autêntico e social Estado de direito, efeitos imediatos no âmbito privado, nas relações jurídicas entre os indivíduos que são imprescindíveis para uma sociedade livre. Deste modo, funciona e atua o princípio da dignidade da pessoa como uma cláusula geral de tutela da personalidade do ser humano, tutelando-a em todas as suas dimensões.¹⁴⁷

Neste mesmo sentido:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental da erradicação da pobreza e da marginalização, e da redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5.º, no sentido da não exclusão de quais direitos e garantias mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento.¹⁴⁸

Não existe ato, negócio ou relação jurídica que possa vir a contrariar ou ferir impunemente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que em última análise constitui o objetivo e fundamento de toda a ordem jurídica. Razão pela qual, eventual ofensa à personalidade humana, seja de que origem e/ou espécie, poderá ser repelida por meio da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, independentemente de qualquer outra tipificação legislativa.

¹⁴⁷ SZANIAWSKI, op. cit., p.143.

¹⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____ (Coord.). **Temas de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.48.

A proteção plena, integral e efetiva da personalidade se deve também ao fato de que é dignidade da pessoa humana o princípio conformador e a tábua axiológica de todo o ordenamento jurídico. Este fenômeno recebeu a tratativa de 're-personalização do direito', que alterou o foco do patrimônio para centrar-se na pessoa humana; "por isso, após a Constituição Federal de 1988, não há campo jurídico onde não atue a dignidade do ser humano como princípio vinculante de todos os tipos de relações"¹⁴⁹.

A Constituição Federal, ao lado do Princípio da Dignidade Humana, assegurou também a garantia extensível aos demais direitos e garantias além daqueles expressos no texto constitucional por intermédio do § 2.º do Art. 5.º.¹⁵⁰

A cláusula geral tem natureza jurídica de norma jurídica, fonte, portanto, de direitos e obrigações, sendo norma de ordem pública tem a sua aplicação vinculada e aplicável *ex officio*.¹⁵¹

Diante disso, como alcançar então a plena e efetiva tutela integral da pessoa humana? Qual a melhor forma de se conceder proteção efetiva ao ser integral: a proteção tipificada ou por intermédio da cláusula geral?

Da análise alhures realizada, conclui-se que a melhor maneira de se dar efetiva tutela, de forma integral e plena à pessoa humana em sua plenitude, é a conjugação da 'tipificação' e da 'cláusula geral', que de forma alguma são excludentes, mas, ao contrário, complementares.

De fato, a tipificação confere maior segurança ao intérprete que por intermédio de conceitos solidificados no texto legal permite uma interpretação mais clara acerca do bem juridicamente protegido (emanações da personalidade, como por exemplo a

¹⁴⁹ BORGES, op. cit., p.84.

¹⁵⁰ Art. 5.º, § 2.º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁵¹ NERY JR.; NERY, op. cit., p.158.

proteção casuística do direito ao nome prevista no art. 16 do Código Civil)¹⁵², viabilizando a proteção de forma mais simples e expedita.

Contudo, mesmo que não se tenha tal proteção tipificada, deve o lesado lançar mão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1.º, III/CF) para proteger eventual lesão aos diversos prolongamentos da sua personalidade.

Na lição de José Lamartine Corrêa e Francisco Muniz:

[...] isso significa que só através do entendimento da ordem jurídica como um todo, que tem por base uma hierarquia de valores, dentro da qual ocupa lugar primacial a noção de que o ser humano é pessoa, dotada de inalienável e inviolável dignidade, é possível dar à noção de direitos da personalidade toda a sua real amplitude.¹⁵³

No exemplo utilizado supra, mesmo se não existisse, como no atual *codex* civil, a proteção ampla dada ao nome, este atributo da personalidade, por ser um dos principais elementos de identificação e individualização do sujeito em sociedade¹⁵⁴, já gozava de proteção pelo ordenamento jurídico quando houvesse qualquer lesão ou ameaça neste sentido, com fundamento na cláusula geral de tutela da personalidade.

Neste viés, questão para a qual se chama a atenção nos dias atuais é a alteração do nome do transexual que se submete a intervenção cirúrgica para a mudança de seu sexo biológico.

No âmbito da regulamentação do profissional médico, existe autorização para a realização da referida operação (alteração de sexo) por intermédio da

¹⁵² Art. 16/CC: Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Também os artigos 17, 18 e 19 protegem o nome no Código Civil de 2002.

¹⁵³ OLIVEIRA, op. cit., p.228.

¹⁵⁴ Nome, "em sentido amplo significa a *denominação* ou a *designação* que é dada a *cada coisa* ou *pessoa*, para que por ela seja *conhecida* e *reconhecida*. [...] Na verdade, o nome constitui, em qualquer sentido, seja a respeito de coisas ou de pessoas, um dos principais elementos de *individualização*, indispensável para que sejam *identificadas*. [...] NOME CIVIL. No sentido legal, assim se entende o *conjunto de palavras*, adotado para designar uma pessoa. E, desse modo, distingui-la de qualquer outra. É o sinal de identidade, instituído pela sociedade no interesse comum, a ser adotado obrigatoriamente pela pessoa". (SILVA, op. cit., p.954/955).

Resolução n.º 1.482/1997, alterada pela Resolução n.º 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina, que reconhece e normatiza este tipo de intervenção cirúrgica, desde que atendidos os requisitos que estabelece. Contudo, o direito positivo não normatiza a retificação do registro civil da pessoa que se submete a tal procedimento médico-cirúrgico.

Haveria então, no caso do transexual, o direito a alteração de seus apontamentos constantes nos registros públicos?

Muito embora não seja a intenção deste trabalho a incursão em minúcias acerca do polêmico tema, tem-se que a resposta que se impõe seja a positiva justamente com fundamento no princípio fundamental que norteia todo o regramento jurídico que lhe é inferior, que, como já dito, é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1.º, III/CF).

É forçoso concluir que não se coaduna com o princípio que permite a vida e a realização plena da pessoa que ela seja obrigada a viver sob constante humilhação ao se identificar com o nome masculino, tendo aparência física e atitudes psíquicas femininas. Não é razoável o ordenamento exigir tal sacrifício do ser humano.¹⁵⁵

Com efeito, o transexual, para lograr êxito em seu pleito, no atual momento em que se encontra a sociedade e o regramento jurídico, deve lançar mão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como 'cláusula geral de tutela da pessoa humana'.

Não obstante o entendimento supra, o Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça exarou o Enunciado n.º 276 na IV Jornada de Direito Civil, por meio do qual entende, em interpretação de vanguarda, que o ordenamento jurídico infraconstitucional já autoriza, por intermédio do art. 13 do Código Civil, a retificação dos registros civis daquele que se submete a cirurgia de alteração de sexo, nos seguintes termos:

¹⁵⁵ Não se está aqui a defender ou não outros direitos reivindicados pelos homossexuais tais como ao casamento, adoção etc., mas apenas e tão-somente defendendo a possibilidade do transexual efetivar a retificação de seu registro civil quando não mais possui qualquer identidade com o sexo e o nome com que foi registrado.

Enunciado 276: "O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil."

Outrossim, exemplo de aplicação concreta da cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade (dignidade da pessoa humana) foi o julgamento realizado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível n.º 98.001.14922¹⁵⁶, por intermédio da qual se discutia entre a preponderância de dois valores consagradores do regime democrático, a liberdade de imprensa (art. 220 da Constituição Federal) e o direito da honra (art. 5.º), sendo que este sobressaiu em relação à liberdade de imprensa. O caso analisado¹⁵⁷ refere-se a entrevista jornalística realizada pela Revista *Playboy* com Carlos Heitor Cony, que teria ofendido a honra e a reputação da *socialite* Carmen Therezinha Solbiati Mayrink Veiga¹⁵⁸. Preponderou no julgamento a dignidade da pessoa humana em detrimento da pura e simples liberdade de imprensa, com a seguinte ementa:

Responsabilidade civil. Dano moral. Expressões veiculadas em entrevista publicada em revista de grande circulação nacional. Demanda posta em face do editor.

¹⁵⁶ Acórdão encontrável no sítio eletrônico do Relator, o Juiz Convocado Nagib Slaibi Filho: Disponível em: <http://www.nagib.net/sentencas_direito_civil_texto.asp?id=135&tipo=38>. Acesso em: 26 ago. 2007.

¹⁵⁷ Este mesmo julgamento foi eleito como exemplo para análise de danos morais e comentado por Maria Celina Bodin de Moraes às fls. 312/318 de seu livro *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais* (op. cit.).

¹⁵⁸ As expressões tidas como ofensivas à honra e reputação da Apelante, conforme transcrição contida no acórdão, foram:

- "-... estive na casa dela. É uma tristeza, um luxo de um mau gosto desgraçado...
- ... uma perua...
- ... mostrou os álbuns de fotografia, e todos os amigos estão na cadeia...
- ... o mundo de Carmen Mayrink Veiga é terrível!...
- ... está enorme, monstruosa de feia...
- ... mas, na hora da fotografia, bota aquele sorriso e ainda é uma perua...
- ... arrivista social, alpinista social – tudo o que você quiser você joga em cima dela..."

1. Fundando-se o pedido de indenização por dano moral no Direito Comum e não na chamada Lei de Imprensa (Lei federal 5.250/67), cabível o posicionamento no pólo passivo do órgão de comunicação social que veiculou a informação injuriosa.
2. A imprensa, por sua indiscutível importância no regime democrático, garante-se pela liberdade de expressão, mas tal objetividade jurídica, também assegurada pela Constituição da República, cede ao valor da preservação da dignidade humana, que se consubstancia no direito fundamental à honra, nos seus aspectos subjetivo e objetivo. Aplicação do princípio da proporcionalidade para solver o aparente conflito entre valores constitucionalmente protegidos.
3. É indenizável o dano moral decorrente de injúria veiculada pela imprensa.¹⁵⁹

No corpo do V. acórdão extraem-se as seguintes passagens:

Impossível dissociar a pessoa humana de seus papéis na sociedade quando a ela se faz referência a qualidades negativas que não se resumem ao seu mundo profissional, mas a sua personalidade.[...]

No conflito entre os valores constitucionais de proteção ao direito de informação da imprensa e ao direito à honra, alternativa não resta senão a este dar maior relevância, posto que a Constituição da República erige o valor da dignidade humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1.º). [...]

A ordem jurídica protege a honra não como concessão que o Direito faz à pessoa, mas como reconhecimento da individualidade do ser humano, sujeito do universo e da História.

Da análise do julgamento supratranscrito, constata-se em toda a sua extensão a referência e ao final a preponderância da dignidade da pessoa humana sob qualquer outro valor eleito pela sociedade.

Assim, por evidente que a tipificação realizada pelo legislador infraconstitucional deixa mais clara a proteção jurídica. No entanto, esta tipificação não é indispensável para a proteção de qualquer atributo do ser humano, que pode lançar mão do princípio da dignidade da pessoa humana para a defesa de seus direitos da personalidade em toda a sua plenitude.

¹⁵⁹ BRASIL. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 98.001.14922. Rel. Juiz Convocado Nagib Slaibi Filho. Apelante: Carmen Therezinha Solbiati Mayrink Veiga. Apelado: Editora Abril. Julgamento ocorrido em: 06.03.1999. Disponível em: <http://www.nagib.net/sentencas_direito_civil_texto.asp?id=135&tipo=38>. Acesso em: 26 ago. 2007.

No mesmo sentido da tese que ora se defende, ou seja, da necessidade de se conjugar a tipificação, que proporciona maior segurança, com a cláusula geral, que confere plenitude na defesa dos direitos da personalidade, é a lição de Eroulths Cortiano Júnior:

A tipificação dos direitos da personalidade deve ser entendida e operacionalizada em conjunto com a proteção de um direito geral da personalidade (um e outro se completam). Onde não houver previsão tipificada, o operador do direito leva em consideração a proteção genérica.¹⁶⁰

E ainda:

A cláusula geral visa proteger a pessoa em suas múltiplas características, naquilo "que lhe é próprio", aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada. Assim, cumpre reconhecer que, evidentemente, também se abrigam sob o seu manto os demais direitos que se relacionam com a personalidade, alguns deles descritos pelo próprio legislador constituinte no artigo 5.º da Constituição Federal.¹⁶¹

Portanto, diante do exposto acima, levando-se em conta a necessidade de se outorgar à pessoa humana, na sua plenitude, efetiva proteção do ordenamento jurídico, sob o viés de uma hermenêutica constitucional consubstanciada na repersonalização do direito que não mais está fulcrado no ser proprietário, mas no ser integral, conclui-se que tal desiderato será melhor alcançado utilizando-se das técnicas da 'tipificação' e 'cláusula geral' de forma conjugada.

1.7 CARACTERÍSTICAS

Também em termos de características dos direitos da personalidade não há unanimidade doutrinária, vez que cada jurista elenca determinadas características que no seu sentir representam e dão os contornos de tais direitos.

¹⁶⁰ CORTIANO JR., Alguns apontamentos..., p.47.

¹⁶¹ MORAES, M. C. B. de, op. cit., p.128.

Assim, por exemplo, San Tiago Dantas elege como sendo característica dos direitos da personalidade: o caráter absoluto e inestimável, a inalienabilidade, a imprescritibilidade.¹⁶²

Por seu turno, o Professor Eroulths Cortiano elege como sendo características do direito da personalidade: a generalidade (que engloba a vitalidade e necessidade); a extrapatrimonialidade; o absolutismo e a indisponibilidade (que engloba a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade).¹⁶³

Destaca-se ainda a longa lista de características eleitas por Roxana Borges, que afirma que os direitos da personalidade são: extrapatrimoniais, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, inatos, absolutos, necessários, vitalícios.¹⁶⁴

Já Capelo de Souza elenca como característica dos direitos da personalidade a oponibilidade *erga omnes*, a intransmissibilidade, a indisponibilidade com limitações, a perenidade e imprescritibilidade, a extrapatrimonialidade e o caráter originário ou inderrogável.¹⁶⁵

Por outro giro, Santos Cifuentes elege como características dos '*derechos personalísimos*': a) inatos ('*derechos innatos*'); b) vitalidade ('*vitalicios*'); c) necessários ('*necesarios*'); d) essenciais ('*esenciales*'); e) direito interno da pessoa ('*el objeto es interior*'); f) inerentes ('*inherentes*'); g) extrapatrimoniais ('*extrapatrimoniales*'); h) indisponíveis relativamente ('*relativamente indisponibles*'); i) absolutos ('*absolutos*'); j) privados ('*privados*'); k) autônomos ('*autónomos*').¹⁶⁶

¹⁶² DANTAS, op. cit., p.194/195.

¹⁶³ CORTIANO JR., A teoria..., p.26/31.

¹⁶⁴ BORGES, op. cit., p.32/35.

¹⁶⁵ SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.401/419.

¹⁶⁶ CIFUENTES, op. cit., p.175/192.

Roberto Gonçalves assevera que os direitos da personalidade são, além de intransmissíveis e irrenunciáveis, conforme a dicção do art. 11 do Código Civil de 2002, também absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios.¹⁶⁷

Por fim, pela relevância da obra cabe citar ainda a lição de Adriano de Cupis, que elenca a intransmissibilidade, a indisponibilidade, a irrenunciabilidade, a impenhorabilidade e a imprescritibilidade como sendo as características dos direitos da personalidade.¹⁶⁸

Como visto, várias são as características elencadas pelos mais renomados cientistas jurídicos, porém algumas possuem apenas variação nominal, tendo o mesmo conteúdo. Diante disso, optou-se, para efeitos conceituais, pelas seguintes características que aparecem com maior frequência entre os autores citados: extrapatrimonialidade, inalienabilidade/indisponibilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, caráter absoluto e vitalicidade.

Extrapatrimonialidade. Os direitos da personalidade são extrapatrimoniais, vez que não são suscetíveis de avaliação econômica, pecuniária, não possuindo equivalência em valores monetários. Os direitos da personalidade estão ligados mais diretamente "à categoria do ser e não do ter da pessoa"¹⁶⁹.

Por evidente que alguns atributos da personalidade podem vir a adquirir reflexos patrimoniais, como, por exemplo, a voz, a imagem, o corpo. Contudo, não é tal reflexo que predomina, mas sim os interesses inerentes da própria pessoa, vale dizer: antes do reflexo patrimonial que pode surgir da imagem da pessoa (no exemplo dado) prepondera o direito dessa própria imagem que é um interesse de "ordem

¹⁶⁷ GONÇALVES, op. cit., p.156/158.

¹⁶⁸ CUPIS, op. cit., p.51/68.

¹⁶⁹ SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.415.

moral"¹⁷⁰, ou, como ensina Caio Mario: "Não há, entretanto, confundi-los com os efeitos patrimoniais que dele emanem, os quais podem, até onde não ofendam os direitos em si mesmos, ser objeto de renúncia, transação, transferência ou limitações"¹⁷¹.

Tal característica, por evidente, não exclui a possibilidade de se efetivar a compensação monetária por eventual lesão aos direitos não patrimoniais.

Neste sentido:

É que eventual utilidade – econômica – determinante do caráter de patrimonialidade de um direito dos direitos da personalidade vai decorrer **indiretamente** do objeto – o ser físico e moral da pessoa – destes mesmos. A vida, a integridade física e psíquica permite ao indivíduo adquirir outros bens e direitos que, estes sim, terão conteúdo econômico (assim o direito de exploração do nome, o direito de ser indenizado em caso de ofensa física etc.).¹⁷²

"Em outras palavras, existem aspectos patrimoniais dos direitos da personalidade que podem ser destacados e transmitidos, desde que de forma limitada."¹⁷³

Há, portanto, uma pequena parcela dos direitos da personalidade que podem ser 'destacados' da pessoa e gozarem de certa 'disposição patrimonial' desde que não afronte, em nenhuma hipótese, a dignidade da pessoa humana.

Inalienabilidade/Indisponibilidade/Intransmissibilidade.¹⁷⁴ Os direitos da personalidade são inalienáveis, não podendo ser vendidos, doados ou de qualquer

¹⁷⁰ CORTIANO JR., A teoria..., p.28.

¹⁷¹ PEREIRA, op. cit., p.242.

¹⁷² CORTIANO JR., A teoria..., p.28.

¹⁷³ TARTUCE, Direito civil..., p.166.

¹⁷⁴ Optou-se por tratar sobre a mesma rubrica o que alguns autores consideram ser características diferentes vez que, para fins deste estudo, entende-se que não há diferenciação ontológica entre a inalienabilidade (intransmissibilidade) e indisponibilidade. Como assevera Cupis: "A relação existente entre a transmissibilidade e a disponibilidade compreende-se com facilidade, desde que uma das causas de mudança do sujeito dos direitos é precisamente a vontade do seu titular, a qual reveste relevância jurídica por virtude da existência da referida faculdade de disposição". (CUPIS, op. cit., p.56). Ou ainda como afirma Nery: "Está compreendida na irrenunciabilidade dos direitos de personalidade, a *indisponibilidade*, pois seu titular deles não pode dispor livremente". (NERY JR.; NERY, op. cit., p.173).

modo passados a terceiros, mesmo que em decorrência da morte de seu titular¹⁷⁵; "são insusceptíveis de serem transmitidos deste para outro sujeito jurídico"¹⁷⁶, tendo em conta que são inerentes à pessoa humana e necessários ao seu pleno desenvolvimento, vale dizer: "nem por vontade própria do indivíduo o direito [da personalidade] pode mudar de titular"¹⁷⁷.

De fato, nos direitos da personalidade a intransmissibilidade reside na natureza do objeto, o qual, como já dissemos, se identifica com os bens mais elevados da pessoa, situados, quanto a ela, em um nexos que pode dizer-se de natureza orgânica. Por força deste nexos orgânico, o objeto é inseparável do originário sujeito: a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, a honra [sic], e outros de Tício, não podem vir a ser bens de Caio, por virtude de uma impossibilidade que se radica na natureza das coisas. Nem o ordenamento jurídico pode consentir que o indivíduo se despoje daqueles direitos que, por corresponderem aos bens mais elevados, têm caráter de essencialidade.¹⁷⁸

"Não pode alienar-se a favor de outrem a personalidade humana, não pode vender-se a vida, a liberdade de pensamento ou a honra, não pode dar-se de penhor o corpo"¹⁷⁹, "mas pode-se alienar a matéria sobre a qual incide o direito da personalidade".¹⁸⁰ Pode-se alienar, por exemplo, a utilização da voz gravada, mas não se pode alienar a voz, pode-se alienar a exploração da imagem de determinada pessoa, mas não se pode alienar a própria imagem; não se pode dizer, portanto, que determinada imagem ou voz não mais pertence àquela pessoa; ninguém poderá dizer que comprou a voz de Roberto Carlos ou a imagem da *miss* Universo. Qualquer ato jurídico que

¹⁷⁵ "A terceira característica é a inalienabilidade. Os direitos subjetivos transmitem-se por ato entre vivos, como nas alienações *mortis-causa*, nas sucessões, mas os direitos da personalidade, esses de nenhum modo se transmitem." (DANTAS, op. cit., p.195).

¹⁷⁶ SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.402.

¹⁷⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p.154.

¹⁷⁸ CUPIS, op. cit., p.55.

¹⁷⁹ SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.403.

¹⁸⁰ CORTIANO JR., A teoria..., p.29.

previsse tal disposição seria nulo de pleno direito, vez que tais direitos são inerentes aos seus titulares.

A disponibilidade parcial e transitória da matéria sobre a qual incidem os direitos da personalidade¹⁸¹ foi consagrada pelo Egrégio Conselho da Justiça Federal, por intermédio dos Enunciados 4 e 139 da primeira e terceira jornadas de Direito Civil, respectivamente nos seguintes termos:

I Jornada STJ. Enunciado 4: "Art. 11 - O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral".

III Jornada STJ. Enunciado 139: "Art. 11 - Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes".

Neste aspecto, o contrato do jogador de futebol Ronaldinho, "o fenômeno", se efetivamente contiver a cláusula que concede à Nike o direito vitalício da utilização de sua imagem como especula a imprensa mundial, acaso tivesse sido firmado no Brasil, neste particular aspecto seria declarado nulo, vez que a emanação de certos direitos da personalidade somente pode ser cedida, ou sofrer limitação, de forma transitória, nunca perpétua.

Outrossim, como assevera Capelo de Souza, mesmo quando autorizada pelo titular a utilização da matéria sobre a qual recaem os direitos da personalidade, estas autorizações são "sempre revogáveis, discricionárias e unilateralmente", obrigando-se, no entanto, ao pagamento dos "prejuízos causados às *legítimas expectativas* da outra parte"¹⁸².

A regra da intransmissibilidade foi consagrada no Código Civil vigente, que em seu art. 11 prescreve:

¹⁸¹ Nos termos do Enunciado, o que neste trabalho chama-se alienação da matéria sobre a qual incidem os direitos da personalidade, a Corte Especial denominou de limitação.

¹⁸² SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.409.

Art. 11/CC: Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Irrenunciabilidade. O titular do direito da personalidade, da mesma forma que não pode transmitir o direito da personalidade, não pode vir a ele renunciar. "A irrenunciabilidade se explica pela inerência dos direitos da personalidade ao seu titular: se este não pode dispor de tais direitos, não pode renunciar a eles, já que a renúncia é uma forma de disposição."¹⁸³

"Assim, e em conclusão: a ausência da faculdade de disposição, relativamente aos direitos da personalidade, integra-se pela falta da faculdade de renúncia."¹⁸⁴

Impenhorabilidade. Tendo em conta o seu carácter extrapatrimonial e de vedação de alienação, também os direitos da personalidade não podem ser penhorados para servirem de garantia do cumprimento de determinada obrigação; dito de outro modo, assim como o titular dos direitos da personalidade não pode deles dispor, também não pode o Estado impor a 'disposição' forçada por intermédio da constrição judicial.

Não se impede, porém, de se penhorar a utilização da matéria do direito da personalidade, como, por exemplo, a penhora sobre os direitos da utilização da imagem de determinada pessoa, tal qual se permite a utilização dessa imagem de modo consentido pelo seu titular.

Imprescritibilidade. A não utilização de determinado direito da personalidade humana não acarreta a perda desse direito como acontece com a grande maioria dos direitos patrimoniais. São imprescritíveis "no sentido de que não há prazo para o seu exercício"¹⁸⁵.

Todas as vezes em que um direito subjetivo sofre uma lesão por parte daqueles que têm um dever correspondente, forma-se a necessidade de uma reparação, de uma reintegração que deve ser procurada pelo próprio titular do direito subjetivo e já se sabe que a faculdade de pedir tal reintegração é, talvez, em última análise, a própria essência do direito subjetivo. Se, porém, o titular do

¹⁸³ CORTIANO JR., A teoria..., p.30.

¹⁸⁴ CUPIS, op. cit., p.60.

¹⁸⁵ AMARAL, op. cit., p.250.

direito subjetivo deixa que passe muito tempo sem reclamar, a lesão jurídica convalesce ou, em outras palavras, prescreve, não sendo mais possível reclamar. Os direitos da personalidade têm esta característica singular: é que a lesão que alguém lhes faça jamais convalesce; o direito de reclamar não mais prescreve. Sempre será possível reclamar-se a reintegração do direito, uma vez que a lesão continua, bastando para isso que perdure o estado lesivo.¹⁸⁶

Muito embora ainda se discuta a respeito se existe prazo prescricional para se exigir a reparação monetária de determinada ofensa aos direitos da personalidade, tem-se que a melhor exegese é a de que o direito patrimonial de ser indenizado ou compensado pela ofensa prescreve em conformidade com os prazos estipulados pelo Código Civil, não prescrevendo, porém, a possibilidade de se fazer cessar a lesão a qualquer tempo.^{187, 188}

Caráter absoluto. Os direitos da personalidade são absolutos, vez que podem ser exigidos contra toda a coletividade, são eficazes contra toda a sociedade, não existindo um sujeito específico contra o qual se pode exigir o respeito a tal

¹⁸⁶ DANTAS, op. cit., p.195.

¹⁸⁷ Esta foi a corrente adotada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em julgamento do Recurso de Apelação interposto pelo Estado do Paraná de minha lavra, enquanto Procurador do Estado, em processo que o Apelado, cabo do Corpo de Bombeiros, pedia indenização por danos morais por ter sofrido lesão a sua integridade física quando laborava para o ente público, vindo a sofrer acidente que lhe causou paraplegia.

O referido Tribunal acolheu a preliminar de apelação, no sentido de reconhecer a prescrição no caso vertente "[...] pois ao contrário do contido no *decisium* [sentença] aplica-se a prescrição quinquenal, a qual atingiu o direito de fundo". Vale dizer: acertadamente o TJ/PR reconheceu que o Autor não poderia ser compensado monetariamente pela lesão de sua integridade psicofísica tendo em vista a sua inércia pelo período superior a 05 (cinco) previsto no art. 1.º do Decreto-lei n.º 20.910/1932, que regula o prazo de propositura de medida jurisdicional em geral contra pessoas jurídicas de direito público. (BRASIL. PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n.º 319868-7. Rel. Desembargador Luiz Mateus de Lima. Apelante: Estado do Paraná. Apelado: Claudemir Marcondes do Amaral. Julgamento ocorrido em: 23.05.2006. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/ListaDadosProcesso.asp?Codigo=706588>>. Acesso em: 31 ago. 2007).

¹⁸⁸ Em sentido contrário ao ora defendido, vide: TARTUCE, Direito civil..., p.169/172.

direito, por isso são direitos oponíveis *erga omnes*¹⁸⁹, "irradiando efeitos em todos os campos e impondo à coletividade o dever de respeitá-los"¹⁹⁰.

Vitalicidade. São vitalícios haja vista que acompanham o seu titular por toda a sua existência, extinguindo-se com a sua morte. "Por isso, são vitalícios. Mesmo após a morte, todavia, alguns desses direitos são resguardados, como o respeito ao morto, à sua honra ou memória e ao seu direito moral de autor, por exemplo."¹⁹¹

O Código Civil vigente outorgou ao cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau, legitimação para pleitear o respeito dos direitos da personalidade de titular já falecido, ou sua indenização em respectiva para o caso de lesão (art. 12, parágrafo único).

O art. 20, parágrafo único, outorgou esta legitimação ao cônjuge, ascendentes ou descendentes quando o bem jurídico a ser protegido for a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem.¹⁹²

Como se vê, a extensa lista de características dos direitos da personalidade, como acima se narrou, o Código Civil de 2002 limitou-se a enumerá-los como sendo intransmissíveis e irrenunciáveis¹⁹³, deixando antever a sua insuficiente regulação,

¹⁸⁹ Admite-se, "porém, direitos da personalidade relativos, como os direitos subjetivos públicos, que permitem exigir do Estado uma determinada prestação, como ocorre, exemplificativamente, com o direito à saúde, ao trabalho, à educação e à cultura, à segurança e ao ambiente". (AMARAL, op. cit., p.250).

¹⁹⁰ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p.152.

¹⁹¹ GONÇALVES, op. cit., p.158.

¹⁹² Acerca da interpretação dos dispositivos legais citados, o Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, exarou o Enunciado 5 nos seguintes termos:
"Arts. 11 e 20 – 1) as disposições do CC 12 têm caráter geral e aplicando-se inclusive às situações previstas no CC 20, excepcionando os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do CC 20 têm a finalidade específica de reger a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no CC 12."

¹⁹³ "Art. 11: Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária."

que trará reflexo específico no regramento dado ao direito à imagem (art. 20 do Código Civil).

1.8 REFERENCIAL LEGISLATIVO

Os direitos das personalidades gozaram inicialmente de proteção jurídica positiva limitada a punição na esfera penal daqueles que lesassem outrem, evoluindo para impedir o abuso cometido pelos Estados Absolutistas, surgindo o que se convencionou chamar de direitos fundamentais, que na atualidade confundem-se com os direitos da personalidade, vez que não tem mais lugar a rígida divisão entre o direito público e privado como outrora.

O direito positivo brasileiro acompanhou esta tendência, com a proteção dos direitos da personalidade limitada inicialmente à esfera penal.

Há que se reiterar que todo o ordenamento jurídico, de maneira direta ou indireta, existe como sustentáculo para que o ser humano atinja a sua potencialidade, vez que, como leciona Eroulths Cortiano Junior, "a última *ratio* do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si"¹⁹⁴.

Assim, todo o regramento jurídico vigente tem como fundamento e sustentação da pessoa humana a defesa de sua dignidade. No presente tópico serão trazidas as referências legislativas que mais de perto interessam ao trabalho desenvolvido.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 previu diversos direitos da personalidade desde o seu preâmbulo quando prescreve que "o Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos".

A mais ampla positivação dos direitos da personalidade ocorreu com o estabelecimento da cláusula geral consistente na eleição da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1.º, III/CF).

¹⁹⁴ CORTIANO JR., Alguns apontamentos..., p.32.

Por seu turno, o art. 5.º da Constituição Federal tipificou a proteção de diversos direitos da personalidade, tais como: igualdade (art. 5.º *caput* e inciso I), indenização por qualquer dano moral ou a imagem, intimidade, honra (art. 5.º, V e X)¹⁹⁵, sigilo das comunicações e bancário (espécies de intimidades – art. 5.º, XII), liberdade de pensamento, de consciência, de crença, de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, de trabalho, ofício ou profissão, de locomoção¹⁹⁶, de reunião, de associação, de informação de seus dados¹⁹⁷ (art. 5.º, IV, VI, IX, XIII, XV, XVI, XVII, XXXIII), direito do autor (art. 5.º, XXVII), integridade física, inclusive dos presidiários (art. 5.º, XLIX).

Além dessa tipificação extensa, garantiu ainda o Constituinte originário, por intermédio do § 2.º do art. 5.º, que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Os direitos da personalidade são ainda *cláusulas pétreas*¹⁹⁸ consagradas pelo art. 60, § 4.º, IV da Constituição Federal.¹⁹⁹

Procurando seguir a tendência moderna de se outorgar maior e mais efetiva proteção à pessoa, o Código Civil promulgado por intermédio da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, trouxe ao ordenamento jurídico infraconstitucional a posi-

¹⁹⁵ A reprodução da imagem é protegida ainda pelo art. 5.º, XXVIII, 'a'.

¹⁹⁶ A liberdade de locomoção também é protegida pelo art. 5.º, LXVIII, que instituiu o *habeas corpus*.

¹⁹⁷ A liberdade de informação também é protegida pelo art. 5.º, LXXII, que instituiu o *habeas data*.

¹⁹⁸ "São *explicitas* [referindo-se às reformas constitucionais] as que impedem a alteração da Federação; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais. Não se permite nem mesmo deliberação sobre proposta de emenda tendente a aboli-las. [...]. Portanto, a proibição de discutir tais matérias é limitação *explícita* à atividade reformadora." (TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.36).

¹⁹⁹ Art. 60, § 4.º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV - os direitos e garantias individuais.

vação dos direitos da personalidade, representando, neste particular aspecto, avanço à legislação revogada que acerca do tema quedava-se silente.

O Código Civil vigente dedica o Capítulo II do Livro I aos Direitos da Personalidade, que estão previstos nos artigos 11 a 21, positivando no ordenamento infraconstitucional a intransmissibilidade e irrenunciabilidade (art. 11), a cláusula geral de proteção (art. 12), hipótese de disposição do próprio corpo (artigos 13 e 14), liberdade de tratamento médico (art. 15), direito ao nome (artigos 16/19), proteção do sigilo escrito e falado e da imagem (art. 20) e proteção da intimidade (art. 21).

Além da Constituição Federal e do Código Civil²⁰⁰, os direitos da personalidade são positivados e protegidos em outras diversas leis, tais como o Código Penal; a Lei n.º 5.250/1967 – Lei de Imprensa; Lei n.º 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei n.º 9.279/1996, que protege a propriedade industrial; Lei n.º 9.434/1997, que traz o regramento acerca dos transplantes de órgãos; Lei n.º 9.610/1998, que protege os direitos autorais; Lei n.º 9.609/1998, que protege a propriedade intelectual.

Por fim, convém lembrar ainda que a:

Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), inserida em nosso ordenamento jurídico positivo pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, determina, no plano internacional, que os Estados se comprometam a **respeitar e garantir os direitos da personalidade**.²⁰¹

Contudo, não obstante a vasta tipificação, evidentemente nem todos os aspectos inerentes à pessoa humana estão ou poderiam estar previstos na legislação brasileira, razão pela qual se reforça a importância da cláusula geral consistente na

²⁰⁰ Evidentemente que a proteção maior dos direitos da personalidade se dá pela Constituição Federal e, como já afirmado, independeria qualquer outro regramento infraconstitucional. No entanto, tal regramento confere maior segurança e efetividade à tutela dos direitos inerentes à pessoa humana.

²⁰¹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p.188.

eleição da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

O próprio Código Civil de 2002, muito embora tenha sido de grande importância e tendo representado avanço em relação aos direitos da personalidade, praticamente limitou-se a tutelar os direitos que a doutrina e a jurisprudência ao longo do tempo já haviam consolidado, ou que já estavam de alguma forma tipificados na Constituição Federal. Com efeito, "Malgrado o avanço que representa a disciplina dos referidos direitos em capítulo próprio, o novo Código mostrou-se tímido a respeito de assunto de tamanha relevância"²⁰².

Quedou-se silente, a respeito de algumas questões ainda não consolidadas no seio da sociedade e que seria de grande valia a sua normatização para a estabilidade da sociedade e segurança das relações jurídicas.

Neste aspecto, o Código Civil nada tratou acerca da possibilidade ou não da cirurgia de mudança de sexo e de eventuais direitos decorrentes das uniões homoafetivas; possibilidade de se abreviar a vida pela eutanásia²⁰³ ou ortotanásia²⁰⁴;

²⁰² GONÇALVES, op. cit., p.159.

²⁰³ "...quer significar, vulgarmente, *a boa morte, a morte calma, a morte doce e tranqüila*. Juridicamente, entende-se o *direito de matar* ou o *direito de morrer*, em virtude de razão que possa justificar semelhante morte, em regra, provocada para término de sofrimentos, ou por medida de seleção, ou de eugenia." (SILVA, op. cit., p.566).

²⁰⁴ No que se refere à ortotanásia, esta, opondo-se à distanásia, defende que se reconheça o momento natural da morte de um indivíduo, não se procedendo a qualquer tipo de meio para manter ou prolongar a sua vida. Significa que se deve deixar o ser humano morrer em paz, sem que se promova e acelere esse processo de deixar a vida. É importante, neste caso, distinguir ortotanásia de eutanásia passiva, na medida em que na primeira não são levadas a cabo quaisquer medidas que visem manter ou melhorar o estado de saúde do doente, e na segunda estas são tomadas e interrompidas num determinado momento de sua vida. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Eutan%C3%A1sia#Ortotan.C3.A1sia>>. Acesso em: 05 set. 2007. Acerca da ortotanásia é polêmica a constitucionalidade da Resolução n.º 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina que prescreve: "Art. 1.º. É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

possibilidade de a mulher utilizar o seu ventre como 'barriga de aluguel'; aborto do anencefálico, questões estas de extrema relevância, as quais, porém, são permeadas por diversos valores e princípios éticos, religiosos e sociais, que reclamam um posicionamento do Estado Brasileiro tendo em conta a sua extrema importância.

Nesse particular aspecto, o Código Civil, apesar de recente, já está atrasado.²⁰⁵

§ 1.º - O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2.º - A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3.º - É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica."

²⁰⁵ Não obstante a crítica supra-realizada, segundo Flávio Tartuce a intenção dos idealizadores do Código Civil vigente era justamente "inserir no Código Civil matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial questões ainda em processo de estudo, ou que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam a codificação privada". (TARTUCE, **Direito civil...**, p.96/97).

CAPÍTULO 2

DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM

2.1 IMAGEM – NOÇÕES GERAIS

A imagem é um dos atributos do ser humano e seu elemento distintivo. Como tal, integra o rol não taxativo dos direitos da personalidade, e tem se demonstrado na contemporaneidade como elemento importante para a proteção da dignidade da pessoa humana.

A preocupação com a imagem sempre foi tema corrente entre o gênero humano. Desde a idade da pedra têm-se registros de pinturas e desenhos rupestres realizados nas cavernas, sendo alguns deles no intuito, mesmo que inconsciente, de legar para a posteridade a imagem de si próprio e de seus próximos, ou de suas atividades.

Contudo, antes da invenção da fotografia, em 1829, pelo químico francês Niceforo Niepce²⁰⁶, o direito à imagem (*ius imaginis*) era tema praticamente inexistente entre os juristas, vez que, para ter a sua imagem captada, o seu titular se dispunha a ficar muitas horas diante do pintor ou escultor e a produção ou reprodução em série do trabalho era quase impossível.

A primeira decisão de que se tem notícia de proteção ao direito à imagem foi exarada pelo Tribunal Francês em 16 de junho de 1858, que envolveu *Rachel*, famosa atriz francesa que foi retratada em seu leito de morte. A sua fotografia foi entregue indevidamente à pintora O'Connel, que reproduziu e distribuiu a imagem sem o consentimento dos familiares da atriz falecida.

²⁰⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.22; CIFUENTES, op. cit., p.503.

O Tribunal de Siene, atendendo aos reclamos dos entes queridos, determinou a apreensão e destruição da imagem reproduzida. "O fundamento residiu na impossibilidade de reprodução da imagem da pessoa no leito de morte, sem o consentimento da família, mesmo que se tratasse de pessoa célebre, como Rachel."²⁰⁷

Por seu turno, segundo Maria Affornalli, a produção doutrinária específica do tema imagem iniciou-se com o alemão Kohler, em 1880, tendo sido seguido por Keissber, em 1896, e por diversos outros doutrinadores italianos²⁰⁸, culminando na elaboração do art. 10 do Código Civil Italiano de 1942²⁰⁹, que representou o primeiro dispositivo legal que outorgou proteção à imagem.²¹⁰

No Brasil, o caso precursor em direito à imagem foi o da Miss Brasil de 1922, a Rainha da Beleza, Zezé Leone, que teve a sua imagem indevidamente captada para a produção de um filme. Relata Duval Hermano que, em sentença pioneira, o então Juiz da 2.^a Vara da Capital Federal, Octávio Kelly, em 28 de maio de 1922, compreendendo que o grande objetivo da proteção legal é o resguardo da personalidade do retratado, estendeu o núcleo da proteção à cinematografia, "quando acolheu o

²⁰⁷ AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. 5.^a tiragem. Curitiba: Juruá, 2007. p.28.

²⁰⁸ Para saber mais acerca da parte histórica do direito comparado vide: Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli (**Direito à própria imagem**, p.27/29); Antonio Zulmar Fachin (**A proteção jurídica da imagem**, p.50/57; Silma Mendes Berti (**Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey. 1993, p.19/25).

²⁰⁹ "Art. 10: Quando a imagem de uma pessoa ou dos pais, do cônjuge ou dos filhos tenha sido exposta ou publicada fora dos casos em que a exposição ou a publicação é permitida pela lei, ou então com prejuízo do decoro ou da reputação da própria pessoa ou dos mencionados parentes, a autoridade judiciária, a pedido do interessado, pode determinar que cesse o abuso, sem prejuízo da indenização por danos." (CHAVES, Antonio. **Direito à própria imagem**. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Ano 68, v.240, Fasc. 832-833-834, out./nov./dez. 1972. p.37).

²¹⁰ Acerca deste dispositivo comenta Walter Moraes: "O advento do Código Civil de 1942, que em seu art. 10 inclui um dispositivo de tutela da imagem contra o abuso alheio, representou novo alento para a multiforme produção científica italiana, que continua, até nossos dias, a dar bons frutos, enquanto que a doutrina germânica nada mais oferecia ou divulgava depois dos primeiros anos do século". (MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 61, p.66, v.443, 1972).

Interdito Proibitório a favor da Miss Brasil, Justo de Moraes (Zezé Leone) contra um cinegrafista de filme de atualidades, que captara sua imagem em ângulos inconvenientes à sua reputação de moça".²¹¹

O precursor legislativo no direito brasileiro da proteção do direito à imagem, mesmo que de forma indireta e vinculada ao direito autoral, foi o art. 666, X, do Código Civil de 1916, que prescrevia:

Art. 666/CC/1916: 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 imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto.

Com o advento da fotografia e cada vez mais com as novas tecnologias do mundo contemporâneo, por intermédio das quais em frações mínimas de tempo se pode captar a imagem de alguém e transmiti-la para o mundo inteiro sem que o titular sequer tenha ciência da captação realizada, impõe ao direito adaptações necessárias para a proteção deste bem jurídico de suma importância.

Por evidente que o mundo globalizado moderno, em que a troca de informações alcançou velocidades antes nunca imaginadas, tornou a captação e transmissão da imagem algo quase que instantâneo, reclamando uma nova regulamentação do instituto, ou a sua correta análise sob o viés constitucional.

Esta faculdade da imagem de tudo comunicar com um só golpe de vista é vital em nossos dias, e basta olhar em volta para constatar o bombardeio de que somos alvos: televisão, cinema, revistas fartamente ilustradas, *outdoors*, vitrines²¹², tudo nos faz compreender que nunca foi tão verdadeiro o ditado "uma imagem vale mais que mil palavras".²¹³

²¹¹ DUVAL, Hermano. Filmagem e televisionamento de espetáculo público. **Revista dos Tribunais**, v.446, p.52, dez. 1952.

²¹² Atualmente, sem qualquer sombra de dúvidas, evidentemente que se enquadra neste rol a *internet*.

²¹³ BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem**: aspectos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1989. p.03.

Portanto, diante desse aumento tecnológico em progressão geométrica, em que o resguardo privado e a imagem são mais facilmente agredidos, novos mecanismos de proteção jurídica devem ser construídos na defesa do ser integral, em harmonia com os tempos modernos.

A imagem possui, além do valor íntimo, o valor outorgado pela sociedade, e atualmente a sua utilização tem conotação econômica sobrelevada, razão pela qual o seu regramento e a sua proteção prevista no ordenamento jurídico são por deveras importantes e necessários.

Com efeito, antes da Constituição de 1988 não existia regramento normativo no Brasil que outorgava proteção jurídica da imagem do cidadão.²¹⁴ A elevação deste direito da personalidade a nível constitucional demonstra a importância conferida ao ordenamento jurídico à tutela integral e plena da pessoa humana.

Aliás, acerca da importância da imagem, Antonio Chaves leciona:

Dentre todos os direitos da personalidade, não existe outro tão humano, profundo e apaixonante como o direito à própria imagem. [...] Levamos a nossa imagem conosco por toda a existência, selo, marca, timbre, reflexo indelével da nossa personalidade, com que nos chancelou a natureza [...].²¹⁵

O direito à imagem é por certo uma emanção da personalidade do sujeito e merece proteção efetiva do ordenamento jurídico contra eventuais violações pelo Estado ou por particulares, bem como enseja a sua compensação monetária, acaso já efetivada a lesão, ou a cessação da agressão ou o impedimento de que ela venha a se concretizar ou repetir.

O direito à imagem ganhou novo ânimo com a promulgação do Código Civil de 2002, que trouxe no art. 20 o regramento infraconstitucional da matéria.

²¹⁴ A não ser de modo indireto pela Lei de Direitos Autorais – Lei n.º 5.988/1973, ou inicialmente pelo art. 666, X do Código Civil revogado.

²¹⁵ CHAVES, Direito..., p.36.

Não obstante isso, como oportunamente será esclarecido, tal dispositivo legal condicionou a proteção da imagem a eventual lesão conjunta da honra, ou quando tenha algum cunho econômico, o que não está em consonância com a orientação constitucional vigente.

2.2 IMAGEM – CONCEITOS

Cumpra de pronto delimitar o tema, conceituando o que vem a ser 'imagem' para fins do que se pretende expor no decorrer do presente trabalho.

Como assevera Silma Mendes Berti, citando B. Dusi, a imagem é "a idéia ou o significado da 'quase-divina emanção da personalidade humana'"²¹⁶.

Inicialmente, é preciso destacar que modernamente se entende que não existe somente uma imagem, mas sim duas imagens para cada titular, inclusive positivada de forma distinta no texto constitucional. 'As imagens' aqui referidas não se confundem com a fotografia²¹⁷ ou retrato²¹⁸.

A primeira 'das imagens', a mais comum delas, é o "conjunto dos caracteres físicos da pessoa"²¹⁹, chamada de imagem-retrato (art. 5.º, X/CF), sendo, portanto, o "aspecto físico da pessoa"²²⁰; enquanto a segunda 'imagem' é o "conceito social"²²¹ do indivíduo, que não se confunde com a honra, chamada de imagem-atributo ou imagem-

²¹⁶ BERTI, op. cit., p.31.

²¹⁷ "Fotografia é a cópia de materiais de conhecimento, como imagens e objetos, tendo por escopo a conservação desses mesmos materiais que trazem consigo todos os caracteres da imagem ou objetos e compõem uma realidade concreta, obtida mecanicamente." (OLIVER, Paulo. **Aspectos jurídicos**: direito autoral, fotografia e imagem. São Paulo: Letras & Letras, 1991. p.16).

²¹⁸ "Retrato, segundo a definição dos lexicógrafos, é a 'imagem, figura, efígie ou pintura em que se representa a imagem de alguma pessoa', ou ainda, a 'cópia exata das feições de alguém'." (OLIVER, op. cit., p.31).

²¹⁹ ARAÚJO, op. cit., p.22.

²²⁰ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p.183.

²²¹ ARAÚJO, op. cit., p.22.

qualificação (art. 5.º, V), "que corresponde à exteriorização da personalidade do indivíduo, ou seja, à forma como ele é visto socialmente"²²².

No excelente conceito do Ministro César Asfor Rocha, imagem "é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana; é a emanação da própria pessoa; é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam"²²³. "Trocando em miúdos, a imagem é o conjunto de traços e caracteres que distinguem e individualizam uma pessoa no meio social."²²⁴

De fato, a imagem, que é um atributo, emanação da personalidade, abarca o aspecto físico do titular, sua aparência exterior, sem a qual o sujeito sequer poderia existir.

Compreende-se, neste conceito, toda a extensão e representação da pessoa humana, incluindo o seu semblante, ou partes isoladas do seu corpo (desde que seja possível a identificação), que pode ser reproduzida de diversas formas, como por exemplo por meio da fotografia, pintura, escultura, representação teatral ou cinematográfica.²²⁵ O direito deve proteger a imagem original (pessoa humana) e a sua reprodução.

Com efeito, incluídos no conceito de imagem-retrato, para além dos aspectos puramente físicos, encontram-se também os gestos e as características particulares

²²² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p.183.

²²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 58.101-SP. Rel. Ministro César Asfor Rocha. Recorrente: Vera Lucia Zimmerman. Recorrida: Editora Azul S/A. Julgamento ocorrido em 16.09.1997. **DJU**, 09 mar. 1998. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=58101&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Último acesso em: 19.09.2007.

²²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.99.

²²⁵ "A imagem interessa ao Direito como sendo toda e qualquer forma de representação da figura humana, não sendo possível limitar e nem enumerar os meios técnicos pelos quais ela se apresenta, vez que, com o avanço da tecnologia, a cada momento surgem novas maneiras e mecanismos capazes de exibir a imagem das pessoas." (AFFORNALLI, op. cit., p.23).

do indivíduo, há que se ter "uma idéia mais abrangente de imagem, que engloba não só o aspecto físico, como também exteriorizações da personalidade do indivíduo"²²⁶.

Adriano de Cupis já estava ciente desta noção ampliativa do conceito de imagem:

Embora a tutela da imagem encontre a sua mais freqüente 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, às hipóteses em que um artista, através da figura, do gesto, da atitude, reproduz na cena ou na película a pessoa. [...] Quer esta representação esteja diretamente prevista nas normas referidas, quer deva recorrer-se à analogia, certo é que o direito à imagem assegura ao indivíduo a defesa contra este, como contra os outros modos de difusão da sua imagem.²²⁷

Walter de Moraes, referência obrigatória no tema, após dissertar que no conceito de imagem inclui-se a figuração artística, escultura, desenho e suas formas dinâmicas (gravação cinematográfica, por exemplo), bem como a sua representação sonora e ainda as suas partes destacadas, conceitua imagem "como toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem"²²⁸. E prossegue afirmando que é a imagem²²⁹ "que traduz para o mundo exterior o ser imaterial da personalidade, delinea-a, dá-lhe forma"²³⁰.

²²⁶ ARAÚJO, op. cit., p.28. No mesmo sentido: "Assim, se compreende como imagem não apenas o semblante, mas as partes distintas do corpo. Da mesma forma, se compreendem como imagens não apenas as formas estáticas de representação (fotografia, pintura, fotograma, escultura, holografia), mas também as dinâmicas (cinema, vídeo)". (BARBOSA, op. cit., p.25).

²²⁷ CUPIS, op. cit., p.144.

²²⁸ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**: dialética jurídica, direito constitucional-tributário. São Paulo: Saraiva, 1977. v.25. p.340.

²²⁹ "Pode-se também definir imagem como figura, aparência das pessoas e das coisas, representadas por nossa imaginação, ou pelo desenho, pintura, fotografia." (BERTI, op. cit., p.32).

²³⁰ MORAES, W., Direito..., v.25, p.342.

Como assevera Rui Stoco: "O importante, na espécie, é que a imagem constitui o sinal visível da personalidade: traduz para o mundo exterior o ser imaterial da personalidade"²³¹.

Francesco Degni, citado por Silma M. Berti, conceitua imagem como sendo:

[...] o sinal característico de nossa individualidade, é a impressão externa do nosso eu. É por ela que provocamos nas pessoas, com as quais entramos em contato, os sentimentos diversos de simpatia, de indiferença ou mesmo de antipatia. É ela que determina a causa principal de nosso sucesso ou de nosso insucesso.²³²

A Professora Maria Helena Diniz conceitua imagem-retrato como sendo a:

[...] representação física da pessoa, como um todo ou em partes separadas do corpo (nariz, olhos, sorrisos etc.) desde que identificáveis, implicando o reconhecimento de seu titular, por meio de fotografia, escultura, desenho, pintura, interpretação dramática, cinematográfica, televisão, *sítes* etc..., que requer autorização do retratado (CF, art. 5.º, X).²³³

Também:

Sintetizando tudo o que até aqui foi dito, a imagem é um bem personalíssimo, emanação de uma pessoa, através da qual projeta-se, identifica-se e individualiza-se no meio social. É o sinal sensível da sua personalidade, destacável do corpo e suscetível de representação através de múltiplos processos, tais como pinturas, esculturas, desenhos, cartazes, fotografias, filmes.²³⁴

Por seu turno, a imagem-atributo, também denominada de imagem-qualificação, são certas características de cada um, visto na sociedade; vale dizer: é o modo de o indivíduo ser compreendido na sociedade, mas que nada tem a ver com a sua honra; como leciona David de Araújo, é o 'conceito social' do indivíduo, que pode ser tido como um sujeito honrado, mas ter uma imagem de mau profissional.²³⁵

²³¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: RT, 2004. p.1622.

²³² BERTI, op. cit., p.32.

²³³ DINIZ, op. cit., p.129.

²³⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.100.

²³⁵ ARAÚJO, op. cit., p.22.

A imagem-atributo é a conseqüência 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 não fazem questão de serem consideradas relaxadas, meticolosas, organizadas, estudiosas, pontuais ou impontuais. São característicos que acompanham determinada pessoa em seu conceito social. É importante verificar que tal característico não se confunde com qualquer outro bem correlato à imagem, como a honra, por exemplo.²³⁶

No conceito de Maria Helena Diniz: "A imagem-atributo é o conjunto de caracteres ou qualidades cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente (CF, art. 5.º, V), como habilidade, competência, lealdade, pontualidade etc."²³⁷.

Os dicionários mais recentes já trazem esta dupla conotação de sentidos do vocábulo 'imagem', conceituando como: "1. Representação visível de um ser ou objeto; 2. Reflexo; 3. Conceito de que uma pessoa goza junto a outrem"^{238,239}.

Exemplo clássico de medida jurisdicional tendente à proteção da imagem-atributo é o caso da apresentadora de programas infantis Xuxa, ilustrado da seguinte forma:

[...] Xuxa ajuizou uma medida cautela [sic], a fim de proibir a comercialização das fitas de vídeo do filme *Amor, Estranho Amor*, no qual a mesma protagonizou cenas de caráter erótico. Naquela ocasião, o tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro, no voto do Des. Thiago Ribas Filho, assim descreveu a situação dos autos do processo: "Após o lançamento da fita (no cinema), ocorrido em 1982, a 2.^a autora (Xuxa) se projetou, nacional e internacionalmente, com programas infantis na televisão, criando uma imagem

²³⁶ ARAÚJO, op. cit., p.31.

²³⁷ DINIZ, op. cit., p.129.

²³⁸ HOUAISS, Antônio. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. p.283.

²³⁹ O que na presente dissertação convencionou-se chamar de imagem-retrato, Hermano Duval denomina de imagem objetiva; enquanto a imagem-atributo é por ele denominada como imagem subjetiva, nos seguintes termos: "[...] cabe aqui, também, distinguir entre a imagem objetiva (física) e a imagem subjetiva (moral), onde prepondera a aura, fama, ou reputação, que cunha a personalidade humana no zênite, da glória..." (DUVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.36).

que muito justamente não quer ver atingida, cuja vulgarização atingiria não só ela própria como as crianças que são o seu público, ao qual se apresenta como símbolo da liberdade infantil, de bons hábitos e costumes, e da responsabilidade das pessoas". (Apelação Cível n.º 1999.001.03818, Rel. Des. Thiago Ribas Filho apud SOUZA, Carlos Affonso Pereira, op. cit., p.51).²⁴⁰

Outrossim, direito à imagem,²⁴¹ que, segundo Hermano Duval, surgiu na Alemanha em 1907 como contra-arma no intuito de combater a "distorção intencional da imagem contida na foto, em afronta à respectiva personalidade"²⁴², é a reunião das faculdades jurídicas (direito subjetivo) concedidas ao indivíduo, que tem como objeto a proteção de toda forma e expressão da personalidade²⁴³, que representa a pessoa de maneira *sui generis*, concedendo-lhe a sua fruição exclusiva, oponível *erga omnes*, desde a inibição de sua violação até a sua reparação civil e penal quando a lesão já tiver ocorrido, sendo que esta proteção tem conteúdo moral, ou seja, o direito do titular de opor-se à captura e reprodução de sua imagem pura e simplesmente, e o conteúdo material, que outorga ao titular a faculdade de explorá-la economicamente.

Na conceituação de Carlos Bittar, direito à imagem:

Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto etc.) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa).²⁴⁴

²⁴⁰ DUARTE, Fernanda et al. (Coord). **Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.151.

²⁴¹ Na lição de Antonio Chaves: "O direito à imagem é direito ao não conhecimento alheio da imagem do sujeito". (CHAVES, Direito..., p.38).

²⁴² DUVAL, **Direito**..., p.37.

²⁴³ "Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito." (STOCO, op. cit., p.1622).

²⁴⁴ BITTAR, op. cit., p.87.

Na lição de Maria Helena Diniz:

Direito à imagem é o de ninguém ver sua efigie exposta em público ou mercantilizada sem seu consento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando dano à sua reputação. Abrange o direito à própria imagem; o uso ou à difusão da imagem; à imagem das coisas próprias e à imagem em coisas ou em publicações; de obter imagem ou de consentir em sua captação por qualquer meio tecnológico.²⁴⁵

Feitas estas considerações, para uma melhor compreensão do tema, ressalta-se que no curso do presente trabalho, quando se fizer menção ao termo 'imagem', estar-se-á referindo-se à imagem-retrato, ou seja, à imagem física captável pelos mais variados recursos tecnológicos existentes, que constitui o objeto principal desta dissertação.

2.3 CONTEÚDO DO DIREITO À IMAGEM-OBJETO

O conteúdo do *Jus imaginis* é duplo, ligado tanto à captação da imagem em si, cujo objeto de proteção predominante é de cunho moral e íntimo do titular, bem como a sua reprodução e/ou publicação ou autorização para qualquer fim, que tem como fim protecional principal o caráter patrimonial.

O titular pode exigir que não se invada a sua esfera privada e tem o direito de proibir a captação de sua imagem, tendo também, por outro giro, após a captação autorizada de sua imagem, o direito de proibir a sua publicação ou reprodução.

O direito norte-americano reconhece o direito moral, íntimo, da imagem que tem o titular de não ter a sua imagem captada (*right of privacy*) e o direito de proibir ou autorizar a sua reprodução (*right of publicity*).

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

²⁴⁵ DINIZ, op. cit., p.129.

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 do valor publicitário e comercial da própria imagem. É direito patrimonial e ressalta o aspecto material.²⁴⁶

Por intermédio do caráter duplo, confere-se ao titular a proteção de impedir a captação e a exposição da imagem, bem como a proteção patrimonial que assegura a exploração exclusiva ao titular.

Este caráter dúplice do direito à imagem, vale dizer, caráter moral e patrimonial, foi objeto de considerações pelo Superior Tribunal de Justiça, que assim decidiu:

DIREITO AUTORAL. DIREITO À IMAGEM. PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA E VIDEOGRAFICA. FUTEBOL. GARRINCHA E PELÉ. PARTICIPAÇÃO DO ATLETA. UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DA CRIAÇÃO ARTÍSTICA, SEM AUTORIZAÇÃO. DIREITOS EXTRAPATRIMONIAL E PATRIMONIAL. LOCUPLETAMENTO. FATOS ANTERIORES ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS VIGENTES. PREJUDICIALIDADE. RE NÃO CONHECIDO. DOCTRINA. DIREITO DOS SUCESSORES À INDENIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME.

I - 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.

II - O direito à imagem constitui um direito de personalidade, extrapatrimonial e de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.

III - Na vertente patrimonial o direito à imagem protege o interesse material na exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais.

IV - A utilização da imagem de atleta mundialmente conhecido, com fins econômicos, sem a devida autorização do titular, constitui locupletamento indevido ensejando a indenização, sendo legítima a pretensão dos seus sucessores.²⁴⁷

Importa, pois, observar que a imagem pode e deve ser protegida em todos os seus aspectos, seja preservando o resguardo íntimo do seu titular, conferindo-lhe

²⁴⁶ BERTI, op. cit., p.38.

²⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 74473-RJ. Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Recorrente: Edenir dos Santos Mário. Recorrida: Produções Cinematográficas L. C. Barreto Ltda. Julgamento ocorrido em 23.02.1999. **DJU**, 21 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=74473&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 10 out. 2007.

o direito de proibir a sua captação, seja em seu aspecto patrimonial, conferindo ao titular o direito exclusivo de autorizar ou proibir, de acordo com a sua vontade e interesse, a reprodução de sua imagem ou sua publicação.

2.4 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica do direito à imagem foi alvo de grande celeuma jurídica, partindo daqueles que negavam a existência do próprio direito à imagem, evoluindo para os que defendiam a existência do direito à imagem, vinculado, no entanto, a algum outro direito, consolidando-se na contemporaneidade a posição doutrinária de que o direito à imagem é, de fato, um direito da personalidade, assim como o é o direito à vida, à integridade psicofísica, ao nome, à intimidade etc...²⁴⁸

Acerca da inserção do direito à imagem como direito da personalidade, assevera Walter de Moraes:

Como bem essencial, a imagem determina uma regra categórica, isto é, uma regra de dever geral de não violação e preservação, correspondente a um direito absoluto cujo exercício constante é intrinsecamente garantido pela essencialidade do bem e concomitante irrenunciabilidade do direito. Nisso, aliás, distinguem-se os direitos reais dos de personalidade: em que estes são imprescindíveis para o sujeito porque têm por objeto um bem jurídico essencial à personalidade, e daqueles que pode prescindir-se pois importam em objetos estranhos à estrutura pessoal.²⁴⁹

Categoricamente, o mestre Luiz Alberto David de Araújo, acerca do direito à imagem, assevera que "não há dúvida, portanto, de que estamos diante de um direito da personalidade"²⁵⁰.

²⁴⁸ No entanto, como adiante se verá, de forma contrária à Constituição Federal e na contramão da evolução da ciência jurídica, o Código Civil de 2002 inseriu o direito à imagem de forma vinculada a outros direitos (honra e patrimônio).

²⁴⁹ MORAES, W., *Direito...*, v.443, p.81.

²⁵⁰ ARAÚJO, *op. cit.*, p.44.

Walter Moraes continua no mesmo sentido, afirmando que:

[...] pela estrutura, pelo conteúdo, o *ius imaginis* qualifica-se exatamente como um direito de personalidade.

É este um ponto sobre o qual a doutrina logrou chegar a consenso que se pode dizer unânime: de que o direito à própria imagem é um direito da personalidade.²⁵¹

O direito à imagem é, pois, um direito da personalidade que merece proteção plena do ordenamento jurídico, viabilizando a realização do ser humano na sua integralidade.

Com o objetivo de melhor se solidificar o trabalho na defesa da autonomia plena do direito à imagem, far-se-á uma breve síntese de algumas teorias que se desenvolveram no curso da história acerca do direito à imagem, tais como a teoria negativista, a teoria que vincula a proteção da imagem a outro bem jurídico (honra, intimidade, identidade, patrimônio moral, direito autoral).²⁵²

O grande número de teorias que buscam a inserção do *ius imaginis* como bem juridicamente protegido demonstra a dificuldade encontrada pelos cientistas do direito que enfrentaram a necessidade de adaptar um 'novo direito' à sua realidade social. Contudo, como é comum acontecer num primeiro momento, tenta-se encaixar este novo direito nas categorias tradicionais já existentes, o que atualmente se mostra como incorreto, mas que foi muito importante para a evolução do instituto.

²⁵¹ MORAES, W., Direito..., 1977, p.344.

²⁵² Várias são as teorias a este respeito. Neste aspecto, a título de ilustração: "Além das teorias que negam a própria existência do direito à imagem, existe uma série de outras enumeradas por GITRAMA GONZÁLVEZ, conforme localizem o fundamento jurídico: 1. Na honra; 2. no próprio corpo; 3. na identidade pessoal; 4. na intimidade; 5. na liberdade; 6. no patrimônio moral da pessoa". (CHAVES, Direito..., p.37).

2.4.1 Teoria Negativista

A imagem "como toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem"²⁵³, na feliz conceituação de Walter Moraes, gerou grande questionamento inicial entre os juristas. Indagavam: como algo tão íntimo e pessoal poderia ensejar proteção jurídica e em que sentido e amplitude? "Se não podemos impedir que ela se fixe fugazmente na retina de quem a contempla, parece lógico chegar à conclusão de que não comete ato ilícito algum pintor que reproduza de memória as feições de uma linda mulher, de uma criança, de um velho"²⁵⁴, diziam.

O maior expoente da teoria que nega a existência do direito à imagem é o autor italiano Paolo Vercellone, com o seguinte fundamento básico:

Existe pessoa, com as suas feições, a sua fisionomia, as suas dimensões. Esta pessoa, isto é, o corpo da pessoa, como todos os corpos materiais expostos à luz, pode ser vista, ou seja; suscitar nos órgãos visuais de outra pessoa uma sensação que naturalmente será diferente cada vez, em relação à luz existente, ao ângulo visual, quer dizer, à relação entre a posição do corpo visto e aquele da pessoa que vê, e finalmente ao 'modo de ver' desta última pessoa.

Conclui que não se poderia afirmar que existe a *imagem* de uma pessoa, mas um indefinido número de imagens, relativas todas ao mesmo corpo, tantas imagens diferentes para cada corpo terá sido visto no futuro por outras pessoas.²⁵⁵

Por certo que esta teoria não mais encontra eco em nossos dias, vez que "aos poucos foi-se revelando que a negação do direito de personalidade à própria imagem era atitude impertinente; mais: que se insistia em manter o direito abaixo do nível de cultura do nosso tempo"²⁵⁶.

²⁵³ MORAES, W., Direito..., 1977, p.340.

²⁵⁴ CHAVES, Direito..., p.36.

²⁵⁵ Apud CHAVES, Direito..., p.36.

²⁵⁶ MIRANDA, P. de., op. cit., p.82.

A ciência jurídica evoluiu e passou a admitir a existência de um direito que tutela a imagem. Contudo, neste segundo estágio (o de reconhecer a tutela à imagem como direito), condicionou-se inicialmente a tutela a lesão ou vinculação com algum outro bem jurídico; vale dizer, nesta segunda fase se admitia a existência de um direito à imagem, porém não de forma autônoma.

2.4.2 Teorias que Vinculam a Tutela a outro Bem Jurídico

Diversas teorias surgiram condicionando a proteção jurídica da imagem a outro bem jurídico (recato, honra, patrimônio etc.). Estas teorias representaram, por certo, avanço à teoria negativista que, como visto alhures, simplesmente negava por completo a existência de um direito à imagem.

As teorias vinculativas, muito embora com escopo de construir um direito à imagem como, reduziram "incoerentemente o direito à imagem a um capítulo do direito à honra, do direito ao próprio corpo, à intimidade, à identidade, à liberdade, etc., o que vale dizer, confunde imagem com honra, identidade, etc."²⁵⁷.

A crítica que se faz de forma generalizada às teorias reducionistas do *ius imaginis* a outro bem jurídico é que, de fato, o que o ordenamento jurídico estaria protegendo não seria a imagem em si, mas sim a honra, a intimidade, a identidade, a liberdade etc.

Com efeito, ao não se admitir a proteção autônoma da imagem, se estava afirmando, por vias transversas, que ela não é bem jurídico autônomo apto a ensejar a proteção do direito positivo. Por intermédio destas teorias, ao se ferir a imagem, em verdade estar-se-ia ferindo a honra, a intimidade, a identidade, a liberdade etc.

Infelizmente o Código Civil de 2002, ao redigir o art. 20, caminhou na contramão de direção da evolução da ciência jurídica e contrário à autonomia consagrada constitucionalmente no art. 5.º, incisos, V, X e XXVIII.

²⁵⁷ MORAES, W., Direito..., v.443, p.67.

Assim sendo, analisar-se-ão, ainda que de modo perfunctório, as principais teorias vinculativas do direito à imagem.

2.4.2.1 Teorias que vinculam a tutela da imagem à honra

Não obstante a sua antiguidade, vez que foi talvez a primeira teoria²⁵⁸ que surgiu visando criar condições jurídicas para a proteção do direito à imagem, bem como pelo seu caráter contemporâneo que ainda mantém, inicia-se pela doutrina que vincula o direito à imagem à honra. Como dito por Walter Moraes, tal doutrina: "é talvez a mais antiga, e não obstante pode dizer-se que continua atual"²⁵⁹.

Para tal teoria, o *ius imaginis* está contido dentro da honra²⁶⁰, entendia-se que "protegia-se o direito à imagem como derivação do direito à honra, pois aquele estava inserido neste"²⁶¹.

Dito de outro modo: somente haveria lesão juridicamente protegida da imagem se concomitantemente houvesse também lesão da honra do seu titular; só haveria a tutela da imagem se por intermédio da utilização indevida da imagem houvesse também a lesão da honra.

²⁵⁸ Não obstante tal assertiva, é importante frisar que há certa divergência entre os doutrinadores que advogam a tese de que a teoria que vincula a proteção à imagem à propriedade teria sido a primeira teoria que em tese consagrou o direito à imagem como bem juridicamente protegido. Neste sentido: CIFUENTES, op. cit.; FACHIN, A. Z., op. cit.; BERTI, op. cit.

²⁵⁹ MORAES, W., Direito..., 1977, p.345.

²⁶⁰ "Da latim *honor*, de que se formou o verbo *honrar* (de *honorare*), indica a própria *dignidade* de uma pessoa, que vive com honestidade, pautando seu modo de vida nos ditames da moral. Equivale ao *valor moral da pessoa*, conseqüente da consideração geral em que é tida." (SILVA, op. cit., p.687). A honra é, portanto, um valor moral de cada indivíduo, que pode ser tanto no seu aspecto moral íntimo, ou seja, o que cada um pensa acerca de si mesmo, ou o modo pelo qual os demais cidadãos consideram e estimam a reputação social do indivíduo. Ou nos dizeres de Maria Affornalli: "Honra é o conceito que diz respeito tanto ao valor que uma pessoa tem de si própria, quanto à estima da sociedade; é a consideração social, o bom nome, o sentimento de dignidade pessoal, refletidos na consideração alheia e na própria valoração de si mesmo". (AFFORNALLI, op. cit., p.45).

²⁶¹ FACHIN, A. Z., op. cit., p.63.

Essa posição serviu de base para que os tribunais alemães, franceses²⁶² e norte-americanos justificassem a proteção da imagem. A título de exemplo, um periódico publicou uma fotografia representando, sem indicar nomes, um casal X, diante da Torre de Pisa. O marido estava com seu calção e a mulher com um maiô. Os comentários que acompanhavam a foto e outras do mesmo gênero acentuaram a incorreção dos trajes do casal para a situação. A Corte de Paris reconheceu o direito à indenização, por violação da honra através da imagem.²⁶³

Por intermédio dessa doutrina, portanto, somente é ilícita a utilização da imagem se houver, juntamente com ela, uma lesão à honra. A imagem não seria, portanto, para tal teoria, um bem juridicamente protegido, mas simplesmente um meio de se lesionar a honra, esta sim objeto da tutela jurídico.

"Nessa concepção a imagem não é, pois, mais do que um instrumento de manifestação da personalidade moral do homem, cujo decoro e reputação podem vir a ser violados através dela."²⁶⁴

De fato, honra e imagem são bens essenciais ao ser humano. Contudo, não se confundem, são bens distintos e como tal ensejam proteção jurídica distinta.

Como bem lembra Walter Moraes, esta teoria, muito embora tenha o seu mérito de representar avanço em relação à teoria negativista pura e simples e proporcionar a evolução do *ius imaginis*, considera tal doutrina suicida, vez que "instituir um direito sem objeto próprio: um direito à imagem cujo bem tutelado é a honra"²⁶⁵, tende a esvaziar a importância da imagem, retirando-lhe a sua necessária proteção integral.

²⁶² Walter de Moraes assevera que vigia na França esta concepção citando como fundamento as lições de Vaunois nos seguintes termos: "[...] o artista é livre para reproduzir o que bem entender, contanto que não cometa injúria ou difamação; o retrato que nada tiver de insultante, nada tem de repreensível". (MORAES, W., Direito..., v.443, p.68).

²⁶³ ARAÚJO, op. cit., p.33.

²⁶⁴ MORAES, W., Direito..., v.443, p.68.

²⁶⁵ MORAES, W., Direito..., v.443, p.69.

Orlando Gomes, em seu projeto de Código Civil, adotava esta teoria quando previa no art. 35 a seguinte disposição:

Art. 35 - A publicação, exposição ou a utilização não autorizada da imagem de uma pessoa podem ser proibidas a seu requerimento, sem prejuízo da indenização que couber.

§ 1.º A proibição só se justifica se da reprodução resultar atentado à honra, à boa fama, à respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais.

§ 2.º Os direitos relativos à reprodução da imagem podem ser exercidos pelo cônjuge ou pelos filhos, se estiver morta ou ausente a pessoa.²⁶⁶

Não obstante toda a evolução doutrinária e após a Constituição Federal ter consagrado a proteção autônoma do Direito à Imagem, o Código Civil de 2002 filiou-se à teoria que vincula a proteção à imagem à lesão da honra, ou destinado a fins comerciais.

A redação do art. 20 do Código Civil de 2002 praticamente reproduziu o projeto de Orlando Gomes, nos seguintes termos:

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 responsabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

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

Por evidente que casos ocorrem em que a utilização indevida da imagem acarreta também, concomitantemente, uma lesão à honra do indivíduo ou a outro bem jurídico, vez que "há uma estreita ligação entre a privacidade, a imagem e a honra"²⁶⁷. Porém, tal circunstância não pode tolher o indivíduo de proteger a sua imagem independentemente de ferimento de qualquer outro objeto de proteção do ordenamento jurídico.

²⁶⁶ MORAES, W., *Direito...*, 1977, p.344/345.

²⁶⁷ FACHIN, A. Z., *op. cit.*, p.64.

A prevalecer esta teoria, que, como visto, é a consagrada no Código Civil vigente, e a interpretação puramente do ordenamento jurídico infraconstitucional, o ser humano ficaria desguarnecido de proteção jurídica quando a sua imagem fosse indevidamente utilizada mas não causasse lesão a sua honorabilidade. Tal exegese não está, por certo, em consonância com os ditames constitucionais.

O exemplo dado por Luiz Alberto David Araújo é por deveras elucidativo:

Imaginemos, para seguir a teoria expendida, a possibilidade de alguém se opor, com base no direito à honra, à veiculação de um comercial de televisão onde o indivíduo é representado como homem virtuoso, pleno de qualidades, bom chefe de família, etc. A pessoa representada teve seus dados pessoais elevados e elogiados; sua honra não foi nem de longe arranhada. Ao contrário, sua honradez e bom comportamento social foram ressaltados. No caso, outro fundamento que não o da violação da honra serviu de base para a proteção do indivíduo.²⁶⁸

Verifica-se, portanto, que a teoria que submete a imagem à honra torna aquela simples instrumento de ferimento desta não mais se coaduna com o grau de desenvolvimento em que se encontram a sociedade em geral e a ciência jurídica.

2.4.2.2 Teoria que vincula a tutela da imagem à propriedade

O aparecimento de novos direitos como os da personalidade, dentro dos quais se encaixa a imagem, fez com que os juristas do século XIX²⁶⁹ aplicassem a estes direitos em ascensão o conceito e as características do direito da propriedade, "instituto sobre o qual tinha-se segurança e domínio teórico"²⁷⁰.

²⁶⁸ ARAÚJO, op. cit., p.35.

²⁶⁹ BERTI, op. cit., p.69.

²⁷⁰ AFFORNALLI, op. cit., p.42.

Considerava-se que o titular detinha o direito de propriedade sobre o seu corpo e, por via reflexa, a sua imagem era sob este viés protegida, oponível contra todos (*erga omnes*), como se a imagem fosse um bem material como qualquer outro.

Leciona Zulmar Fachin nesta mesma toada:

Entendeu-se, por muito tempo, que a imagem deveria ser juridicamente protegida com base no direito de propriedade. A pessoa, por ser proprietária do seu corpo, tinha o direito de ser proprietária de sua própria imagem, pois esta nada mais seria do que uma manifestação do corpo. [...]

Deste modo, quando violada a imagem da pessoa, esta (porque era proprietária de seu próprio corpo) poderia invocar a norma jurídica garantidora do direito de propriedade para pleitear a reparação do dano sofrido em sua imagem.²⁷¹

Diante dessa teoria, só haveria violação do direito à imagem se houvesse a violação de sua 'propriedade' como se fosse qualquer outro bem materialmente protegido. Tutelava-se não a imagem em si, mas o direito de propriedade de seu titular.

Como assevera Cifuentes:

La concepción jurídica más antigua²⁷² y radical que salió en defensa de la persona, considero que la imagen es una manifestación del cuerpo; luego, del mismo modo que el individuo tiene derecho a su propio cuerpo, debe tenerlo a la propia imagen, la cual es su fiel reproducción, algo así como la sombra.²⁷³

Foi com base nesta teoria que o Tribunal Francês outorgou inicialmente proteção da imagem, conforme relata Silma Berti:

Tribunal Civil do Seine, de 10 de fevereiro de 1905 (D. P., 1905, 2.389): "A propriedade imprescritível que toda pessoa tem sobre a sua imagem, sobre sua figura, sobre seu retrato, lhe dá o direito de impedir a exibição deste retrato, sob pena de responder por perdas e danos." [...]

²⁷¹ FACHIN, A. Z., op. cit., p.59.

²⁷² Vide divergência doutrinária a este respeito, exposto no item anterior.

²⁷³ CIFUENTES, op. cit., p.503. Tradução livre: "A concepção jurídica mais antiga e radical que saiu em defesa da pessoa considerou a imagem como uma manifestação do corpo; logo, do mesmo modo que o indivíduo tem direito a seu próprio corpo, deve tê-lo em relação à própria imagem, a qual é sua fiel reprodução, algo assim como a sombra".

Tribunal do Comércio, de 26 de fevereiro de 1963, J. C. P. 1963. II.13364, [...]: "Por um princípio de direito estabelecido por uma jurisprudência constante, a pessoa fotografada possui sobre sua imagem e uso dela faz um direito de propriedade absoluto do qual ninguém pode fazer uso sem o seu consentimento." Tribunal de Grande Instância do Seine, 13 de março de 1966: "O fato de publicar, sem sua autorização, a fotografia de alguém, constitui atentado ao verdadeiro direito de propriedade que cada um possui sobre sua imagem."²⁷⁴

Por evidente que esta doutrina não encontra mais respaldo na contemporaneidade, que cada vez mais se afasta do paradigma patrimonialista e se re-personifica.

Por isso mesmo é que a advertência acima exposta mostra-se de altíssima relevância: *nunca um direito patrimonial pode sobrepor-se a um direito da personalidade*. Esta é uma das peculiaridades essenciais dos direitos da personalidade, valendo esta advertência, também, para os direitos à honra e à imagem.²⁷⁵

As características e preceitos aplicáveis à propriedade não podem ser simplesmente transportados e aplicados à imagem, tais como transmissibilidade plena, disponibilidade etc., razão pela qual a teoria que vincula a proteção da imagem à propriedade não se mostra suficiente para a proteção do ser humano.

2.4.2.3 Teoria que vincula à tutela da imagem à intimidade

A doutrina que vincula a proteção da imagem à proteção da intimidade, que "compreende esfera exclusiva da vida privada de cada um, velada a indiscrição alheia"²⁷⁶, defende a tese de que a imagem somente deve ser tutelada na medida em que se viola a sua intimidade, ou seja, a imagem estaria, por vias transversas, inserida no âmbito de proteção da intimidade do sujeito.

²⁷⁴ BERTI, op. cit., p.70/71.

²⁷⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000. p.67.

²⁷⁶ MORAES, W., Direito..., 1977, p.346.

Estaria violando a intimidade de outrem quem capta imagem de terceiros sem o seu consentimento enquanto este estiver no seu momento de resguardo²⁷⁷. Para esta concepção doutrinária, a imagem da pessoa compõe a sua esfera de intimidade, entendendo que aquela é apenas e tão-somente uma expressão e continuidade desta.

Proteger a imagem, então, significaria proteger a vida íntima das pessoas. [...] O direito à imagem seria um dos aspectos de um direito mais abrangente: o direito à intimidade. Noutras palavras, o direito à imagem estaria contido no direito à intimidade. Assim, quando a intimidade fosse violada, estariam violados também todos os direitos que a integram e, dentre eles, o direito à imagem.²⁷⁸

Assim sendo, nesta concepção, a arbitrária captação, reprodução ou publicação da imagem de alguém representa uma intromissão indevida na esfera privada da pessoa, representa o *right of privacy* norte-americano, ou o *diritto alla riservatezza* italiano²⁷⁹. "Conseqüentemente, ao reproduzir-se indevidamente a imagem, viola-se a intimidade."²⁸⁰

Por certo que há uma estreita conexão entre a imagem e a intimidade da pessoa²⁸¹, sendo que ambas outorgam ao particular o direito exclusivo de autorizar tanto o uso da imagem, quanto a intromissão na sua vida íntima e privada, ao passo

²⁷⁷ "Uma das manifestações importantes do direito ao resguardo é o chamado direito à imagem." (CUPIS, op. cit., p.146).

²⁷⁸ FACHIN, A. Z., op. cit., p.60.

²⁷⁹ "Hay una quinta posición que confunde a la imagen com la intimidad, el right of privacy o diritto di riservatezza. Vale decir que, sin deja de señalar las salientes y molduras propias, se considera em ciertos casos afectado aquel derecho a la vida privada, a la reserva personal, y, por tanto, carece de total autonomia el de la imagen." (CIFUENTES, op. cit., p.505). Tradução livre: "Há uma quinta posição que confunde a imagem com a intimidade, o *right of privacy* ou *diritto à riservatezza*. Vale dizer que, sem deixar de ressaltar as características próprias, considera-se em certos casos atingido o direito à vida privada, à reserva pessoal e, portanto, falta total autonomia à imagem".

²⁸⁰ COSTA, op. cit., p.54.

²⁸¹ Lindon, citado por Silma Berti, afirmou: "A imagem seria o que há de mais sagrado na vida privada". (BERTI, op. cit., p.72).

que representa para todos os demais a obrigação de não ferir tanto a imagem quanto a intimidade alheia.

Tal qual ocorre com as outras teorias citadas alhures, aqui não se protege individualmente a imagem, mas sim a intimidade do seu titular.

Neste sentido:

Desta forma, levando em conta apenas um dos possíveis aspectos do direito à própria imagem (sua atinência à esfera privada do indivíduo), esta teoria o reduz a mera expressão de outro valor distinto, como é a intimidade. [...] É teoria reducionista no que tange à proteção jurídica da imagem, e por tal insuficiente.²⁸²

Assim sendo, é comum que a violação do direito à imagem acarrete também a violação do direito à intimidade do indivíduo. Contudo, não significa que há uma subsunção da imagem na intimidade; ambas representam bens jurídicos que devem ser tutelados distintamente e como tal devem ser objetos de proteção jurídica de maneira distinta e específica, vez que "a hipótese da usurpação da imagem requer para si uma posição independente da intimidade, conquanto fira valor que adere diretamente à personalidade"²⁸³.

A distinção entre os bens jurídicos fica clara quando se atenta para o exemplo dado por Walter Moraes, que solicita que se considere a hipótese de uma republicação, não autorizada, de retrato já antes publicado: a segunda publicação viola o direito à imagem do titular, mas não a sua intimidade.²⁸⁴

²⁸² BARBOSA, op. cit., p.39.

²⁸³ MORAES, W., *Direito...*, v.443, p.71.

²⁸⁴ MORAES, W., *Direito...*, 1977, p.346.

Nesta mesma esteira, defendendo a proteção distinta dos bens juridicamente protegidos, é a lição de Maria Affornalli:

Enquanto o direito à intimidade visa amparar seu titular contra a intromissão em sua vida privada, o direito à própria imagem atenta para a proibição da fixação da imagem por qualquer meio apto, sua divulgação e publicação (elemento moral, extrapatrimonial) e, ainda, faculta a exploração econômica da própria imagem, nas condições estabelecidas pelo representado (elemento material, patrimonial, *right of publicity*).²⁸⁵

De fato, "a intimidade é insuficiente para englobar todos os casos de violação da imagem"²⁸⁶. Imagem e intimidade são bens distintos e, sendo assim, merecem tutelas específicas do ordenamento jurídico, razão pela qual não prevalece na atualidade a presente doutrina.

2.4.2.4 Teoria que vincula a tutela da imagem à identidade

A teoria que vincula o direito à própria imagem à identidade considera que a imagem é simplesmente uma decorrência da própria identidade e, sendo assim, admite a proteção jurídica da imagem como elemento de identificação da pessoa, não como bem jurídico distinto.

Neste aspecto, somente haveria o ferimento do direito à imagem quando de alguma forma houvesse também uma lesão da identidade do seu titular, vale dizer: a imagem é protegida pelo ordenamento jurídico apenas e tão-somente enquanto fato de identificação pessoal.

Conforme leciona Walter Moraes, esta corrente tem como expoente maior Rietschel, para quem a "imagem é a contra-senha da identidade pessoal; é a individualização figurativa da pessoa [e em função disso]; autoriza a oposição contra

²⁸⁵ AFFORNALLI, op. cit., p.43.

²⁸⁶ ARAÚJO, op. cit., p.39.

toda injusta divulgação desta contra-senha da própria individualidade e contra toda vulgar indiscrição alheia"²⁸⁷.

E prossegue:

O que a teoria da identidade postula, em última análise, é que a imagem pessoal constitui bem tutelado na ordem do direito, enquanto fator de identificação individual. Por conseguinte, há lesão do direito à imagem quando houver usurpação, contrafação, adulteração, etc., da identidade pessoal.²⁸⁸

Diante disso, a eventual utilização indevida da imagem, até mesmo sua veiculação com conteúdo econômico, somente seria protegida juridicamente se concomitantemente causasse também uma lesão à identidade pessoal do sujeito, vez que a imagem apenas e tão-somente identifica a pessoa.

No Brasil, esta corrente foi adotada por Pontes de Miranda da seguinte forma:

A imagem serve à identificação pessoal. [...] é indiscutível que o direito à própria imagem existe, como um dos direitos contidos no direito à identidade pessoal, ao lado do nome. [...]

O *ius imaginis* supõe a identidade pessoal; de modo que usar a imagem de alguém para se indicar, ou indicar outrem, é ofensa ao direito (de personalidade) à própria imagem.²⁸⁹

Por certo que todos possuem sinais identificadores e evidentemente a sua imagem é o mais importante deles. Já dizia Keissner que "podemos imaginar uma pessoa sem nome, mas não sem fisionomia"²⁹⁰. Contudo, por mais que seja correta a assertiva de que a imagem serve para identificar a pessoa, ela não pode ser reduzida a apenas tal circunstância. Não se pode admitir que tendo em conta a função identificadora da imagem ela somente gozaria de proteção enquanto tal (elemento de identificação).

²⁸⁷ MORAES, W., Direito..., v.443, p.71.

²⁸⁸ MORAES, W., Direito..., v.443, p.71/72.

²⁸⁹ MIRANDA, P. de, op. cit., p.80.

²⁹⁰ Apud MORAES, W., Direito..., 1977, p.347.

Este entendimento, segundo Walter Moraes, incorre no mesmo erro das teorias da honra e intimidade, "pois que denega valor autônomo ao bem imagem, esbarra com dificuldades invencíveis na área da experiência"²⁹¹. Corroborando a sua tese, cita como exemplo o caso de alguém utilizar a imagem autêntica de outrem sem que houvesse a usurpação da identidade; a prevalecer a doutrina que vincula o direito à imagem à identidade, esta utilização não autorizada não seria protegida juridicamente.

E arremata:

Cumpre não confundir identificação com individuação. A imagem serve à individuação da pessoa; à identificação por via de consequência. Ora a identificação pessoal nasce de um interesse preponderantemente coletivo, ao passo que o direito à imagem nasce de um interesse preponderantemente pessoal de individuar-se.²⁹²

Na mesma linha de pensamento é a crítica de Luiz Alberto David de Araújo:

Para contestar tal corrente, não há que se alongar. Basta recordarmos do exemplo já citado por Santos Cifuentes, em que o modelo permite a reprodução de sua imagem, que é repetida por empresa não autorizada a fazê-lo. Ora, há violação da imagem, mas, em nenhum momento, perda da identidade. Não houve contrafação da imagem. A pessoa retratada é facilmente identificada. Não há qualquer má utilização de identidade. Há, isto sim, uso indevido da imagem, não coberto pela tese da identidade.²⁹³

Diante desses fundamentos é assente que a tese que insere a imagem no âmbito da identidade do titular não mais se sustenta.

²⁹¹ MORAES, W., *Direito...*, v.443, p.72.

²⁹² MORAES, W., *Direito...*, v.443, p.73.

²⁹³ ARAÚJO, *op. cit.*, p.40.

2.4.2.5 Teoria que vincula a tutela da imagem ao patrimônio moral

Para a teoria que submete a imagem ao patrimônio moral do titular, vigora o entendimento de que todos possuem um patrimônio juridicamente protegido (patrimonial e moral). Considerando que a imagem está inserida e integra a esfera moral do indivíduo, ela se inclui neste patrimônio moral, mas não de forma autônoma.

Neste aspecto, a imagem somente seria protegida porque "faz parte do patrimônio moral da pessoa, e por isso, requer proteção jurídica. O direito à imagem seria protegido porque, assim como o patrimônio material, o patrimônio moral requer proteção"²⁹⁴.

Esta teoria realiza o paralelo entre o patrimônio patrimonial e o moral; se o patrimônio "é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico"²⁹⁵, seria, portanto, viável imaginar o conjunto de bens que não seriam passíveis de avaliação monetária, os quais integrariam o chamado 'patrimônio moral' do indivíduo, inserindo-se nesta categoria o direito à imagem.

Neste mesmo sentido: "Entende a teoria de patrimônio moral que a imagem é bem jurídico que se situa na área moral da personalidade, não na material. É parte do patrimônio moral"²⁹⁶.

Tal viés exegético peca por faltar conteúdo próprio, vez que qualquer direito da personalidade poderia ser inserido nela, assim sendo o nome, a integridade física, a liberdade, enfim, todos os direitos que não tivessem avaliação econômica de forma direta seriam protegidos por integrarem este chamado 'patrimônio moral do indivíduo'.

Tal concepção transporta para os direitos da personalidade os conceitos próprios dos direitos reais, causando falta de adequação científica.

²⁹⁴ FACHIN, A. Z., op. cit., p.65.

²⁹⁵ BEVILÁQUA, op. cit., p.235.

²⁹⁶ AFFORNALLI, op. cit., p.46.

Walter de Moraes, após afirmar que o nome que esta "corrente sugere é fundamentalmente procedente"²⁹⁷, adverte, contudo, que há que se realizar alguns reparos:

a) o recurso à metáfora "patrimônio" denota de per si a pouca precisão teórica que a envolve; b) [...] teoria ainda vazia, carente de conteúdo conceitual determinado; em tese, ela serviria bem a qualquer direito de personalidade [...]; c) acresce que, segundo ela, para o "patrimônio moral" da pessoa vai o direito à imagem, não a mesma imagem, objeto de um direito; o erro, do nosso ponto-de-vista, é metódico e conceitual, pois é a imagem o bem jurídico que integra a personalidade; sobre a conduta tendente a este bem é que a ordem normativa do direito deita disciplina, sem necessidade de buscar paradigma na figura das categorias patrimoniais.²⁹⁸

Novamente Walter Moraes tem razão, esta doutrina carece, pois, de sustentação, uma vez que não contém a necessária rigidez científica, não se adequando, portanto, aos reclamos de uma proteção integral do ser humano.

2.4.2.6 Teoria que vincula a tutela da imagem ao direito autoral

A teoria que protege o *ius imaginis* apenas e tão-somente como um reflexo do direito autoral estabelece analogia entre a proteção que deve ser conferida à imagem e a proteção que deve ser conferida ao direito autoral, reduzindo, de certa forma, a imagem como um direito da mesma grandeza que teria um retrato, uma pintura, escultura etc.

Silma Berti, citando Ravanis, assevera que para os defensores desta posição doutrinária "a pessoa teria sobre os traços de sua fisionomia os mesmos direitos que tem o autor sobre a chamada obra do espírito, ou seja, um direito moral também qualificado de *propriété idéal*"²⁹⁹.

²⁹⁷ MORAES, W., Direito..., v.443, p.74.

²⁹⁸ MORAES, W., Direito..., v.443, p.74.

²⁹⁹ BERTI, op. cit., p.79.

Zulmar Fachin resume com propriedade os termos da teoria que vincula o direito à imagem à proteção do direito autoral nos seguintes termos:

Esta teoria parte do pressuposto de que o direito à imagem e o direito do autor são semelhantes. [...] A existência de um vazio legislativo em relação ao direito à imagem possibilitou o surgimento desta teoria. Assim, por muito tempo aplicou-se no Direito brasileiro a norma do art. 666, inciso X, do Código Civil, para solucionar questões pertinentes ao direito à imagem.³⁰⁰

Por evidente que esta teoria não encontra eco na atualidade, vez que, como visto, a imagem engloba mais que apenas traços físicos e, por certo, não é uma criação ou obra do espírito, mas algo que faz parte de cada um, que lhe é inerente.

"Em uma perspectiva que pretende demonstrar que ao direito à imagem falta o requisito fundamental e imprescindível à configuração do direito de autor – o ato criação"³⁰¹, vale dizer: a imagem não é criada pelo seu titular, requisito imprescindível ao direito autoral.

Neste mesmo sentido³⁰²:

Pretender classificar o direito à imagem dentre os direitos do autor é ignorar o traço essencial que um invento deve ter para ser considerado obra intelectual, qual seja, a criatividade. Somente as obras intelectuais são passíveis de proteção pelo direito autoral.

Todavia, a imagem humana carece de qualquer ato de criação por parte de seu titular. Sendo assim, não há como sustentar a teoria de que o direito à imagem seja espécie de direito autoral. [...]

Não tem mérito e nem participação na produção de sua imagem, mas apenas a recebeu como dádiva divina."³⁰³

³⁰⁰ FACHIN, A. Z., op. cit., p.61.

³⁰¹ BERTI, op. cit., p.80.

³⁰² Ainda: "A imagem não pode ser protegida pelo direito autoral, porque este se ocupa em proteger as criações intelectuais, enquanto aquela é uma expressão da personalidade humana, sem ser criação intelectual". (FACHIN, A. Z., op. cit., p.62).

³⁰³ AFFORNALLI, op. cit., p.44.

Acerca da falta do elemento necessário à configuração do direito do Autor, que é o 'ato de criação', disserta Jacqueline Dias:

Esse canto chegou a ser ouvido por *Kohler* e *Kant*, mas logo aperceberam-se da falta de um elementantíssimo do direito do autor, a criação. A pessoa não cria a sua imagem no sentido de construí-la intelectualmente a partir de determinados atributos. Cada indivíduo emana a sua imagem da forma como é. A imagem é atributo pertencente à personalidade independentemente da vontade da pessoa."³⁰⁴

Vale ainda a citação de Josef Kohler realizada por Notaroberto Barbosa:

O que eu criei, eu introduzi no mundo; posso portanto exigir que essa coisa fique reservada a mim, pois não estou subtraindo à Humanidade nada do que ela já possuía. Mas criei eu a minha própria figura? Sou eu o autor do meu Eu corporal? Da minha aparência? [...] Uma criação da Natureza como um Homem, uma floresta ou um canteiro de flores, jamais poderá valer como bem autoral. Portanto, ninguém se atribui um poder jurídico autoral sobre a própria imagem.³⁰⁵

Portanto, esta doutrina vale como uma referência histórica representando o esforço para se 'proteger' juridicamente a imagem por intermédio da proteção da criação do ser humano, vez que desprovida de cientificidade no atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica.

Em síntese rebatedora desta teoria, conclui Notaroberto Barbosa: "Faz mister, portanto, prosseguir no caminho da busca de uma proteção jurídica da imagem que se caracteriza pela autonomia, para que o direito à própria imagem possa efetivamente progredir"³⁰⁶.

³⁰⁴ DIAS, op. cit., p.108.

³⁰⁵ BARBOSA, op. cit., p.31.

³⁰⁶ BARBOSA, op. cit., p.34.

2.4.2.7 Teoria que vincula a tutela da imagem à liberdade

A título de ilustração faz-se menção ainda à tese que defendia que eventual violação da imagem representaria uma violação à liberdade do sujeito de autode-terminar-se e decidir quando, como e de que modo a sua imagem seria captada e/ou reproduzida.

Esta teoria não encontrou solo profícuo para florescer, vez que, de fato, a imagem e a liberdade são bens jurídicos distintos, cada um com seu objeto e âmbito de proteção pelo ordenamento jurídico de forma autônoma e independente.³⁰⁷

A liberdade é poder fazer ou deixar de fazer algo em conformidade com a lei, o que não tem qualquer relação com o direito que o titular tem de poder decidir de maneira exclusiva acerca da captação ou reprodução de sua imagem.

Jacqueline Sarmiento Dias, expondo de modo sintético os termos desta teoria ao mesmo tempo em que a refuta, assevera:

Na teoria do direito à liberdade, teoria em franco desuso, encontraremos a imagem protegida quando da violação à liberdade de decidir e determinar as condições de divulgação. Haveria um estreito liame entre a imagem e essa liberdade. A liberdade é questão mais abrangente do que o consentimento do retratado. Ressalva-se, contudo, que restringir o direito à imagem ao campo da liberdade é correr o risco de agrupar num mesmo instituto direitos distintos em si.³⁰⁸

Conclui-se com Walter Moraes: "[...] a publicação da sua efígie não constitui ato que lhe cerceie a liberdade de algum modo, e sim ato que contraria uma faculdade de uso exclusivo da sua própria figura, são coisas muito diferentes".³⁰⁹

³⁰⁷ Na Constituição Federal a liberdade é protegida pelos seguintes dispositivos: liberdade de uma maneira geral (art. 5.º, *caput* e inciso II), de pensamento (art. 5.º, IV), de consciência e credo (art. 5.º, VI, VII e VIII), intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5.º, IX), de profissão (art. 5.º, XIII), liberdade de locomoção (art. 5.º, XV e LXVIII), de reunião (art. 5.º, XVI), associação (art. 5.º, XVIII, XIX, XX, XXI), dentre outros.

³⁰⁸ DIAS, op. cit., p.100.

³⁰⁹ MORAES, W., Direito..., v.443, p.74.

2.5 A IMAGEM COMO UM BEM JURÍDICO: AUTONOMIA DO DIREITO À IMAGEM

Da análise das ponderações acerca das diversas teorias que almejam conferir proteção ao direito à imagem vinculando-a, porém, a outro bem jurídico, vislumbra-se a insuficiência de todas elas, dado que não garante a proteção e satisfação plena do ser integral, o que acaba por não dar efetiva aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois tentar "enquadrar o direito à imagem em qualquer instituto jurídico preexistente é dar a ele um enfoque limitado, é enxergá-lo por apenas uma das várias facetas que apresenta"³¹⁰.

De fato, a melhor forma para atingir tal desiderato e dar efetividade plena ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é conferir proteção autônoma ao Direito à Imagem tal qual previsto no texto constitucional (art. 5.º, V, X e XXVIII, 'a'), desvinculada, portanto, de qualquer outro direito da personalidade ou patrimonial.

Como afirmou Notaroberto Barbosa:

Não cabe desprezar as teses até aqui estudadas: afinal, estas são as provas cabais de uma evolução de um direito recente como o da própria imagem. Entretanto, nos dias que correm, este direito ganhou contornos e características tais que não mais permitem seu enquadramento de forma simplista no âmbito de qualquer dos direitos da personalidade preexistentes, mas sim determinam o enquadramento da proteção jurídica da imagem como direito autônomo, merecedor de disciplina própria. Vem-nos à mente portanto o sempre atual juízo de Louis Nizer, neste caso extremamente oportuno e que sintetiza muito do exposto: "Velhos nomes não acomodam novos Direitos."³¹¹

Como se dissertou alhures, nos tempos atuais, após a descoberta da fotografia e o desenvolvimento das várias maneiras de se captar a imagem, bem como a sua utilização e fácil reprodução (internet, televisão, jornais etc.), o direito à imagem foi

³¹⁰ AFFORNALLI, op. cit., p.46/47.

³¹¹ BARBOSA, op. cit., p.51.

se investindo de características e elementos próprios, desvinculados de qualquer outro já existente, evoluindo-se para a sua autonomia de maneira natural.

Diante disso, para que se tenha de forma exauriente a proteção integral da imagem, enquanto direito da personalidade e elemento dignificante da pessoa, há que admiti-la com natureza específica e como bem jurídico dotado de autonomia plena.

Muito embora se reconheça a relação entre a imagem e outros bens jurídicos, tais como a intimidade, a honra, a identidade etc., esta relação não torna este vínculo de subordinação entre eles, mas sim de coordenação.

A imagem deve ter proteção conferida pelo ordenamento, quer a sua lesão ou ameaça de lesão gere concomitantemente ou não repercussão na honra, identidade, intimidade etc. do titular.

A imagem é, pois, um direito autônomo oponível *erga omnes*.

Contudo, o que vem a ser esta autonomia que deve ser consagrada ao *ius imaginis*? Ninguém melhor que Walter Moraes para responder à indagação:

Com a palavra autônomo quero dizer: que tem regra própria, que determina por si, e não por subsunção em outros bens, uma ordem de comportamento. Ou a imagem é bem relevante para o direito, capaz de determinar por si conduta que implique a disciplina de uma norma jurídica, e então há consistência na faculdade de agir em razão deste bem – ou não o é, e então não há falar de um direito subjetivo.³¹²

Admitir a autonomia do direito à imagem é admitir que, independentemente de qualquer ameaça ou lesão a outro bem juridicamente protegido, a imagem será sempre tutelada pelo ordenamento jurídico; é admitir a responsabilidade civil contra aquele que lesou de modo específico a imagem de outrem.

³¹² MORAES, W., Direito..., p.67.

A doutrina contemporânea admite quase à unanimidade³¹³ a autonomia objetiva do direito à imagem:

A autonomia objetiva da tutela da própria imagem, sem necessidade de recorrer a bens de apoio como a honra, a identidade, etc., já que a imagem individual interessa de per si à realização, à preservação e à expansão da própria personalidade, e como tal determina a existência de regras de agir jurídico.³¹⁴

O direito à imagem é autônomo, não precisando estar em conjunto com a intimidade, a identidade, a honra, etc., embora possam estar em certos casos tais bens a ele conexos, mas isso não faz com que sejam partes integrantes um do outro. Deveras, pode-se ofender a imagem sem atingir a intimidade ou a honra.³¹⁵

É imperioso reconhecer que o direito à imagem é autônomo. Existe, por si só, sendo independente dos outros direitos da personalidade. [...] Em síntese, a imagem, por si só, requer proteção jurídica.³¹⁶

Como visto, impossível dar ao direito à própria imagem lugar entre a intimidade, honra ou identidade. A proteção seria insuficiente, omissa e incompleta, causando situação de injustiças. [...] O direito à imagem, assim, apresenta regras próprias, distintas de qualquer outro sistema de proteção. [...] Concluimos, destarte, que há autonomia do direito à própria imagem.³¹⁷

A Constituição Federal, no art. 5.º, incisos V e X, enuncia os princípios (normas) do direito à intimidade, honra e imagem-retrato e imagem-qualificação. A autonomia de cada um decorre do enunciado particular. A lei também não contém palavras desnecessárias. Entretanto, princípios portam em si o pressuposto de fato (hipóteses, *facti species*), de modo a enunciar uma série indeterminada de *facti species* não menos dotadas de autonomia que obedecem à concepção contemporânea do Direito: menos absolutismo legal, mais princípios que estejam abertos para recepcionar a visão mais ampla da ordem social, sempre se decidindo o intérprete pela lógica do razoável.³¹⁸

³¹³ A título de ilustração, cita-se a posição de Danilo Doneda, que, mesmo modernamente, não assume a autonomia do direito à imagem. Defende: "Ao estabelecer requisitos para que uma pessoa impeça a divulgação de aspectos de sua imagem, abre-se a reserva de que esta divulgação é lícita quando não lhe macule a honra ou quando tenha finalidade lucrativa (DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos nas perspectivas civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.52).

³¹⁴ MORAES, W., Direito..., 1977, p.349/349.

³¹⁵ DINIZ, op. cit., p.129.

³¹⁶ FACHIN, A. Z., op. cit., p.66.

³¹⁷ ARAÚJO, op. cit., p.41/43.

³¹⁸ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2002. p.194.

A questão do uso indevido da imagem, tantas vezes levada a exame pelos tribunais, acabou por assumir contornos próprios, possibilitando a tutela da imagem, independente de qualquer ligação com outro direito.³¹⁹

O direito à imagem constitui uma categoria autônoma entre os direitos subjetivos. Esta autonomia provém do caráter essencial que apresenta pela especialidade do seu objeto e da singularidade do seu conteúdo. [...] O direito à imagem possui regra própria. A imagem por si determina a conduta que implica a disciplina de uma norma jurídica.³²⁰

E mais:

O direito à própria imagem dota-se de plena autonomia, porque seus componentes, que se conformam por meio das projeções mecânicas ou plásticas e também da voz e dos gestos da pessoa, bem ainda da emanção de qualquer característico pessoal, não dependem doutros atributos personalíssimos (honra, privacidade, identidade etc.); manifestam-se independentemente.³²¹

A doutrina alienígena também tem admitido a proteção jurídica do direito à imagem sem qualquer vinculação com outros bens jurídicos.

No obstante, carecería de rigor científico el presente trabajo si ignorásemos que la autonomía del derecho a la propia imagen há sido negada en diversas ocasiones y por muy diversas razones. En nuestra opinión, sin embargo aquellas razones se han ido debilitando y en la actualidad creemos que debe abogarse por su autonomía. [...]

Em cualquier caso, el hecho de que em la práctica, cuando se vulneran dos derechos distintos, vgr. honor e intimidad, o intimidad y propia imagen, se reconduzcan a la vulneración de uno sólo de ellos, aquél cuyos caracteres sean prevalentes o dominantes, no puede conducir a la negación de que se trata de derechos distintos, de lo contrario podrían alcanzarse conclusiones tan absurdas como que el derecho a la libertad de información.³²²

³¹⁹ BERTI, op. cit., p.96.

³²⁰ DIAS, op. cit., p.110.

³²¹ JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. In: DELGADO, Mario; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Novo código civil**: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2003. v.1. p.39.

³²² SUEIRO, María E. Rovira. **El Derecho a La Propia Imagen**: especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito. Granada, 2000. p.22 e 28. Tradução livre: "Não obstante, careceria de rigor científico o presente trabalho se ignorássemos que a autonomia do direito à própria imagem tem sido negada em diversas ocasiões e por muitas e variadas razões. Em nossa opinião, sem

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento emblemático, reconheceu a autonomia do direito à imagem em polêmico caso envolvendo ex-jogadores da seleção brasileira de futebol, campeã mundial pela terceira vez em 1970, na Copa do Mundo realizada no México.

No caso referido, a Editora Abril e a Confederação Brasileira de Futebol - CBF lançaram álbum de coleção de figurinhas chamado 'Os Heróis do Tri', utilizando indevidamente a imagem dos jogadores sem a sua anuência.

O Julgado foi assim ementado:

Direito à imagem. Direito de arena. Jogador de futebol. Álbum de figurinhas. O direito de arena que a lei atribui às entidades esportivas limita-se à fixação, transmissão e retransmissão do espetáculo desportivo público, mas não compreende o uso da imagem dos jogadores fora da situação específica do espetáculo, como na reprodução de fotografias para compor "álbum de figurinhas". Lei n.º 5.989/73, artigo 100; Lei n.º 8.672/93.³²³

É da análise da fundamentação do v. acórdão que se constata a opção clara do Egrégio Superior Tribunal de Justiça pela desvinculação do direito à imagem de qualquer outro bem jurídico.

Após traçar os elementos que caracterizam o direito de arena e citar o conceito de imagem de Walter Moreas como sendo, "expressão formal e sensível da personalidade de um homem"³²⁴, decidiu-se:

embargos das razões em contrário as mesmas estão enfraquecidas na atualidade, cremos que se deve advogar pela autonomia. [...]. Em qualquer caso, na prática o que tem acontecido é que, quando se vulneram direitos distintos, como por exemplo a honra e a intimidade, ou a intimidade e a própria imagem, se reconhece a ofensa a somente um deles, aquele cujas características sejam prevalentes ou dominantes; tal postura não pode conduzir à negação de que se tratam de direitos distintos, vez que do contrário poderia chegar a conclusões tão absurdas como afirmar que a liberdade de expressão é a mesma que a liberdade de informação". No mesmo sentido são as lições de Santos Cifuentes (op. cit., p.502/512).

³²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 46420-0-SP. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recorrentes: Confederação Brasileira de Futebol – CBF e Editora Abril S/A. Recorridos: Clodoaldo Tavares Santana e outros. Julgamento ocorrido em 12.09.1994. **DJU**, 05 dez. 1994.

³²⁴ MORAES, W., *Direito...*, 1977, p.340.

Deixando de lado as teorias que procuram de algum modo vincular o direito à imagem a algum outro direito de natureza personalíssima como à intimidade, à honra, à privacidade, etc., a doutrina brasileira e a jurisprudência que lentamente se afirma nos tribunais é no sentido de atribuir-lhe caráter de um direito autônomo, incidente sobre um objeto específico, cuja disponibilidade é inteira do seu titular e cuja violação se concretiza com o simples uso não consentido ou autorizado, [...] Alegou-se a inexistência de prejuízo, indispensável para o reconhecimento da responsabilidade civil das demandas. Ocorre que o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só aí já está o dano moral. [...] A orientação aqui exposta está em harmonia como o que vem sendo decidido no Brasil, [...], o que permitiu que a persistência dessa orientação parece ser de molde a conduzir à formação de um costume na ordem jurídica brasileira. Hoje, tal direito tem suporte constitucional (artigo 5.º, incisos X, XI e XXVIII).³²⁵

A autonomia aqui defendida encontra respaldo na Constituição Federal, que tutela a imagem de forma igual aos demais direitos da personalidade, autônoma e especificamente, inserindo a sua proteção dentre as cláusulas imutáveis da Lei Maior (art. 60, § 4.º, IV da Carta Magna) pelos seguintes preceitos:

Art. 5.º, V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Art. 5.º, X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.³²⁶

É de fácil percepção notar que o Poder Constituinte tratou em um mesmo patamar e de forma individualizada valores consagrados pela sociedade, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, sem qualquer vinculação entre eles, demonstrando a autonomia de cada um sem qualquer espécie de hierarquia ou subordinação entre os bens juridicamente protegidos.

³²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 46420-0-SP. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recorrentes: Confederação Brasileira de Futebol – CBF e Editora Abril S/A. Recorridos: Clodoaldo Tavares Santana e outros. Julgamento ocorrido em 12.09.1994. **DJU**, 05 dez. 1994.

³²⁶ A Constituição Federal traz ainda a proteção do direito à imagem para os participantes em obras individuais e/ou coletivas, por intermédio do art. 5.º, XXVIII, 'a'.

Com efeito:

Se a lei maior positivou tais institutos [os autores estão se referindo à honra e à imagem], de modo a normatizá-los, há que se presumir que não se trata de sinônimos, ou seja, existe um significado próprio para cada um deles, senão razão não existiria para a especificação normativa adotada pelo constituinte na lei maior que estrutura todo um ordenamento jurídico.³²⁷

A conjunção dos incisos transcritos com a norma do § 1.º do mesmo artigo quinto, que determina que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", impõe a exegese de que independentemente do regramento infraconstitucional, o direito à imagem, assim como à intimidade, à vida privada e à honra, goza de proteção plena e autônoma do ordenamento jurídico. "São direitos preenchidos de *absoluta* eficácia. Absoluta, como um *plus à plena* eficácia, porque intangíveis as regras constitucionais que as reveste."³²⁸

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido em 04 de junho de 2002, reformou julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que havia negado o pedido da Autora em condenar a Ré ao pagamento de danos morais sob o fundamento de que a "reparação a esse título não se concede se a publicação não ofende a reputação da autora, em nada abalada pelo uso indevido"³²⁹.

Com fundamento no Art. 5.º, X, a Corte Suprema afastou a necessidade de lesão à honra ou qualquer fim comercial para a proteção do direito à imagem, reconhecendo a sua autonomia, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. DANO MORAL: FOTOGRAFIA: PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA: INDENIZAÇÃO: CUMULAÇÃO COM O DANO MATERIAL: POSSIBILIDADE. Constituição Federal, art. 5.º, X.

I - Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse

³²⁷ DUARTE et al., op. cit., p.137.

³²⁸ JABUR, op. cit., p.31.

³²⁹ Relatório do Recurso Extraordinário n. 215.984-1.

desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5.º, X.

II - R. E. conhecido e provido.³³⁰

Da análise do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal chegou-se à seguinte formulação: "A equação seria a seguinte: direito à imagem – direito à personalidade – sentimento. Havendo agressão a esse Direito – Indenização"³³¹.

De forma precisa, Luiz Alberto David de Araújo sintetiza a questão:

O constituinte cuidou de forma distinta de cada um desses bens e, ao colocá-los lado a lado, deu autonomia à imagem, resolvendo questão que atormentava a doutrina. Imagem, dessa forma, é distinta de intimidade, de honra, de vida privada. Se não pretendesse dar autonomia à imagem, não a colocaria ao lado de outros bens, bastando assegurar a proteção. Ao garantir imagem e honra, pretendeu, o constituinte, significar que são bens distintos, independentes. O mesmo se pode dizer da intimidade e da vida privada. A imagem, portanto, deve ter disciplina própria, ao lado da intimidade, da honra e da vida privada. Qualquer posicionamento, a partir do novo texto constitucional, que pretenda negar autonomia à imagem, deve ser rejeitado. Por força do novo ordenamento constitucional, pode-se afirmar, com tranquilidade, que a imagem é bem distintamente protegido, merecendo regulamentação própria e autônoma.³³²

A questão não demandaria maiores considerações vez que em nenhum dos preceitos constitucionais se conectou a proteção da imagem a qualquer outro bem jurídico, se não fosse a nova e confusa redação contida no art. 20 do Código

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 215.984-1. Rel. Ministro Carlos Velloso. Recorrente: Cássia Kis. Recorrida: Ediouro S/A. Julgamento ocorrido em 04.06.2002. **DJU**, 28 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 09 nov. 2007.

³³¹ DUARTE et al., op. cit., p.252.

³³² ARAÚJO, op. cit., p.74. Ainda neste mesmo sentido: "[...] para o caso brasileiro, existe autonomia do direito à própria imagem. [...]. O inciso X do art. 5.º não deixa dúvida acerca da independência da imagem em relação à honra e à intimidade" (LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p.79).

Civil³³³ que, ignorando todo o desenvolvimento da ciência jurídica acerca da proteção do direito à imagem, vinculou a sua proteção a uma concomitante lesão à honra ou a divulgação com fins lucrativos, comerciais.

Prescreve o art. 20 do Código Civil de 2002³³⁴:

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 responsabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

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

Reconhece-se ao Código Civil o mérito de ter inovado e previsto no ordenamento infraconstitucional a regulação dos direitos da personalidade. Contudo, há que se frisar que, no particular aspecto do direito à imagem, melhor seria que tivesse quedado-se silente a promulgar o malsinado art. 20 supracitado; melhor seria, para o ordenamento jurídico brasileiro, manter somente o regramento constitucional, para a proteção jurídica da imagem, que se já supririam todas as necessidades de bem proteger este direito.

³³³ Tanto que, Luiz Alberto David de Araújo, em obra pioneira no tema após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, categoricamente afirmou: "O texto constitucional pôs fim a uma discussão que agitou a doutrina nacional e estrangeira [...], qual seja a autonomia, ou não, do direito à própria imagem". (ARAÚJO, op. cit., p.73). Neste mesmo sentido: "Atualmente já não há dúvidas de que a imagem é um bem jurídico autônomo e que sua proteção decorre sem a pressuposta lesão a outro direito". (DIAS, op. cit., p.100).

³³⁴ O artigo 20 do Código Civil de 2002 manteve o 'sentido' do artigo 35 do Projeto de Código Civil de 1963, que previa:
 "Art. 35. Reprodução da imagem – a publicação, a exposição ou a utilização não autorizadas da imagem de uma pessoa podem ser proibidas a seu requerimento, sem prejuízo da indenização que couber.
 § 1.º - A proibição só se justifica se da reprodução resultar atentado à honra, à boa fama, à respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais.
 § 2.º - Os direitos relativos à reprodução da imagem podem ser exercidos pelo cônjuge ou pelos filhos, se estiver morta ou ausente a pessoa."

Porém, a redação conferida pelo art. 20 do Código Civil poderá ensejar, mesmo que de forma não correta, interpretações de que a imagem no Brasil somente é resguardada se a sua divulgação acarretar uma lesão à honra ou houver a divulgação para fins comerciais.

Neste sentido, como já se escreveu quando da análise das diversas teorias que vincularam o direito à imagem a outros bens jurídicos, o que o Código Civil realmente tutelou não foi o direito à imagem, mas sim a honra do seu titular, e o resguardou de eventual conteúdo econômico na divulgação de sua imagem.

A prevalecer a exegese meramente infraconstitucional, aquele que somente teve a sua imagem captada (não divulgada), sem que houvesse sido lesado em sua honra, ficaria desguarnecido de qualquer proteção jurídica do ordenamento; vale dizer: o titular da imagem não poderia impedir que qualquer pessoa captasse e armazenasse a sua imagem por qualquer meio, desde que não ocorresse a sua divulgação para fins comerciais e que não tivesse havido lesão à honra. A captação da imagem não autorizada seria lícita, ou até mesmo sua reprodução sem fins comerciais ou lesão à honra.

Tal exegese é contrária ao Princípio da Supremacia da Constituição em face dos atos normativos que lhes são inferiores e subordinados.³³⁵

³³⁵ Acerca do Princípio da Supremacia Constitucional: "Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas, como também delimita o conteúdo que possam ter. Como consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material. A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. O princípio não tem conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela." (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.370/371).

"Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma." (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.296).

De fato, "para que caiba a indenização do dano à imagem, basta que a fixação ou representação da imagem ou a sua utilização sejam feitas sem a autorização do seu titular"³³⁶.

O art. 20 não passou despercebido pela crítica da doutrina nacional:

A regra pertinente ao direito à imagem, contida no artigo 20 do Código Civil, peca de sensível obscuridade. Ao se referir à proibição das divulgações, alude a requerimento. Não pode ser interpretado como requisito, pois que a lei, na defesa da privacidade, proíbe que sejam publicadas, salvo autorização. O requerimento somente pode ser entendido no sentido de conferir à pessoa a faculdade de, na via administrativa ou judicial, promover as medidas contra quem quer que atente contra o direito à intimidade. Não se subordina o direito à privacidade a prévio requerimento. Não se compreende, também, que a divulgação seja proibida somente quando atinja a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo, ou para fins comerciais. A divulgação é proibida sempre, salvo autorização, e o indivíduo tem o direito de coibi-la. No caso de atentar contra aqueles atributos, sujeita o infrator às sanções que no caso couberem. Haverá, pois, necessidade de demonstrar a lesão, no caso de postular o interessado uma indenização.³³⁷

As condicionantes embutidas no texto do art. 20 retiram a tutela da imagem e depositam na da honra. E quando assim não o é, o legislador confina a sanção à finalidade comercial da desautorizada utilização. Vedou aí, o enriquecimento ilícito, mas não obistou usurpação da sublime emanção de qualquer meio sensível da pessoa cuja tutela, a exemplo daquela que deferiu aos demais direitos da personalidade, haveria de se postar acima das preocupações ou fruições materiais, porque materiais não são os bens que compõem a personalidade, motivo pelo qual a proteção a ela deferida haveria de contemplar a essência e não a consequência, até porque o *lucrum* colhido com a finalidade comercial extraída das potencialidades do direito violado nunca foi expressão do prejuízo pessoal experimentado pelo titular cujo direito foi desrespeitado.³³⁸

"Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la." (MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p.534).

³³⁶ AFFORNALLI, op. cit., p.33.

³³⁷ PEREIRA, op. cit., p.258.

³³⁸ JABUR, op. cit., p.26.

E mais:

Esta norma jurídica, constante do Projeto de Lei do Código Civil³³⁹, merece severas críticas. A proteção que oferece ao bem jurídico imagem é tênue, constituindo-se em um verdadeiro incentivo à prática da ilicitude. Simplesmente ignora a doutrina construída ao longo do tempo, e a jurisprudência consagrada pelos tribunais, não reconhecendo a autonomia do direito à imagem.³⁴⁰

Assim sendo, a depender do paradigma a ser adotado pelo intérprete, defender-se-á que a imagem somente é passível de proteção nos termos do art. 20 do Código Civil se houver algum conteúdo econômico ou se, conjuntamente com a violação da imagem, houver a violação da honra, ao passo que, por outro viés, qualquer ato que macule o direito da imagem será plenamente protegido pelos meios legalmente previstos para tanto independentemente de se vincular a qualquer outro bem jurídico, seja a honra ou estar relacionado com os fins comerciais.

Diante disso, serão diferentes as respostas para o seguinte caso hipotético: imagine-se alguém que tem a sua imagem, sem autorização, captada por uma máquina digital particular de pessoa que, não pretendendo a sua publicação, também não fere a sua honra. Poder-se-á impedir que aquele particular capte e/ou possua a imagem da pessoa independentemente de seus motivos e intenções, vale dizer: o direito tutela a opção da pessoa de não ter a sua imagem captada por estranhos?

O titular de determinada imagem captada, que de forma alguma é lesiva a sua honra, poderá impedir que terceiros, que não têm fins econômicos, divulguem ou reproduzam a sua imagem na internet, como por exemplo em sítios de relacionamento como o famoso 'orkut', ou em sítios de vídeo como o 'you tube'?

Outro exemplo hipotético: é lícito a um clube associativo, que, como é cediço, não possui fins lucrativos, divulgar a imagem de seu associado em periódico interno, sem que este autorize?

³³⁹ Obra publicada antes do advento do atual Código Civil, mas se referindo ao conteúdo do art. 20 atual.

³⁴⁰ FACHIN, A. Z., op. cit., p.127/128.

A resposta que se impõe é a de que o titular do *ius imaginis* pode sim opor-se à captação e/ou divulgação/reprodução de sua efígie independentemente de qualquer circunstância, não necessitando sequer declinar os seus motivos.

Com efeito, com o respeito devido às opiniões em contrário, há que se primar pela preponderância do direito daquele que não quer, seja por qualquer motivo, mesmo que íntimo, ter a sua imagem captada e por qualquer meio, independentemente de vinculação a outro bem jurídico, com fundamento nos preceitos constitucionais (art. 5.º, V e X) que efetivamente outorgam autonomia objetiva ao *ius imaginis*.³⁴¹

Como se pode constatar, o Código Civil vigente condicionou a tutela da imagem a lesão à honra ou utilização com fins comerciais, o que não encontra ressonância no ordenamento constitucional, razão pela ante a patente dissonância, o art. 20 não retira da Lei Maior a sua validade, sendo, pois, inconstitucional.

Assim, para que haja tutela integral no plano do ordenamento jurídico infraconstitucional do direito à imagem, há que se propor a alteração do Código Civil, deixando o art. 20 somente para a regulamentação da divulgação dos escritos e transmissão da palavra, acrescentando outro dispositivo legal, o Art. 20-A³⁴², que ficaria assim redigido:

Art. 20-A: A captação, reprodução, divulgação, exposição e utilização da imagem não autorizadas podem ser proibidas pelo titular sem prejuízo da indenização por danos morais e materiais.

§ 1.º único: Em se tratando de morto ou ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge ou companheiro³⁴³, os ascendentes ou os descendentes.

³⁴¹ Como acontece com todos os outros direitos, o direito à imagem não é absoluto. Em tópico adiante tratar-se-á dos limites do *ius imaginis*.

³⁴² Esta proposição teve como ponto de partida o art. 35 do Anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes.

³⁴³ A inclusão do companheiro se justifica pelo tratamento conferido pela Constituição Federal que reconhece a União Estável como entidade familiar, por intermédio do art. 226, § 3.º, que prescreve: Art. 226, § 3.º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 2.º - A autorização de que trata o *caput* deste artigo é dispensável quando a utilização da imagem for necessária para a manutenção da ordem pública ou à administração da justiça.

§ 3.º - Não constitui violação ao direito à própria imagem a captação e/ou reprodução de pessoa que se encontra em local público, desde que o sujeito não for o foco central da captação, nem de pessoa de notoriedade social, desde que exista a pertinência vinculativa entre a imagem captada e/ou reproduzida e o fato.

Assim sendo, ante a conformação de todo o ordenamento jurídico ao regramento constitucional, bem como ante a evolução do instituto (imagem) pela ciência jurídica, há que se conferir ao direito à imagem autonomia objetiva plena.

Diante dessa premissa metodológica, o direito à imagem se constitui na faculdade (direito subjetivo) exclusiva do seu titular de autorizar, revogar a autorização, recusar, impedir, proibir a captação, divulgação, exposição e utilização da sua imagem, independentemente de qualquer relação com outro bem jurídico também protegido pelo ordenamento jurídico (intimidade, honra, fins econômicos etc.), assegurando-lhe ainda o direito do titular de impedir a lesão ou, quando isto for impossível, de obter a indenização pelos danos morais e materiais.

Esta é a melhor exegese que se coaduna com o ordenamento constitucional, em respeito pleno ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

2.6 EXERCÍCIO DO DIREITO À IMAGEM – CONSENTIMENTO

Tendo em conta que o *ius imaginis* é a faculdade que tem o titular de autorizar ou proibir, de modo exclusivo, a captação ou exploração de sua efígie, constata-se que o exercício do direito à própria imagem se exerce de duas formas: a) negativa e b) positiva.

Ademais, o Conselho da Justiça Federal do Egrégio Superior Tribunal Justiça já havia consolidado o entendimento de que o rol de legitimados previstos nos artigos 12 e 20 do Código Civil também incluía o companheiro, por intermédio do Enunciado 275, que tem a seguinte redação.

"Enunciado 275 da IV Jornada de Direito Civil do CJF: "Arts. 12 e 20. O rol dos legitimados de que tratam os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil também compreende o companheiro."

O exercício negativo do direito à imagem é a faculdade que tem o sujeito de proibir a captação e/ou reprodução de sua imagem, vale dizer, o sujeito é, "por assim dizer, o dono de sua aparência"³⁴⁴, e se não desejar que ela seja captada ou reproduzida, basta opor-se a tais atos.

O direito à imagem, numa concepção negativa dos direitos da personalidade, visa a impedir que terceiros, sem a autorização da pessoa, registrem sua imagem ou a reproduzam, qualquer que seja o meio: fotos, filmes etc. A proibição da reprodução não autorizada da imagem alcança a proibição de sua publicação ou exposição pública.³⁴⁵

A exclusividade que detém o titular do direito à imagem de autorizar a sua captação³⁴⁶ ou reprodução implica dizer que tem o direito de opor-se a esta prática; a isto se refere o exercício negativo do *ius imaginis*.

Ao lado do direito de proibir a captação e utilização de sua imagem, ainda no que diz respeito ao aspecto negativo do direito à própria imagem, há ainda a 'retratação', que consiste na possibilidade que tem o titular de a qualquer tempo revogar a autorização dada para que terceiros pudessem captar e/ou utilizarem a sua imagem.

No que diz respeito ao exercício positivo do direito à imagem, a questão merece maiores aprofundamentos vez que, como visto anteriormente, o direito à imagem

³⁴⁴ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 61, v.444, 1972. p.19.

³⁴⁵ BORGES, op. cit., p.157.

³⁴⁶ "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." (JABUR, op. cit., p.39).
"A simples captação da imagem pode, nesse prisma, configurar ato ilícito." (VENOSA, op. cit., v.1, p.203).
"A doutrina é assente no sentido de que o uso não-autorizado da imagem alheia constitui ato ilícito." (BARBOSA, op. cit., p.89).

é um direito da personalidade³⁴⁷ e como tal ele é extrapatrimonial, indisponível, irrenunciável, impenhorável, imprescritível, tem caráter absoluto e é vitalício.

Assim sendo, de fato o *ius imaginis* é extrapatrimonial vez que, muito embora na atualidade a imagem possua larga utilização patrimonial, tal somente se dá de modo secundário e com reflexo ao interesse prevalecente que é o interesse moral enquanto proteção integral do ser humano, como consequência da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, ou, como sintetizou Renan Lotufo: os direitos da personalidade são extrapatrimoniais, "porque não se reduzem a dimensionamento de interesses nem a avaliações econômicas"^{348,349}.

Na feliz síntese de Rui Stocco tratando do exercício do direito à imagem, assevera: "o sujeito não pode aliená-la ou alienar o seu direito a ela, conquanto possa ceder a outrem o exercício de certos direitos que formam o conteúdo do seu direito geral"³⁵⁰.

Esta pequena parcela dos direitos à imagem que pode ser 'destacada' da pessoa e gozar de certa 'disposição patrimonial', possibilitando o uso econômico da imagem, não lhe retira a característica preponderantemente moral da qual gozam todos os direitos da personalidade, como acontece até mesmo com o direito do autor, que pode comercializar o produto de sua criação (livro, tela, filme etc.) mas não poderá alienar a própria 'obra do espírito' como se tivesse sido criado por outrem.

³⁴⁷ "O direito à própria imagem reveste-se das características comuns aos direitos da personalidade, gênero do qual é espécie." (AFFORNALLI, op. cit., p.51).

³⁴⁸ LOTUFO, **Código civil...**, p.49.

³⁴⁹ Esta posição gera certa polêmica na atualidade. Em sentido diverso do aqui esposado, considerando que a imagem tem como característica a patrimonialidade, vide: (FACHIN, A. Z., op. cit., p.72/73).

³⁵⁰ STOCO, op. cit., p.1625.

Neste sentido:

Os reflexos econômicos não têm o condão de afastar a predominância do interesse moral e surgem diante da possibilidade de veiculação da imagem nos meios publicitários e jornalísticos, por modelos, manequins, artistas, personalidades da sociedade, atletas; bem como em casos de violação do direito à imagem na forma de indenização pecuniária.³⁵¹

Da mesma forma, o direito à imagem é inalienável (indisponível ou intransmissível), ou, como prefere o Conselho da Justiça Federal do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, há disponibilidade parcial ou relativa, vez que a imagem do sujeito não pode ser vendida, doada ou de qualquer modo passada a terceiros, o que de fato se pode alienar é "a matéria sobre a qual incide o direito da personalidade"³⁵², mas não o próprio direito; pode-se alienar e conseqüentemente auferir vantagens patrimoniais com a exploração da fixação e reprodução da imagem de determinada pessoa, mas não se pode alienar a própria imagem.

A disponibilidade parcial e transitória da matéria sobre a qual incidem os direitos da personalidade³⁵³ foi consagrada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça por intermédio dos Enunciados 4 e 139 da primeira e terceiras jornadas respectivamente de Direito Civil, já transcritos no item 1.7 da presente obra.

Diante disso, muito embora o direito à imagem mantenha preponderantemente a sua característica de extrapatrimonialidade e indisponibilidade, a exploração econômica sobre a qual ela incide é cada vez mais comum nos dias atuais.

Assim sendo, importa examinar a forma como esta exploração ou o exercício do direito à imagem pode ocorrer licitamente.

³⁵¹ AFFORNALLI, op. cit., p.51.

³⁵² CORTIANO JR., A teoria..., p.29.

³⁵³ Nos termos dos Enunciados 4 e 139 da I e III Jornadas de Direito Civil do CJF, o que neste trabalho chama-se alienação da matéria sobre a qual incidem os direitos da personalidade a Corte Especial denominou de limitação.

Para que a utilização da imagem seja regular e válida, faz-se necessário colher do titular o seu consentimento³⁵⁴, não só para a captação de sua imagem, mas também para a sua reprodução e veiculação.

O consentimento, que está compreendido na locução "salvo se autorizadas" do art. 20 do Código Civil de 2002, é dado com exclusividade pelo titular do direito à imagem a terceiros, e pode ser tácito, quando decorre dos atos inequívocos do titular de não se opor à captação, reprodução ou veiculação de sua imagem³⁵⁵, ou expresso, em que o sujeito anui documentalmente com a utilização de sua feição, pode ser oneroso ou gratuito, a depender se o titular recebe alguma contraprestação pela exploração de sua efígie ou não.

Este consentimento, que torna a utilização da imagem lícita³⁵⁶, não é, contudo, ilimitado, vez que "o simples consentimento em deixar fixar a própria imagem não implica total e irrestrita disposição de sua imagem. Quem consente, consente em alguma coisa e até certo ponto"³⁵⁷.

Assim sendo, o titular tem que anuir também com a forma de utilização de sua imagem captada, outorgando o seu consentimento na forma de divulgação e sua finalidade, no veículo e no local em que irá ser publicada a efígie, na quantidade da

³⁵⁴ Consentimento no seguinte sentido: "Manifestação de vontade, séria e definitiva, em virtude da qual a pessoa, concordando com os desejos de outrem, vincula-se à obrigação ou obrigações, que servem de objeto ao ato jurídico ou ao contrato firmado entre elas". (SILVA, op. cit., p.353).

³⁵⁵ Por evidente que esta forma de consentimento é de difícil prova em eventual litígio, trazendo insegurança jurídica entre as partes, de modo que Notaroberto Barbosa adverte que "a existência do consentimento [tácito] deve ser analisada com rigor próprio de cada uma das circunstâncias da pessoa, modo, lugar e destino, com a vontade do sujeito cuja imagem vai ser difundida". (BARBOSA, op. cit., p.63).

³⁵⁶ "Havendo autorização, fica inibido o nascimento de qualquer direito a indenização pelo uso, tendo em vista que o consentimento torna a utilização legal." (LOTUFO, **Código civil...**, p.81).

³⁵⁷ BARBOSA, op. cit., p.67.

reprodução, se haverá ou não exclusividade, se a divulgação será remunerada e em que quantidade e de que forma, o tempo de publicação e reprodução da imagem etc.³⁵⁸

Dessa forma, não somente a captação deve ser consentida mas também o seu uso, sob pena de agressão ilícita ao direito à imagem. Notaroberto Barbosa cita o caso de pessoa célebre que autoriza a captação de sua imagem por fã para fins de recordação, mas não anuiu com a sua divulgação, reprodução e exploração desse retrato; caso o fã venha a fazer uso diverso do que guardar a imagem, estará atuando de forma ilícita.³⁵⁹

Repise-se:

A aquiescência ao uso da imagem é decisão incoercível e necessária sem a qual a utilização dessa projeção pessoal não adquire licitude. É a própria pessoa que escolhe se quer divulgar ou ver flunar sua imagem, a ocasião em que assim quer fazê-lo ou permiti-lo e a maneira pela qual, com ou sem contrapartida financeira, concebe adequada a autorização.³⁶⁰

A necessidade do consentimento para a exploração da imagem de outrem há muito já é consagrada pelos tribunais pátrios, notadamente pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal³⁶¹:

Direito à Imagem. Fotografia. Publicidade Comercial. Indenização. A Divulgação da Imagem de Pessoa, sem o seu consentimento, para fins de Publicidade Comercial, implica em Locuplemento Ilícito a Custa de Outrem, que Impõe a Reparação do Dano. Recurso Extraordinário Não Conhecido. (STF. RE 95872/RJ. Rel. Ministro Rafael Mayer. DJ 01.10.82, p.9830)

³⁵⁸ "Tais negócios devem ser formalizados da maneira mais completa possível, mediante autorização expressa e escrita, detalhando como a pessoa deverá aparecer, em que trajes e posições, em quais lugares, com quem, com que objetos, quando, a que veículos de comunicação o uso da imagem se destina e por quanto tempo, além da remuneração." (BORGES, op. cit., p.161).

³⁵⁹ BARBOSA, op. cit., p.68.

³⁶⁰ JABUR, op. cit., p.39.

³⁶¹ Julgados extraídos da seguinte obra: GUERRA, Sylvio. **Colisão de direitos fundamentais: imagem x imprensa**. Rio de Janeiro: BVZ, 2002. p.8/9.

Direito à Proteção da Própria Imagem, diante da Utilização de Fotografia, em Anúncio com Fim Lucrativo, sem a Devida Autorização da Pessoa Correspondente. Indenização pelo Uso Indevido da Imagem. Tutela Jurídica Resultante do Alcance do Direito Positivo. Recurso Extraordinário Não Conhecido. (STF. RE 91328/SP. Rel. Ministro Djaci Falcão. DJ 11.12.81, p.12605)

De fato, o "uso desconsentido, em qualquer situação em que seja colhida, ou fixada a pessoa, para posterior divulgação, com ou sem finalidade econômica, é ilícito, porque a pessoa é o arbítrio para se revelar ou não"³⁶².

Aquele que recebe a autorização para captação e exploração da imagem de outrem deve utilizá-la nos expressos e restritos limites³⁶³ da autorização concedida, sob pena de tornar a sua ação ilícita; aliás, o consentimento em caso de dúvida deve sempre ser interpretado restritivamente.

Silvio Guerra cita alguns julgados que, reconhecendo a autonomia do direito à imagem, exigem o consentimento para a utilização lícita da imagem:

Responsabilidade civil. Direito à imagem. Ausência de consentimento. Violação. Aplicação do art. 5.º, X da CF. Não importa a inexistência de lucro ou falta de humilhação do fotografado. A falta de consentimento é condição suficiente para a indenização. Entretanto, o valor estipulado na sentença deve ser mantido. Apelo improvido. Recurso adesivo improvido. (TJ/RS - Ap. Cív. 70003823374, Rel. Ney Wiedemann Neto, Data: 29.05.2002)

Responsabilidade civil. Dano moral por utilização desautorizada de imagem. A utilização da imagem além do âmbito da autorização configura, por si só, independentemente de outros prejuízos extrapatrimoniais ou patrimoniais, o dano moral.

A prova da exceção de consentimento e sua amplitude é da editora que publica a fotografia.

A prova dos danos materiais é da autora da ação, fato constitutivo de seu direito. A demonstração do dano moral se satisfaz pela evidenciação do próprio fato.

³⁶² JABUR, op. cit., p.22.

³⁶³ "Em outras palavras, usar a imagem para fins além daqueles previstos significa violar o direito à imagem: é como se a tivesse utilizado sem autorização e sem remuneração." (FACHIN, A. Z., op. cit., p.53/54).

Fixação da indenização segundo critérios externados em doutrina e jurisprudência, com caráter compensatório e inibitório, dentro do bom senso e da razoabilidade.

Sucumbência recíproca.

Apelação parcialmente provida. (TJ/RS – Ap. Cív. 70003823374, Rel. Rejane Maria Dias de Castro Bins, Data: 15.05.2002).³⁶⁴

Arremata Notaroberto Barbosa: "Tem-se, desta forma, que a maneira de exercício positivo do direito à própria imagem é a disposição, caracterizada como autorização dada a outrem para o uso da própria imagem"³⁶⁵.

Contudo, é importante destacar ainda que este consentimento sempre e em qualquer momento poderá ser retratado, vale dizer: o titular do direito à imagem sempre poderá retirar a autorização que anteriormente havia outorgado para que sua imagem fosse captada e/ou explorada.

Por certo que o titular deverá responder pelos prejuízos causados pela sua retratação, seja por intermédio do pagamento da cláusula penal estipulado contratualmente ou por intermédio da responsabilidade aquiliana, além de ser obrigado, na medida do possível, a reestabelecer o *status quo ante*.

Como assevera Capelo de Souza, mesmo quando autorizada pelo titular a utilização da matéria sobre a qual recaem os direitos da personalidade, estas autorizações são "sempre revogáveis³⁶⁶, discricionárias e unilateralmente", obrigando-se, no entanto, ao pagamento dos "prejuízos causados às *legítimas expectativas* da outra parte"³⁶⁷.

³⁶⁴ GUERRA, op. cit., p.225 e 228/229.

³⁶⁵ BARBOSA, op. cit., p.66.

³⁶⁶ Vide item 1.7 do presente trabalho, notadamente acerca do exemplo dado de que, se fosse no Brasil, e nos termos noticiados pela imprensa, o contrato vitalício de uso da imagem firmado pelo jogador de futebol Ronaldinho 'o fenômeno' e a multinacional Nike não seria válido ante a necessidade de sempre ser temporária a disposição da matéria sobre a qual incidem os direitos da personalidade.

³⁶⁷ SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.409.

É portanto na irrenunciabilidade e intransmissibilidade do direito à própria imagem que se estriba a faculdade que tem o retratado de, a qualquer tempo, revogar o consentimento outorgado e desfazer a disposição da imagem em favor de outrem. [...]

O instituto da retratação é portanto ínsito ao próprio exercício do direito à própria imagem, e tão antigo quanto este. [...]

Com efeito, o instituto da retratação com indenização faz parte de muitas das disposições legais acerca da proteção jurídica da imagem³⁶⁸

Neste mesmo sentido é o entendimento da mestre espanhola Maria Sueiro:

*Em nuestra opinión, dicha indemnización es simplemente una consecuencia del ejercicio de la facultad de revocar, cuya finalidad no es otra que la de compensar el empobrecimiento injustificado del tercero por lo daños que se pueden derivar de la lícita recocación.*³⁶⁹

Esta retratação somente é possível tendo em conta que o direito à imagem integra o patrimônio essencial do indivíduo e em razão de sua natureza personalíssima, o que atesta, ademais, a característica preponderantemente de extrapatrimonialidade deste bem jurídico.

No entanto, este direito de retratação deve vir acompanhado da mais ampla indenização dos prejuízos causados a outrem.

Contudo, esta indenização não deve ser prévia à retratação, vale dizer, o titular do direito à imagem pode a qualquer tempo retratar-se, cabendo ao lesado buscar o abrigo do Poder Judiciário para fazer valer o seu direito de ser indenizado ante ao preceito moral e jurídico que determina que aquele que causa prejuízos a outrem fica obrigado a indenizar o dano.

Dessa forma, mantém-se o equilíbrio entre o direito personalíssimo do titular da imagem, com o direito de terceiro de não sofrer prejuízos pela vontade daquele que consentiu e posteriormente retratou-se.

³⁶⁸ BARBOSA, op. cit., p.73/75.

³⁶⁹ SUEIRO, op. cit., p.87. Tradução livre: "Em nossa opinião, a referida indenização é simplesmente uma consequência do exercício da faculdade de revogar [revogar a o consentimento para a captação/ utilização da imagem], cuja finalidade não é outra do que a de compensar o empobrecimento injustificado de terceiro pelos danos que se podem derivar da lícita revogação".

2.7 LIMITES DO DIREITO À IMAGEM

O direito à própria imagem é exercitável, como visto no tópico anterior, pelo consentimento que representa um direito único e exclusivo de seu titular de autorizar a captação, reprodução e/ou divulgação de sua imagem em conformidade com o interesse que melhor lhe aprouver.

Contudo, como é cediço, nenhum direito pode ser considerado absoluto e ilimitado, devendo ceder em determinadas situações previstas pelo ordenamento jurídico; com o direito à própria imagem não é diferente³⁷⁰⁻³⁷¹.

Neste sentido:

É pacífica, entre os doutrinadores, a posição de que nenhum direito é absoluto, visto que tem seu campo de atuação limitado pelo campo de atuação de outro direito. Nesse sentido, bem coloca Pedro Federico Caldas, em seu livro *vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*: "Exercício de direito vulnerador de uma situação jurídica, ou de outro interesse juridicamente protegido, configura despotismo ou abuso de direito, configurações que trincam a ordem jurídica, o equilíbrio e a harmonia social, demandando a reparação devida."³⁷²

Assim, o uso não autorizado (consentido) da imagem não constituirá ato ilícito em determinadas hipóteses que adiante serão analisadas e não outorgam ao seu titular qualquer espécie de indenização ou possibilidade de impedir o seu uso: são os limites do direito à própria imagem, ou, como prefere Santos Cifuentes, são as "*imagenes no protegidas*".³⁷³

Inicialmente, no entanto, inicia-se este tópico de modo aparentemente paradoxal, o que este trabalho considera não uma limitação do *ius imaginis*, mas, ao

³⁷⁰ Nesta mesma toada: FACHIN, A. Z., op. cit., p.109/123.

³⁷¹ Ainda: "[...] como nenhum direito é absoluto ou intocável, o direito à imagem também está sujeito a limites ou restrições de ordem interna e externa". (DUVAL, **Direito**..., p.126).

³⁷² LOTUFO, **Código civil**..., p.79.

³⁷³ CIFUENTES, op. cit., p.531/541.

revés, o seu legítimo exercício, que é a captação e/ou utilização da imagem de pessoa notória e daquele que se encontra em local público.

Cumprido, portanto, salientar que, ao contrário do que aponta parte da doutrina, a utilização de imagem de pessoa pública e notória, de indivíduo em lugar público (desde que não seja o foco principal da imagem), não constitui propriamente limitação ao direito da própria imagem, mas, ao contrário, o seu exercício.

Em relação à pessoa pública, Regina Sahm assevera:

A abrangência da vida pública de certas pessoas levou parte da doutrina a considerar que sua notoriedade ou *status* importava numa autorização tácita para divulgação.

Pessoas notórias se encontrariam em um estado de *représentation permanent*, aplicável com relação aos fatos da vida, seja da vida pública, como privada, "quando a vontade de divulgar sua personalidade ao público pareça evidente, é extensiva ao direito à imagem".³⁷⁴

Sérgio Iglesias ressalta que mesmo nestes casos em que a pessoa encontra-se em público é "necessário o consentimento. E nesta exclusiva hipótese, houve tacitamente"³⁷⁵.

Com efeito, como visto no tópico anterior, o consentimento do titular para captação e utilização da sua imagem não necessita ser expresso, podendo ser tácito desde que das circunstâncias do caso concreto se possa assim concluir.

O que de fato ocorre com as pessoas públicas e notórias na sociedade é que elas outorgam um consentimento prévio e tácito para que suas imagens possam ser captadas e utilizadas, desde que nos limites da sua publicidade e notoriedade.

Não se pode conceber que determinado político, atleta ou artista, por exemplo, não autorize previamente a captação de sua imagem quando se encontra voluntariamente em público, sabendo de sua condição de notoriedade e publicidade.

³⁷⁴ SAHM, op. cit., p.199.

³⁷⁵ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri: Manole, 2002. p.89.

David de Araújo³⁷⁶ leciona acerca das figuras públicas:

São indivíduos que, em razão do ângulo artístico, político, esportivo ou por qualquer outro motivo, projetam a sua personalidade para além das barreiras individuais, passando a ser objeto de interesse público, interesse de toda a comunidade. São pessoas que são notícia dos jornais, das revistas especializadas, das reportagens.

Seria insensato imaginar que determinado jogador de futebol, no Brasil, se insurgisse contra a publicação de sua fotografia, em jornal de grande circulação, quando marcou o gol da vitória para seu clube, em partida de final de campeonato.³⁷⁷

Assim, quando o político, artista ou atleta se dispõe a se mostrar publicamente, há que se concluir, diante das circunstâncias, que ele autorizou a captação e utilização de sua imagem, tendo em conta a própria condição que ostenta no meio social.

Neste sentido:

A princípio as pessoas públicas não podem, pelas condições públicas que possuem, se negarem a ser alvo de curiosidade e, assim, de divulgação de fatos de sua vida. Essa divulgação deve limitar-se aos acontecimentos públicos, deixando os episódios privados na esfera da intimidade.³⁷⁸

Poder-se-ia continuar nos exemplos e perquirir seria legítima a proibição da exploração da imagem de político que está inaugurando certa obra, ou de artista conhecido que vai à praia?

A resposta mais adequada ao caso vertente é que estas pessoas notórias, sabedoras de sua situação, quando se encontram em público outorgaram o consentimento tácito necessário para a utilização de sua efígie.

³⁷⁶ Há que se ressaltar que o mestre Luiz Alberto David de Araújo considera a situação retratada como uma limitação ao direito à própria imagem, ao contrário da posição aqui defendida, que, como visto, considera o seu efetivo exercício.

³⁷⁷ ARAÚJO, op. cit., p.97.

³⁷⁸ DIAS, op. cit., p.132.

Contudo, este consentimento tácito não é ilimitado, assim como não o é o próprio direito à imagem, vez que a utilização da imagem deve estar ligada à notoriedade e publicidade da pessoa e vinculada a estas circunstâncias, não se concebendo, por exemplo, a utilização da imagem da artista na praia para anunciar determinada marca de biquini.

Neste aspecto, é emblemático como exemplo abusivo do consentimento tácito o caso de G. Pompidou, ex-presidente francês, relatado por Eduardo Manso:

Torna-se famoso o caso que envolveu GEORGES POMPIDOU: o então Presidente da República Francesa, em ato público inerente ao seu cargo, foi fotografado a bordo de uma lancha a vapor, de tal modo que, em primeiro plano, aparecia com nitidez sintomática a marca do motor que a movia. Partindo dessa foto, inicialmente autorizada pela notoriedade do homem público, em ato próprio de seu cargo, houve uso publicitário que, evidentemente, não contava sequer com a tácita autorização do fotografado. Descendo do alto de suas funções e agindo como simples cidadão francês, Pompidou exigiu por via judicial, e obteve, a retirada daquela foto de circulação, assim como sua destruição.³⁷⁹

Assim sendo, como bem ressaltou Araujo:

A imagem, no entanto, deve estar ligada à notícia, não podendo o jornal servir-se dela para veicular matéria publicitária, por exemplo. O liame entre a notícia e a publicação da imagem deve ser estreito, sob pena de se configurar publicação indevida.^{380,381}

Algo semelhante ocorre com aquele que se encontra em local público e tem a sua efígie captada e eventualmente reproduzida. Desde que não seja ele o centro principal da notícia ou retrato e que a sua imagem esteja inserida na notícia

³⁷⁹ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito autoral**: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p.85.

³⁸⁰ ARAÚJO, op. cit., p.98.

³⁸¹ Neste mesmo sentido: "Publicar foto de um político quando, no exercício de seu mandato, realiza visitas a instituições diversas, atende ao interesse público e tem o condão de afastar o direito à imagem. Ao contrário, divulgar fotos deste mesmo político, quando encontra-se no recinto familiar, fora do exercício de suas funções públicas, não atenderia, de forma alguma, ao interesse público, mas ao repudiável 'interesse do público'." (AFFORNALLI, op. cit., p.61).

ou reportagem de forma acessória e guarde vinculação entre ambas (imagem e notícia ou reportagem), não se estará lesionando o direito à imagem, haja vista ser necessário considerar que aquele que se expõe publicamente autoriza de modo implícito a utilização de sua imagem, desde que inserida de forma secundária no fato retratado.

Para hipótese vertente, David de Araújo entende que houve autorização implícita do sujeito, ao contrário da sua posição em relação à pessoa notória. Pela excelente síntese da questão, transcreve-se:

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. Imaginemos a hipótese de uma pessoa que caminha pela praia, sem qualquer preocupação, numa manhã ensolarada. Sua foto, no dia seguinte, é veiculada pelos jornais, noticiando a volta do bom tempo, ausente nos últimos dias. O indivíduo, no caso, não foi o centro da notícia, nela aparecendo circunstancialmente, como centenas de outras pessoas que estavam (ou que poderiam estar) na praia naquele instante. Mas, imaginemos que a publicação da sua imagem, na notícia acima mencionada, causasse dano ao indivíduo. Poderia pretender uma reparação? A resposta é negativa, já que, ao permanecer em lugar público, o indivíduo, implicitamente, autorizou a veiculação de sua imagem, dentro do liame notícia-imagem.³⁸²

Neste mesmo sentido conclui Zulmar Fachin que: "se a imagem da pessoa estiver dentro do contexto do evento, não haverá lesão ao direito à imagem. Todavia, se à imagem da pessoa for dado mais destaque do que ao próprio evento, então o direito à imagem foi atingido"³⁸³.

Por outro giro, ao contrário dos casos supra-relatados, o direito à própria imagem pode ser limitado em duas circunstâncias: a) quando for necessária para a administração da justiça ou b) quando for necessária para a manutenção da ordem

³⁸² ARAÚJO, op. cit., p.98.

³⁸³ FACHIN, A. Z., op. cit., p.117.

pública. Neste aspecto andou bem o legislador civil ao prever tal limitação no art. 20 do atual Código Civil³⁸⁴.

Como bem ressaltou Flávio Tartuce, novamente o legislador ordinário utilizou-se corretamente das cláusulas gerais, cabendo ao intérprete dizer, quando da análise do caso concreto, o que constitui a utilização da imagem como sendo necessária à "administração da justiça" ou à "ordem pública"³⁸⁵.

Nestas circunstâncias, a utilização da imagem da pessoa não consistirá ato ilícito, não podendo o titular a ela se opor ou pleitear qualquer indenização correspondente.

Na hipótese de a imagem ser utilizada para o auxílio da administração da justiça ou ordem pública, aplica-se a regra de que o interesse individual deve ceder para o interesse geral e do coletivo social.

Neste mesmo sentido é o escólio do mestre italiano Adriano de Cupis, que vai mais além:

As necessidades da justiça ou de polícia, os fins científicos, didáticos ou culturais, constituem outras tantas hipóteses especificamente determinadas, nas quais o sentido da individualidade deve ceder, em face de exigências opostas de caráter geral. O mesmo sentido da individualidade deve, do mesmo modo, ceder quando a reprodução esteja ligada a fatos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público ou realizadas em público. A quem participa em um acontecimento ou em uma cerimônia de interesse público, ou ocorrida em público, pode mesmo atribuir-se o consentimento tácito da reprodução da sua imagem em várias cópias enquadradas nos ditos acontecimentos ou cerimônias.³⁸⁶

Porém, a utilização não consentida e lícita da imagem alheia deve ser limitada à necessidade referida, cessando-se tão logo acabem os motivos determinantes de sua utilização.

³⁸⁴ Vide, no entanto, a proposta de alteração legislativa apresentada no tópico 2.4.

³⁸⁵ TARTUCE, **Direito civil...**, p.186.

³⁸⁶ CUPIS, *op. cit.*, p.149.

Acerca dessas limitações, leciona David de Araujo:

Caso típico dessa espécie é a segurança nacional [ordem pública]. 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. A publicação de imagem de determinado indivíduo que afeta a segurança nacional, ou mesmo a manipulação de arquivos fotográficos, desde que relacionados logicamente com o bem protegido, não poderá ser objeto de oposição do indivíduo. [...] O interesse do indivíduo não pode prevalecer sobre o social. Na mesma linha de raciocínio está a publicação da imagem decorrente de investigação criminal ou atividade investigatória do Estado. [...] Cessada a razão da divulgação, a publicação passa a ser indevida.³⁸⁷

No mesmo sentido: "Em resumo, a descompressão da imagem tem duplo efeito: de um lado, libera a imagem ao conhecimento do público em geral e, de outro lado, cessada a interferência do limite, restaura o controle da imagem pelo seu titular ou seus herdeiros"³⁸⁸.

Questão outra que merece ainda menção é a possibilidade real e concreta de ocorrer conflito entre o direito à informação e liberdade de imprensa, com o direito à própria imagem do sujeito.

Todos têm de fato o direito de se informar e ser informados. Contudo, ocorrerá por vezes que o direito que a imprensa tem de informar e do cidadão ser informado esbarre e encontre atrito no direito do sujeito de ter sua imagem preservada.³⁸⁹

Esses direitos (imprensa e informação, de um lado, e imagem, de outro) são assegurados constitucionalmente. Em relação à liberdade de imprensa, prevê o art. 220 da Constituição Federal:

³⁸⁷ ARAÚJO, op. cit., p.95/96.

³⁸⁸ DUVAL, **Direito**..., p.146.

³⁸⁹ "[...] inúmeras são as possibilidades de, no exercício do direito de informar, se manifestar uma opinião ou, de qualquer forma, se publicar notícia que coloque em confronto alguns dos direitos da personalidade, por exemplo, a honra, ou a imagem, e a liberdade de imprensa." (GODOY, Claudio Luiz Bueno. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001. p.65).

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.

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

Diante de possível conflito, qual solução deve ser tomada: a) prevalência do direito à informação; b) prevalência do direito à imagem?

Luís Roberto Barroso ensina que: "a moderna interpretação constitucional dá destaque à técnica da ponderação de valores quando ocorram conflitos entre direitos e interesses fundamentais"³⁹⁰.

Em sentido análogo leciona Sérgio Cavalieri:

É tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre princípios constitucionais em aparente conflito, porquanto, em face do *princípio da unidade constitucional*, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém; deve o intérprete procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios até chegar a uma vontade unitária na Constituição, a fim de evitar contradições, antagonismos e antinomias.³⁹¹

No caso vertente, no entanto, a própria Constituição Federal dá os vetores necessários a conduzir o intérprete ao real alcance de seu fim. Com efeito, da análise do § 1.º do art. 220, o qual Sérgio Cavalieri Filho chamou de "reserva legal qualificada"³⁹², tem-se que o direito à imagem deve prevalecer, vez que o dispositivo constitucional condicionou o exercício da liberdade de imprensa, e conseqüentemente a liberdade de ser informado, à observância de outros direitos, inclusive à imagem do titular (art. 5.º, V e X da Constituição Federal).

³⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Cigarro e liberdade de expressão. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Tomo II. p.649.

³⁹¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.103.

³⁹² CAVALIERI FILHO, op. cit., p.104.

Assim sendo, em caso de dúvida entre qual o direito que deve preponderar, o cientista deve optar pelo *ius imaginis*.³⁹³

Neste sentido: "A proteção constitucional aos direitos da personalidade, ante o art. 1.º, III, da Constituição Federal, sobrepõe-se ao direito de imprensa, ao de informar, ao direito à informação ou ao de ser informado e ao de liberdade de expressão"³⁹⁴.

Ainda: "[...] no processo de ponderação desenvolvido para a solução do conflito o direito de noticiar há de ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas"³⁹⁵.

Ao contrário do posicionamento ora firmado, o Conselho da Justiça Federal entendeu que na colisão dos direitos (imagem x imprensa) devem-se privilegiar medidas que não restrinjam o direito à informação.

Este é o teor do Enunciado n.º 279 exarado na IV Jornada de Direito Civil, que tem a seguinte redação:

Enunciado 279 da IV Jornada de Direito Civil:

Art. 20. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

³⁹³ Neste mesmo sentido, contudo em relação à vida privada, é a lição de Sérgio Arenhart: "De qualquer forma, é bom advertir-se: na dúvida, o privilégio sempre há de ser da vida privada. Diante da impossibilidade concreta de se encontrar a fronteira entre os conceitos, sempre é preferível tutelar a vida privada, em detrimento da informação. Isto por uma razão óbvia: este direito, se lesado, jamais poderá ser recomposto em forma específica; ao contrário, o exercício do direito à informação sempre será possível *a posteriori*, ainda que, então, a notícia não tenha mais o mesmo impacto". (ARENHART, op. cit., p.95).

³⁹⁴ DINIZ, op. cit., p.132.

³⁹⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.104.

Contudo, como já afirmado, nenhum direito é absoluto, sendo necessário, portanto, admitir situações em que o direito à imagem deve ser sacrificado em detrimento do direito à informação, aplicando-se novamente a regra da prevalência do interesse público e coletivo sobre o particular e individual.

A doutrina elenca alguns requisitos necessários para que o direito à imagem ceda diante da liberdade de imprensa:

Assim, são requisitos para que o direito à informação se sobreponha aos direitos individuais: a) a informação deve ser verdadeira; b) a informação deve ser inevitável para passar a mensagem; c) a mensagem deve dizer respeito a aspecto relevante para a sociedade; d) a notícia não pode ser veiculada de modo insidioso e abusivo, com contornos de escândalo.³⁹⁶

Em sentido similar: "[...] esta liberdade de informar somente será digna de ser oposta como óbice à invocação do direito à imagem, também constitucionalmente garantido, quando, além de trabalhar com notícia correta e imparcial, prestar-se ao **interesse público**"³⁹⁷.

É evidente que a configuração da existência de interesse público preponderante sobre o individual de modo que o *ius imaginis* possa ser sacrificado, ante ao direito e à necessidade que tem a sociedade de ser informada, não é de fácil demonstração e não encontra uma fórmula objetiva no ordenamento jurídico, de modo que o aplicador do direito deverá analisar cada caso concreto em particular para averiguar individualmente qual direito juridicamente protegido deverá prevalecer, utilizando o Princípio da Proporcionalidade³⁹⁸, que permite "[...] que o juiz gradue o peso

³⁹⁶ MAZZILLI; GARCIA, op. cit., p.17.

³⁹⁷ AFFORNALLI, op. cit., p.87.

³⁹⁸ "[...] uma vez diante de um conflito aparente entre direito ou liberdade de informação e direito à imagem (ou qualquer outro direito da personalidade), há que se fazer um cotejo dos bens envolvidos, investigar a real existência do interesse público e demais peculiaridades do caso concreto, para somente então conseguir uma solução que homenageie todo o sistema constitucional, ao invés de agredi-lo. Não há fórmula geral e pronta para tanto." (AFFORNALLI, op. cit., p.88).

da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo justiça do caso concreto"³⁹⁹.

Neste sentido:

Um fato, todavia, é certo e deve ser reconhecido. É que, com efeito, inexistem qualquer *standard* ou modelo específico preconcebido, ou mesmo qualquer regra que tipifique o que vem a ser este Juízo equitativo, de modo a tornar tarefa de simples subsunção a apreciação do confronto entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa. [...] Em outras palavras, é preciso verificar se, no caso concreto, o sacrifício da honra, privacidade ou imagem de uma pessoa se impõe diante de uma determinada informação ou manifestação que, de alguma forma, se faça revestida de interesse social, coletivo, sem o que não se justifica a invasão da esfera íntima ou moral do indivíduo.⁴⁰⁰

Nesta toada, aplicando-se ao presente conflito de direitos a lição do mestre Luís Roberto Barroso, assevera-se que não se pode aplicar para *hard cases* o princípio da subsunção, por intermédio de uma premissa maior (norma) incidiria sobre uma premissa menor (fato), aplicando-se o conteúdo da norma ao fato, vez que no caso em exame há mais de uma premissa maior de mesma hierarquia (art. 220, § 1.º e art. 5.º, V e X) que poderá incidir numa mesma premissa menor (captação e utilização da imagem com fins informativos ou jornalísticos).

Deve-se, pois, aplicar o princípio da ponderação⁴⁰¹, que se dá em três etapas: a) identificação das normas pertinentes; b) seleção dos fatos e c) atribuição geral de pesos às normas, decidindo qual será aplicada no caso concreto.⁴⁰²

³⁹⁹ BARROSO, **Interpretação...**, p.373.

⁴⁰⁰ GODOY, op. cit., p.74/75.

⁴⁰¹ No sentir de Edilson Farias: "Tratando-se de colisão entre direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, a solução fica por conta da jurisprudência, que realiza a *ponderação dos bens envolvidos*, visando resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Nessa tarefa, pode guiar-se pelos princípios da *unidade da constituição*, da *concordância prática e a proporcionalidade*, dentre outros, fornecidos pela doutrina". (FARIAS, op. cit., p.155).

⁴⁰² Vide: BARROSO, **Interpretação...**, p.356/362.

Diante do que se expôs, pode-se concluir que o direito à imagem é exercido de modo exclusivo pelo seu titular, que pode autorizar (consentir) ou negar-se a tanto, a captação, reprodução e/ou divulgação de sua efígie.

Pessoas públicas e dotadas de notoriedade, quando se encontram expostas ao público, entende-se que autorizaram, prévia e tacitamente, a captação e utilização de sua imagem, razão pela qual não se pode concordar com parte da doutrina que considera esta circunstância uma limitação ao direito à própria imagem, vez que é o seu contrário, o seu exercício lícito. O mesmo se dá em relação àquele que se encontra em local público e tem a sua imagem captada ou utilizada quando não é o centro do fato retratado.

Por outro aspecto, a imagem do indivíduo pode vir a ser limitada quando, independentemente do seu consentimento, interessar à administração da justiça e/ou for para preservar a ordem pública, devendo o intérprete no caso concreto analisar quando estão presentes estas circunstâncias.

Da mesma forma, é diante do caso concreto que o operador do direito deverá dizer qual dos direitos protegidos juridicamente deve prevalecer quando encontrar-se em atrito o direito à imagem e o direito de informar e ser informado, sendo que, em caso de dúvida, deve prevalecer sempre o *ius imaginis*, nos exatos termos previstos no § 1.º do art. 220 da Constituição Federal.

2.8 EXTINÇÃO DO DIREITO À IMAGEM

A morte do sujeito põe fim à sua personalidade e, com esta extinção, encerra-se também a proteção dos direitos que lhe eram caros, como é o caso do direito à imagem, vez que "mortos não têm direitos"⁴⁰³, já dizia Pontes de Miranda.

⁴⁰³ MIRANDA, P. de, op. cit., p.92.

Pode ocorrer, no entanto, a captação e utilização da imagem do *de cuius* no velório e/ou utilização e exploração indevida de imagem captada da pessoa quando viva.

Nestes casos, nos termos preconizados no parágrafo único do art. 20 do Código Civil, caberá ao cônjuge sobrevivente (devendo-se incluir também o companheiro), aos ascendentes e aos descendentes o direito de defesa dos direitos da personalidade então existente do titular já falecido ou a sua indenização respectiva para o caso de lesão. Tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto e com aplicação subsidiária do art. 12, parágrafo único do Código Civil, que preconiza a legitimação, além do cônjuge sobrevivente, de qualquer parente em linha reta ou colateral.

Acerca da interpretação dos dispositivos legais citados, o Conselho da Justiça Federal do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na I Jornada de Direito Civil, exarou o Enunciado 5 nos seguintes termos:

Enunciado 5: Arts. 12 e 20: 1) As disposições do CC 12 têm caráter geral e aplicando-se inclusive às situações previstas no CC 20, excepcionando os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) As disposições do CC 20 têm a finalidade específica de reger a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no CC 12.

Muito embora exista certa divergência doutrinária, há que se entender que a legitimação outorgada pelo ordenamento jurídico aos herdeiros do *de cuius* não representa a transmissibilidade do direito à imagem, vez que, assim como todos os demais direitos pessoalíssimos, o *ius imaginis* é intransmissível.⁴⁰⁴

O que de fato ocorre é que os legitimados estarão exercendo o seu direito em nome próprio e não em nome do titular já falecido, impedindo ou autorizando a

⁴⁰⁴ Em sentido contrário, entendendo que é possível o *de cuius* transmitir o seu direito à imagem aos seus herdeiros, vide: DIAS, op. cit., p.119/122.

utilização da imagem do *de cuius*, ou pleiteando a indenização por danos materiais ou morais em caso de lesão à referida imagem.

Notadamente em relação aos danos morais o exercício é em nome próprio, vez que a utilização indevida de imagem de ente querido causa frustração, angústia, sofrimento no próprio ente sobrevivente e não mais, por evidente, no falecido.

Da mesma forma, a exploração econômica da imagem e sua respectiva legitimação para pleitear danos materiais decorre no caso da transmissão secundária dos efeitos do direito à imagem, que é o seu conteúdo patrimonial; veja-se que se transmitirão aos herdeiros os efeitos da imagem do falecido e não propriamente a sua imagem, tendo em conta que, 'com a morte da pessoa, o direito desta à sua própria imagem termina'⁴⁰⁵.

O que de fato estar-se-á defendendo nestes casos em verdade é o próprio direito patrimonial dos herdeiros, seu patrimônio moral, sua intimidade, honra, etc. Não haverá nestes casos uma defesa do direito à imagem propriamente dita, que, como visto, extinguiu-se com o seu titular.

Neste aspecto, socorre-se novamente dos ensinamentos de David de Araújo:

Já dissemos acima que o direito à imagem, como direito da personalidade, é intransmissível, pois se extingue com a morte do indivíduo, da mesma forma que aparece com o nascimento da pessoa. Surge, no entanto, com a morte, um direito dos herdeiros, distinto do originário, que cuida de proteger referidos parentes da veiculação a imagem do indivíduo morto. [...] Conclui-se, assim, que o direito em tela não é direito à própria imagem, mas, sim, direito dos herdeiros à honra, à intimidade, à vida privada, não à imagem. Este já se extinguiu com a morte do indivíduo. Neste caso, a imagem deixa de ser protegida diretamente, mas serve de suporte para proteção de outro direito. Não se pode, portanto, falar em direito à própria imagem de pessoa morta.⁴⁰⁶

O tratadista cita ainda julgado extraído da obra de Antonio Chaves, por intermédio do qual o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferido na Apelação

⁴⁰⁵ COSTA, op. cit., p.59.

⁴⁰⁶ ARAÚJO, op. cit., p.87/88.

Cível n.º 39.193 reconheceu que a herdeira, irmã da atriz Dora Vivacque (*Luz Del Fuego*), tinha o direito de impedir a reprodução de filme biográfico sem a sua autorização, asseverando expressamente que exercia este direito em nome próprio e não por transmissão.

A ementa foi assim redigida:

1. Toda pessoa tem direito ao resguardo, aí compreendidos os atos de sua vida, ainda que durante esta haja adquirido notoriedade, hipótese em que a divulgação de fatos para composição de biografia, admissível por obséquio aos interesses históricos e científicos, não abrange a forma romanceada.
2. Com a morte da pessoa, seus parentes próximos podem se opor à divulgação da vida do extinto, não por transferência dos direitos da personalidade, mas por direito próprio.⁴⁰⁷

No mesmo sentido da tese ora defendida é o escólio de Adriano de Cupis:

Com a morte da pessoa o direito à imagem atinge o seu fim. Determinadas pessoas que se encontram em relação de parentesco com o extinto têm direito de consentir ou não na reprodução, exposição ou venda do seu retrato e, não consentindo, podem intentar as ações pertinentes. [...] Isto, naturalmente, não significa que o direito à imagem se lhe transmita, mas simplesmente que aqueles parentes são colocados em condições de defender o sentimento de piedade que tenham pelo defunto. Trata-se, em suma, de um direito novo conferido a certos parentes depois da morte da pessoa.⁴⁰⁸

Portanto, com a morte do sujeito extinguem-se todos os direitos da personalidade, incluindo-se neste rol o direito à imagem. Contudo, a utilização indevida e ilícita da imagem do extinto legitimará os herdeiros previstos na legislação (art. 20, parágrafo único c/c art. 12, parágrafo único do Código Civil) a impedir esta ação ilegítima, bem como a pleitear a respectiva indenização por danos morais e materiais, surgindo assim um direito novo e próprio dos legitimados, que não se confunde com o direito à própria imagem do extinto.

⁴⁰⁷ ARAÚJO, op. cit., p.87.

⁴⁰⁸ CUPIS, op. cit., p.153/154.

CAPÍTULO 3

PROTEÇÃO AO DIREITO À IMAGEM

3.1 VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM

O desrespeito ao consentimento do titular da imagem gera a violação do direito à própria imagem, seja por intermédio da captação, divulgação, utilização e extrapolação da autorização dada; independentemente de qualquer dano, salvo os casos já retratados anteriormente.⁴⁰⁹

Assim, ao direito que o titular tem de defender a sua imagem corresponde o dever geral de abstenção de todos em não violá-la.

Notaroberto Barbosa classifica sinteticamente as violações do direito à imagem em tipos:

- 1.º quanto ao consentimento: quando o indivíduo tem a própria imagem usada sem que tenha dado qualquer consentimento para tal;
- 2.º quanto ao uso: quando, embora tendo sido dado consentimento, o uso feito da imagem ultrapassa os limites da autorização concedida⁴¹⁰;
- 3.º quanto à ausência de finalidades que justifiquem a exceção: quando, embora se trate de pessoa célebre, ou fotografia de interesse público, a maneira de uso leva à inexistência de finalidade que se exige para a limitação do direito da imagem.⁴¹¹

Evidentemente que esta violação do *ius imaginis* deve encontrar a pronta resposta do ordenamento jurídico no sentido de coibi-la e, quando não for mais

⁴⁰⁹ Item 2.7 – Limites do Direito à Própria Imagem.

⁴¹⁰ Neste particular aspecto, há que se discordar da classificação dada por Notaroberto Barbosa, uma vez que a utilização para além do consentimento dado se constitui em violação do próprio consentimento. O próprio autor faz advertência similar, ao afirmar que "as três categorias não são estanques; pelo contrário, se interpenetram e por vezes se confundem". (BARBOSA, op. cit., p.88/89).

⁴¹¹ BARBOSA, op. cit., p.88.

possível o impedimento da violação, obrigar o lesador a reparar eventual dano sofrido pelo titular da imagem usurpada.

Em assim sendo, resta, pois, analisar os instrumentos outorgados pelo ordenamento jurídico para que tal fim seja alcançado.

Existem três formas de proteção que são colocadas à disposição do lesado para a defesa de sua imagem: a) legítima defesa; b) tutela reparadora; e c) tutela preventiva.

Neste tópico, analisar-se-á a legítima defesa (defesa privada, direta ou extrajudicial) como instrumento de proteção do direito à imagem, reservando-se para os subseqüentes a análise da tutela reparadora e preventiva.

Segundo Maria Helena Diniz, a legítima defesa é:

[...] considerada, portanto, como excludente de responsabilidade civil (CC, art. 188, I, 1.^a parte; RT, 756:190, 808:224, 780:372) e criminal (CP, art. 25), se com o uso moderado de meios necessários alguém repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, legítimo será o prejuízo infligido ao agressor pelo agredido, não acarretando qualquer reparação por perdas e danos, sendo improcedente qualquer pedido de indenização formulado pelo prejudicado.⁴¹²

Constata-se, portanto, que o conceito de legítima defesa é extraído do art. 25 do Código Penal⁴¹³ e exige a ocorrência simultânea de quatro requisitos: a) agressão injusta; b) atual ou iminente; c) utilização dos meios necessários e moderados; e d) proteção de direito próprio ou de outrem.

A legítima defesa está prevista na legislação civilista no art. 188, I, do Código Civil, que prescreve:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

⁴¹² DINIZ, op. cit., p.552/553.

⁴¹³ "Art. 25 do Código Penal: Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem."

A legítima defesa é, portanto, meio legalmente previsto para impedir de imediato a violação do direito à imagem.

Contudo, este instrumento deve ser utilizado com extrema prudência "e de forma restrita, pois cabe ao Estado o dever de zelar pela paz social e justiça"⁴¹⁴, além do que qualquer excesso poderá inverter os papéis, tornando o detentor do direito à imagem lesionado causador do dano em outrem, que anteriormente ocupava a posição de lesionador.

Por intermédio da legítima defesa alguns autores entendem que é legítima a ação do titular que teve a sua imagem captada de forma não consentida de retirar do fotógrafo, cinegrafista etc. o seu aparelho e de alguma forma destruir a imagem captada, nem que para isso seja necessário destruir também o próprio aparelho.

Neste sentido leciona Walter Moraes: "Seria legítima a defesa privada que consistisse em inutilizar imediatamente os meios mecânicos da fotografia, da cinematografia, da fonografia e dos demais processos de gravação magnética audiovisual que violasse tal direito"⁴¹⁵.

Esta é a mesma posição de Keissner, citado por Notaroberto Barbosa: "*se podía arrebatarse la cámara al fotógrafo y estrellarla para evitar la impresión de la placa, como un modo de ejercer la 'legítima defensa'*"^{416,417}.

Caso famoso, porém contrário à tese de Walter de Moraes, Keisser e Notaroberto Barbosa, citado por Jacqueline Dias, foi o de Jacqueline Onassis, "que, tentando fugir dos fotógrafos, acabou tendo que responder por prejuízos materiais pela destruição de equipamentos de fotografia"⁴¹⁸.

⁴¹⁴ BELTRÃO, op. cit., p.58.

⁴¹⁵ MORAES, W., Direito..., v.444, p.24/25.

⁴¹⁶ BARBOSA, op. cit., p.96.

⁴¹⁷ Tradução de Notaroberto Barbosa: "se poderia arrebatarse a cámara ao fotógrafo e quebrá-la para evitar a impressão da chapa, como uma forma de exercer a 'legítima defesa'". (BARBOSA, op. cit., p.96).

⁴¹⁸ DIAS, op. cit., p.148.

Não há fórmula preexistente para se afirmar que determinada conduta constitui ou não legítima defesa. Somente a análise do caso concreto, por meio do livre convencimento motivado do órgão julgador, é que tal condição poderá ser afirmada ou rechaçada.

Portanto, é forçoso concluir que a utilização da legítima defesa para a proteção do *ius imaginis* deve ser utilizada de forma excepcional, devendo-se preferir a utilização da tutela preventiva sob o abrigo do Poder Judiciário para que aquele que teve sua imagem violada não possa vir a assumir a condição de agressor e vir a ser obrigado a indenizar outrem.

3.2 TUTELA REPARADORA

A proteção tradicional outorgada pelo ordenamento jurídico para a proteção do direito à imagem é a tutela reparadora, por meio da qual, uma vez surgida a lesão, o causador fica obrigado a repará-la; é a clássica responsabilidade civil, que tem como função restaurar as partes envolvidas, tanto quanto possível, ao estado anterior em que se encontravam antes da lesão, impondo-se ao agressor do bem jurídico tutelado a obrigação de pagar determinada indenização ao lesado.

Neste sentido:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-la inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in Daños, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.⁴¹⁹

⁴¹⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.13.

O ideal seria a restauração das coisas exatamente como se encontravam antes da lesão concretizada. Porém, por mais das vezes, uma vez causada a lesão, jamais o *status quo ante* será restabelecido integralmente, surgindo dessa forma a obrigação de indenizar o dano causado.

Tal situação ocorre com freqüência na violação dos direitos da personalidade e, por conseqüência, com a utilização indevida da imagem, de forma que "o modo eficaz de recompor um valor humano lesado é no mais das vezes um ato reparatório"⁴²⁰.

A obrigação de reparar o dano à imagem encontra fundamento na legislação civil para além e em complemento aos dispositivos constitucionais (art. 5.º, V, X⁴²¹), nos artigos 186 e 927 do Código Civil, que prescrevem:

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.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Também de forma específica aos direitos da personalidade, o art. 12 do Código Civil, segunda parte, prevê a obrigação de reparar os danos causados a estes direitos da seguinte forma:

Art. 12/CC: Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Para que surja o dever de indenizar, são necessários três requisitos: a) conduta humana; b) dano e c) nexo causal.

⁴²⁰ MORAES, W., *Direito...*, 1977, p.360.

⁴²¹ Art. 5.º, V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem.

Art. 5.º, X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Como visto no item anterior, o *ius imaginis* é protegido independentemente da existência do dano, como pode ocorrer pela expedida utilização da legítima defesa já analisada e/ou pela eficaz aplicação da tutela preventiva, que será objeto de exame a seguir. Contudo, para que haja o dever de indenizar, o dano material e/ou moral é imprescindível.

É o que advoga Luiz Alberto David de Araújo:

O texto constitucional pretendeu definir o campo de reparação da imagem. Ocorrerá violação desde que cause ao indivíduo algum tipo de dano, quer seja patrimonial ou moral. Assim, para que haja violação da imagem, deve haver dano. Isso significa que a reparação do dano, pelo novo texto constitucional, deve ser plena, a mais ampla possível, não se limitando à reparação apenas do dano patrimonial. [...] A Constituição deixa claro que a reparação deve ser ampla: autoriza a indenização pelo dano material como pelo dano moral.⁴²²

O dano, que "consiste no prejuízo sofrido pelo agente" e em que "está sempre presente a noção de prejuízo"⁴²³, pode ser de ordem material (patrimonial⁴²⁴), que engloba o dano emergente (aquilo que a vítima efetivamente teve de prejuízo) e o lucro cessante (aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar)⁴²⁵, bem como o dano moral, que é o "prejuízo psíquico, moral e intelectual da vítima"⁴²⁶.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já de longa data consolidou a posição de que são cumuláveis os danos materiais e morais, por intermédio da Súmula 37, que tem a seguinte redação:

⁴²² ARAÚJO, op. cit., p.99/100.

⁴²³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.4. p.40.

⁴²⁴ "O dano patrimonial, em uma visão genérica, é todo prejuízo causado a interesse ou bem do patrimônio jurídico da pessoa, que possa ser apreciado economicamente, ou seja, passível de avaliação pecuniária." (AFFORNALLI, op. cit., p.67).

⁴²⁵ É o que prevê o art. 402 do Código Civil: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".

⁴²⁶ VENOSA, op. cit., v.4, p.47.

Súmula 37: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Nesta mesma toada é o ensinamento de Sérgio Cavallieri:

O uso indevido da imagem alheia ensejará dano patrimonial sempre que for ela explorada comercialmente sem a autorização ou participação de seu titular no ganho através dela obtido, ou, ainda, quando a sua indevida exploração acarretar-lhe algum prejuízo econômico, como, por exemplo, a perda de um contrato de publicidade. Dará lugar ao dano moral se a imagem for utilizada de forma humilhante, vexatória, desrespeitosa, acarretando dor, vergonha e sofrimento ao seu titular, como, por exemplo, exibir na TV a imagem de uma mulher despida sem a sua autorização. E pode, finalmente, acarretar dano patrimonial e moral se, ao mesmo tempo, a exploração da imagem der lugar à perda econômica e à ofensa moral.⁴²⁷

Nesta mesma linha: "Assim, uma vez verificada uma conduta que gere um prejuízo a terceiro, e este prejuízo pode decorrer de qualquer esfera jurídica (patrimonial ou moral), ter-se-á, sob o manto da teoria da responsabilidade civil, o dever jurídico de reparar o dano causado"⁴²⁸.

Diante disso, conforme referido no item concernente às características do direito à imagem (item 1.7), a imagem possui atributos que podem ser explorados economicamente e isso ocorre rotineiramente. Assim sendo, a exploração não consentida da imagem de alguém poderá gerar reflexos de ordem patrimonial que devem ser indenizados em sua total amplitude, vez que "a indenização constitucionalmente assegurada é de forma plena, efetiva, não podendo ser encarada restritivamente"⁴²⁹.

Portanto, a utilização indevida da imagem de alguém gera para o agente o dever de indenizar integralmente os danos causados, englobando, como dito, o dano emergente e o lucro cessante (danos materiais) e os danos morais.

Em relação aos danos materiais, parte da doutrina defende que não basta somente condenar o causador do dano no mesmo valor que teria que pagar à vítima

⁴²⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.100.

⁴²⁸ SOUZA, S. I. N. de, op. cit., p.22.

⁴²⁹ ARAÚJO, op. cit., p.103.

se a autorização para a exploração de sua imagem tivesse sido dada. Deve-se condená-lo em quantia superior, sob pena de estimular o desrespeito total à imagem, vez que a utilização consentida ou não geraria o pagamento da mesma quantia.

Neste sentido, defendendo a posição de que a indenização pelos danos materiais deve ser majorada em relação ao que costumeiramente se pagaria em um contrato regular de utilização da imagem consentida, é a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

Se assim não for, a ilicitude passará a ser um estímulo e ninguém mais respeitará a imagem de ninguém. Com ou sem o consentimento do titular, a sua imagem será utilizada e as conseqüências serão as mesmas. O efeito do ato vedado não pode ser o mesmo do ato permitido, sobretudo quando há implicações de ordem moral.⁴³⁰

Em sentido contrário, há quem defenda que o valor da indenização pelos danos materiais deve ser exatamente o que se pagaria pela utilização regular da imagem sob pena de enriquecimento sem causa da vítima:

Diante do dano de ordem econômica, chamado de dano patrimonial ou material, a apuração do montante do prejuízo sofrido é tarefa simples, bem mais fácil do que a quantificação da indenização do dano moral; devendo-se pautar pelo cálculo do quanto a pessoa representada perdeu ou deixou de ganhar com o uso indevido. O valor a ser atribuído deverá levar em consideração diversos fatores, tais como o tamanho do anúncio publicitário, a popularidade do retratado, o faturamento ou o aumento de lucro que o violador teve em função da utilização da imagem etc. Ou ainda, de maneira mais simples, o valor dos "contratos de imagem" similares.⁴³¹

Muito embora seja procedente a preocupação demonstrada por Sérgio Cavallieri Filho no sentido de que somente a indenização pela violação do direito à imagem no valor em que se obteria pela utilização consentida da mesma significa um estímulo ao desrespeito ao *ius imaginis*, há que se levar em conta que a majoração do dano material, da forma apresentada, afrontaria o art. 944 do Código Civil, que prescreve:

⁴³⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p.102.

⁴³¹ AFFORNALLI, op. cit., p.72.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

O citado dispositivo legal é claro no sentido de determinar que o valor da indenização não pode superar a extensão do dano. A majoração do dano material proposta acarretaria um caráter punitivo à indenização por danos materiais, o que viria contrariar o Princípio da Legalidade, consagrado no art. 5.º, XXXIX, que prescreve que "não há pena sem prévia cominação legal".

Como visto no tópico anterior, a indenização deve se pautar pelo princípio da restituição integral (*restitutio in integrum*), ou seja: nem mais nem menos do que a vítima teve de dano.

Por outro giro, após certa discussão doutrinária acerca da melhor forma de se estabelecer a indenização pelo dano extrapatrimonial (dano moral), vale dizer, qual a melhor forma de se fixar a reparação pela lesão exclusivamente de cunho extrapatrimonial, a doutrina e a jurisprudência se pacificaram no sentido de que a indenização pelo dano exclusivamente moral deve ser realizada pelo prudente arbítrio judicial, proporcionando à vítima uma compensação financeira pela lesão sofrida.

Relata Clayton Reis que, já em 1965:

[...] a III Conferência Nacional dos Desembargadores reunidos no Estado da Guanabara, em dezembro de 1965, por ocasião das comemorações do IV Centenário da cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro, concluiu pelas seguintes normas acerca da responsabilidade dos danos morais: "O arbitramento do dano moral será apreciado livremente pelo juiz atendendo à repercussão econômica, à prova da dor e ao grau de dolo ou culpa do ofensor".⁴³²

Assim sendo, é assente na contemporaneidade que a fixação do dano extrapatrimonial deve ser realizada pelo prudente arbítrio motivado do juiz.

⁴³² REIS, Clayton. **Dano moral**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.94.

Neste sentido, continua Clayton Reis:

A idéia prevalente do livre-arbítrio do Magistrado ganha corpo na doutrina e jurisprudência, na medida em que transfere para o juiz o poder de aferir, com o seu livre convencimento e tirocínio, a extensão da lesão e o valor da reparação correspondente. Afinal, é o juiz quem, usando de parâmetros subjetivos, fixa a pena condenatória de réus processados criminalmente e/ou estabelece o *quantum* indenizatório, em condenação de danos ressarcitórios, de natureza patrimonial.⁴³³

E mais:

Ora, quando a mesma lei não fixa o critério de liquidação da obrigação por ato ilícito, fica o juiz autorizado a arbitrá-la, em cada caso, através dos meios de apuração estabelecidos na lei processual civil (Código Civil, art. 946).⁴³⁴

Com efeito, é na fixação do *quantum debeatur* da indenização pela lesão exclusiva de cunho extrapatrimonial que o julgador terá que se utilizar de prudência e de razoabilidade para estabelecer o justo montante da lesão, valendo-se de alguns critérios estabelecidos pela doutrina, tais como: a intensidade do dolo do ofensor, a qualificação das partes, a condição financeira do ofensor e da vítima, as conseqüências da lesão.

Neste sentido:

[...] criou-se a praxe de que a fixação do montante é atribuição do Juiz que, nesta sua tarefa, usando de prudente arbítrio e buscando proferir decisão justa para cada caso, deve atentar para aspectos diversos, ou critérios como: a gravidade do dano, as condições pessoais das partes (a personalidade da vítima, como forma de avaliar a extensão da lesão moral; intensidade da culpa do causador do dano; a condição social e econômica de ambas, entre outras).⁴³⁵

⁴³³ REIS, op. cit., p.94.

⁴³⁴ STOCO, op. cit., p.1627.

⁴³⁵ AFFORNALLI, op. cit., p.79.

Nesta mesma senda leciona Carlos Alberto Bittar:

A quantificação da indenização devida – que cabe ao juiz, com lastro nas condições fáticas do caso concreto – é o momento culminante da ação ressarcitória, exigindo do intérprete ou aplicador da lei, de um lado, prudência e equilíbrio, mas, de outro, rigor e firmeza. [...]

O princípio básico nesta matéria é o da liberdade de apreciação do juiz, que, salvo quanto às balizas expostas, deve decidir a lide com lastro em suas convicções.⁴³⁶

Diante disso, tendo em vista a falta de parâmetros para a fixação do dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico, faz-se imperioso que a indenização se dê por intermédio de arbitramento judicial.

Para fixação do *quantum* a ser pago a título de danos morais leva-se em conta a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima (situação familiar e social, reputação), a gravidade da falta (conquanto não se trate de pena, a gravidade e mesmo a culpa da ação implica na gravidade da lesão), a personalidade (as condições) do autor do ilícito, tendo essa modalidade de reparação caráter sancionatório e compensatório, não podendo transformar-se em forma de enriquecimento ilícito.⁴³⁷

De modo didático, Clayton Reis explica de que forma deve o magistrado realizar a fixação do valor da reparação pela ofensa de cunho extrapatrimonial:

Conclui-se à saciedade que todos esses elementos (situação econômica, social, religiosa, cultural da vítima e do lesionador, grau de culpa, divulgação do fato, repercussão no meio social) são ingredientes que devem sopesar na formação da decisão do juiz, na fixação do *quantum* indenizatório. Afinal, a estima e o respeito das pessoas decorrem de valores individuais de cada ser humano no seio da coletividade. Por sua vez, referidos valores são produtos do ideário construído pelas pessoas que possuem exata noção das virtudes que dignificam nosso *modus vivendi*. [...] A captação pelo juiz desses elementos que são componentes da personalidade das pessoas, há que ser aferida pelos indicativos e provas dos autos. De posse desses

⁴³⁶ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela jurídica dos direitos da personalidade e dos direitos autorais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.27.

⁴³⁷ BRASIL. MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n.º 1000.062037-3. Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Apelantes: Pedro Barbosa Moreno e Leandra Vagliatti de Souza Ferdizzi. Apelados: os mesmos. Julgamento ocorrido em: 11.11.1998. Disponível em: <<http://www.tj.ms.gov.br/sg/pccoResultadoConsProcesso2Grau.jsp>>. Acesso em: 12 jan. 2008.

requisitos, o magistrado poderá formar uma idéia exata dos demais elementos do processo, elaborar quantitativamente o valor da indenização. Afinal, o juiz utiliza o mesmo raciocínio na esfera criminal, quando considera os antecedentes do réu, seu grau de culpa ou dolo, a repercussão do fato delituoso no meio social e as circunstâncias atenuantes e agravantes do ato ilícito, para fixar a pena do denunciado. A formação da idéia do valor da indenização no juízo cível será por acaso diferente daquela realizada pelo juiz criminal, *mutatis mutandis*?⁴³⁸

Diante disso, ante uma lesão de cunho extrapatrimonial, notadamente em relação aos danos causados à personalidade, como é o caso da lesão causada à imagem, deve o juiz arbitrar o valor correspondente à necessária compensação pela ofensa sofrida pela vítima, utilizando-se de seu prudente arbítrio e forma motivada.

Acerca do caráter compensatório dos danos aos direitos da personalidade, leciona Capelo de Souza:

Dado que a personalidade humana do lesado não integra propriamente o seu patrimônio, acontece que da violação da sua personalidade emergem directa e principalmente danos *não patrimoniais* ou *morais*, isto é, prejuízos de interesses de ordem biológica, espiritual, ideal ou moral, não patrimonial, que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, apenas podem ser *compensados*, que não exatamente indenizados, com a obrigação pecuniária imposta ao agente. É o caso da perda de vida e da saúde, das dores e incomodidades físicas, dos sofrimentos, constrangimentos e desgostos morais e afectivos, dos complexos e frustrações de ordem estética e psicológica, dos vexames e humilhações, da privação ou redução da liberdade, da perda ou diminuição do bom nome, do prestígio, da reputação e consideração social, das contrafações da identidade e da imagem, etc.⁴³⁹

Diante disso, há que se concluir que a tutela clássica reparadora se faz presente quando não é mais possível evitar-se a lesão aos direitos da personalidade, seja por intermédio da legítima defesa, seja pela tutela preventiva de que adiante se verá.

Ocorrendo uma conduta humana que cause dano à imagem de outrem, haverá a obrigação do agente de indenizar a vítima, seja pelos danos materiais

⁴³⁸ REIS, op. cit., p.99.

⁴³⁹ SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.458.

(danos emergentes e lucros cessantes), seja pelos danos morais acarretados, sendo neste último caso a indenização fixada por arbitramento motivado do órgão julgador, sendo perfeitamente possível a sua cumulação nos termos da já citada Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

3.3 TUTELA PREVENTIVA

A legítima defesa e a tutela reparadora analisadas anteriormente nem sempre se mostram suficientemente eficazes para a plena proteção que deve ser outorgada ao direito à própria imagem. Ao lado dessas formas de proteção civil da imagem existe ainda a tutela preventiva, por intermédio da qual o titular do direito ameaçado poderá impedir a ocorrência do dano ou fazer com que os seus efeitos cessem, não permitindo a sua repetição.

A tutela preventiva, em se tratando de direito à imagem, espécie do gênero direito da personalidade, revela-se a mais adequada à proteção deste singular direito de que todos são titulares, haja vista que visa a impedir a concretização da lesão, ou a sua perpetuação.

Nos dizeres de Capelo de Souza:

O velho adágio de que "vale mais prevenir do que remediar" tem pleno cabimento no domínio da tutela dos direitos de personalidade e da respectiva prevenção de danos, pois não é integralmente ressarcível, ou mesmo compensável, em dinheiro ou reconstituível em espécie a violação de proeminentes bens extrapatrimoniais da personalidade, como a vida, a saúde, a liberdade, a intimidade da vida privada, etc... Logo, para que a defesa e o desenvolvimento da personalidade humana sejam eficazmente garantidos, há que, desde logo, sancionar as ameaças de ofensas à personalidade.⁴⁴⁰

Neste mesmo viés é a lição de Luiz Guilherme Marinoni ao se referir à tutela preventiva como "a única capaz de impedir que os direitos não patrimoniais

⁴⁴⁰ SOUZA, R. V. A. C., op. cit., p.474.

sejam transformados em pecúnia, através de uma inconcebível expropriação de direitos fundamentais para a vida humana"⁴⁴¹.

A tutela preventiva, que visa ao estabelecimento da paz social antes mesmo da ocorrência de qualquer lesão, tem assento constitucional no art. 5.º, XXXV, segunda parte, quando assegura: "Art. 5.º, XXXL: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Nesta mesma toada, Nelson Nery Junior, comentando acerca do Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle do Poder Jurisdicional, também por ele chamado de Princípio do Direito de Ação, leciona:

Isto quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos.

Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente. [...]

Nisso reside a essência do princípio: o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional *adequada*.⁴⁴²

Segundo Joaquim Spadoni, a tutela preventiva é obrigação do Estado, haja vista que o ente público é obrigado a prestar não só uma tutela formal, mas uma tutela jurisdicional "adequada, útil e eficaz". Neste aspecto, a tutela repressiva ou reparadora se mostra de todo inadequada em termos de direitos da personalidade.⁴⁴³

⁴⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 4.ed. São Paulo: RT, 2006. p.24.

⁴⁴² NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: RT, 2001. p.100 e 101.

⁴⁴³ "A tutela jurisdicional prestada pelo Estado deve ser, assim, não apenas uma resposta formal, mas uma resposta qualificada, apta a atender e realizar o interesse juridicamente protegido, que foi constatado e reconhecido no desenrolar da atividade jurisdicional. A tutela jurisdicional que o Estado está obrigado a prestar ao titular do direito é, assim, uma tutela *adequada, útil e eficaz*." (SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória**: ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. 2.ed. São Paulo: RT, 2007. p.23).

Diante disso, com a finalidade de fornecer meios processuais infraconstitucionais adequados para que o cidadão tenha uma proteção efetiva de seus direitos de modo não apenas reparador, mas também preventivo, é que o nosso ordenamento jurídico outorgou ao jurisdicionado inicialmente a Tutela Cautelar, prevista no Livro III, do Código de Processo Civil, evoluindo para a concessão da Tutela Antecipada, prevista no art. 273 do mesmo diploma legal e mais recentemente, para a outorga da Tutela Inibitória, que se revela mais eficaz para a proteção dos direitos da personalidade e que tem assento nos artigos. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁴⁴ cujas redações são semelhantes⁴⁴⁵ e possuem o mesmo sentido.

Prescreve o art. 461 do Código de Processo Civil:

Art. 461/CPC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1.º: A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2.º: A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

⁴⁴⁴ O ordenamento jurídico brasileiro concebe outras formas de tutela preventiva, como, por exemplo, o interdito proibitório, nunciação de obra nova e ação cominatória, previstos nos artigos 932, 936 e 287 do Código de Processo Civil respectivamente, o art. 1.º da Lei n.º 1.533/51 (Mandado de Segurança), também no art. 5.º, LXIX da Constituição Federal, que poderá ser invocado na proteção ao direito à imagem, se o agente que poderá vir a causar a lesão seja autoridade pública, além do *Habeas Corpus* previsto no art. 5.º, LXVIII da Constituição Federal.

⁴⁴⁵ A diferenciação comumente estabelecida pela doutrina é a de que o art. 461 do Código de Processo Civil estabelece a Tutela Inibitória Individual, ao passo que o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor estabelece a Tutela Inibitória Coletiva. Confira-se: "[...] é correto afirmar que o art. 461 constitui o fundamento – em termos de instrumentos de tutela – da tutela inibitória individual. O art. 84 do CDC, aplicável à tutela de todos os interesses difusos e coletivos, tem redação praticamente idêntica à do art. 461 do CPC. Tal norma do Código de Defesa do Consumidor, portanto, funda a ação inibitória coletiva, permitindo uma tutela preventiva adequada em nível 'coletivo'". (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001. p.457).

§ 3.º: Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4.º: O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5.º: Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.⁴⁴⁶

Assim sendo, a tutela inibitória permite que o titular da imagem ameaçada de ser captada, divulgada ou de qualquer forma violada provoque o Poder Judiciário e lhe solicite uma resposta expedita no sentido de fixar multa ao agressor pela utilização não consentida da imagem, busca e apreensão do material, remoção de coisas, dentre outras providências que se revelem necessárias⁴⁴⁷ à remoção do ilícito, não dispensando, se necessário, o uso de força policial.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Acerca da medida coercitiva de imposição de multa, o ordenamento jurídico ainda prevê no artigo 287 do Código de Processo Civil: 'Art. 287/CPC: Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória da tutela' (arts. 461, § 4.º e 461-A).

⁴⁴⁷ "Usando da criatividade – e tendo como limite restrições de ordem legal e mesmo constitucional (a exemplo das prescrições das regras previstas na Constituição Federal, nos arts. 5.º, XX, XLVII, LI e LXVII, 6.º, XXXIII, 15 entre outras) –, dispõe o juiz de amplos poderes para fixar o meio coercitivo mais idôneo para atingir a efetividade da ordem emanada." (ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: RT, 2000, p.206).

⁴⁴⁸ O professor Luiz Guilherme Marinoni, em obra específica acerca da Tutela Inibitória, defende ainda a possibilidade da prisão como meio de coagir o agressor. Confirma-se: "Não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que o ordenamento jurídico apenas proclama, de forma retórica, os direitos que não podem ser efetivamente tutelados sem que a jurisdição a tenha em suas mãos para prestar tutela jurisdicional efetiva. Soará absolutamente falsa e demagógica a afirmação da Constituição Federal, no sentido de que 'todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as futuras gerações' (art. 225, *caput*), se não for viável a utilização da prisão como meio de coerção indireta. Seria o mesmo que interpretar esta norma constitucional como se ela dissesse que o meio

Vale dizer:

O art. 461 do Código de Processo Civil (com redação dada pela Lei 8.952/94) vem, exatamente, carrear ao processo em geral mecanismos capazes de romper com o dogma da incoercibilidade das obrigações, permitindo ao juiz usar de meios de pressão capazes de influir na vontade do demandado, compelindo-o a praticar ato a que não se dispunha, ou abster-se da realização de alguma coisa que pretendia fazer.⁴⁴⁹

O art. 461 do Código de Processo Civil concedeu ao aplicador do direito meios coercitivos de obrigar o devedor a cumprir a obrigação a que se comprometeu, notadamente por intermédio da fixação de multa (§ 4.º), ou quando impossível o seu integral cumprimento, a aplicação de meios sub-rogatórios que de alguma maneira possa entregar ao credor a prestação a que tem direito (§ 5.º), como por exemplo a busca e apreensão de material ou coisas, desfazimento de obras, embargo de atividades nocivas, ou qualquer outra que se releve adequada e necessária para se evitar o ilícito, sua repetição ou continuidade.

ambiente, embora fundamental para a sadia qualidade de vida e para as futuras gerações, infelizmente não pode ser efetivamente tutelado em face de um réu que não se importa com os efeitos da multa. Ora, esta interpretação seria, para dizer o mínimo, incoerente. De modo que a doutrina, consciente da importância da natureza não patrimonial de certos direitos, não pode ver na norma constitucional que proíbe a prisão por dívida uma porta aberta para a expropriação de direitos fundamentais para o homem. [...] Note-se que esta interpretação, além de considerar o *contexto*, e por esta razão ser muito mais abrangente do que a 'clássica', dá ênfase aos direitos fundamentais, realizando a sua necessária harmonização para que a sociedade possa ver concretização nos locais em que a sua própria razão recomenda." (MARINONI, **Tutela inibitória individual...**, p.236/237).

Neste mesmo sentido: "Não se proíbe, assim, a prisão civil – usada como meio de coerção. O que é inviabilizada pela Lei Maior é a prisão que tem origem em dívida, ou seja, aquela estabelecida para cumprimento de liame obrigacional." (ARENHART, op. cit., p.211).

Spadoni, de modo mais comedido, defende a tese de que o não cumprimento da ordem judicial poderá configurar crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, podendo o devedor recalcitrante ser preso em flagrante. Contudo, não se nota em sua obra a defesa da prisão pura e simples como meio de coerção. Confira-se: "Assim, uma vez descumprida a ordem judicial, legítima é a persecução penal para a aplicação da pena decorrente da prática do crime de desobediência. [...] Cabe salientar que a prisão do réu que se recusa a cumprir a ordem judicial pode ser realizada, inclusive, em flagrante, nos termos do art. 301 do CPC, pelo executores da ordem judicial." (SPADONI, op. cit., p.204 e 205).

⁴⁴⁹ ARENHART, op. cit., p.191.

É importante ressaltar ainda que a concessão da tutela inibitória poderá se dar a requerimento do credor ou de ofício (desde que, por óbvio, já exista medida jurisdicional em trâmite), bem como por intermédio de antecipação de tutela (§ 3.º do art. 461/CPC), exigindo-se apenas e tão-somente como pressuposto da tutela inibitória a ameaça de um ato violador de direitos de outrem.

Dissertando acerca da tutela inibitória, Spadoni a denomina de tutela preventiva genuína, notadamente para a defesa dos direitos da personalidade. Ensina:

A tutela inibitória destina-se a impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio *direito material* da parte. É providência judicial que veda, de forma definitiva, a prática de ato contrário aos deveres estabelecidos pela ordem jurídica, ou ainda sua continuação ou repetição.

Diante de um estado de ameaça de prática de ato violador de um direito, pode seu titular pedir ao Poder Judiciário a adoção de medidas que impeçam a concretização dos atos ameaçados, fazendo, assim, com que o autor possa usufruir de seu direito *in natura*. [...]

A tutela inibitória apresenta-se com inestimável relevância na proteção de direitos de conteúdo extrapatrimonial, como são os direitos da personalidade e grande parte dos direitos difusos e coletivos.⁴⁵⁰

A tutela inibitória (preventiva) tem os olhos voltados para o porvir, tendente a "prevenir condutas futuras tidas como ilícita"⁴⁵¹, ao contrário do que ocorre com a tutela reparadora, que visa recompor pecuniariamente a lesão já ocorrida.

Dissertando acerca da diferenciação entre a tutela inibitória e a ressarcitória, Luiz Guilherme Marinoni leciona:

Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa.⁴⁵²

⁴⁵⁰ SPADONI, op. cit., p.32 e 33.

⁴⁵¹ SPADONI, op. cit., p.37.

⁴⁵² MARINONI, **Tutela inibitória individual...**, p.36.

E, em outra passagem, o Professor Marinoni deixa clara a sua opção pela tutela inibitória em detrimento da tutela ressarcitória para a proteção dos direitos não-patrimoniais, tal qual o é o direito à imagem:

Os direitos da personalidade não podem ser garantidos adequadamente por uma espécie de tutela que atue somente após a lesão ao direito. Admitir que tais direitos apenas podem ser tutelados através da técnica ressarcitória é o mesmo que dizer que é possível a expropriação destes direitos, transformando-se o direito ao bem em direito à indenização. Não é preciso lembrar que uma espécie de expropriação seria absurda quando em jogo direitos invioláveis do homem, assegurados constitucionalmente.⁴⁵³

A tutela inibitória revela-se a melhor forma de proteção do *ius imaginis*⁴⁵⁴, haja vista que impede que a lesão se concretize, ou se repita, ou se perpetue, sobrelavando-se, portanto, frente à tutela reparadora, que tem a finalidade de substituir a proteção efetiva do bem da vida (no caso a imagem) por um equivalente em dinheiro.

Neste sentido é a elucidativa lição de Andrea Proto Pisani, citado por Sérgio Cruz Arenhart:

[...] mas se é assim; se a tutela sucessiva, restitutória por equivalente monetário é por definição inadequada, vai daí também que os direitos da personalidade têm necessidade de uma tutela que intervenha, nos limites das possibilidades humanas, antes da violação ou na sua imediatidade, ao escopo de impedir a violação e/ou continuação. Presente a irreversibilidade dos efeitos da violação do direito da personalidade, presente a inadequação de qualquer forma de tutela sucessiva *ex post* a restituir ao sujeito aquela liberdade de que não pode gozar [...], a tutela dos direitos da personalidade deverá ser quanto possível preventiva, dirigida a impedir a violação ou a sua continuação; em uma palavra, deverá ter conteúdo inibitório; deverá ter o

⁴⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Questões do novo direito processual civil brasileiro**. 2.^a tiragem. Curitiba: Juruá, 2002. p.171/172.

⁴⁵⁴ "[...] como já observado, a tutela preventiva é a única apta a outorgar uma tutela jurisdicional adequada aos direitos da personalidade." (ARENHART, op. cit., p.106).

seu fulcro não tanto na (embora necessária) eliminação dos efeitos de uma violação já ocorrida, mas em impedir que a violação seja posta em prática ou então continue ou ainda seja repelida. (PROTO PISANI, Andrea. 'La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela, cit. p.7).⁴⁵⁵

A tutela inibitória dispensa, ao contrário da reparatória, a ocorrência do dano, basta somente a existência do ilícito; tal característica revela-se importante para a proteção do *ius imaginis*, haja vista que em diversos casos, como já visto anteriormente, a violação a este direito ocorre independentemente da existência de dano, como por exemplo na pura e simples captação não consentida da imagem em situações em que tal não é possível.⁴⁵⁶

No caso específico do direito da personalidade, o ordenamento jurídico conferiu ainda ao lesado os artigos 12 e 21 do Código Civil como instrumento de tutela preventiva.

Prescrevem os respectivos dispositivos normativos:

Art. 12/CC: Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

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

O Conselho da Justiça Federal, por intermédio do Enunciado 140 da III Jornada de Direito Civil, interpretou o artigo 12 do Código Civil, conjugando-o justamente com o artigo 461 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

Enunciado 140: Art. 12: A primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se a técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada com resultado extensivo.

⁴⁵⁵ ARENHART, op. cit., p.108/109.

⁴⁵⁶ "A tutela inibitória não tem o dano entre seus pressupostos. O seu alvo, como já foi dito, é o ilícito. É preciso deixar claro que o dano é uma consequência meramente eventual do ilícito. O dano é requisito indispensável para a configuração da obrigação ressarcitória, mas não para a constituição do ilícito." (MARINONI; ARENHART, op. cit., p.454).

Acerca da tutela inibitória específica em relação ao direito à imagem, confira-se: "Com efeito, no fundo da pretensão do titular da imagem parece existir sempre o interesse pela interrupção do processo lesivo do direito de dispor a ele reservado, ou pela abstenção do ato lesivo ainda não realizado; neste sentido é negatória a pretensão"⁴⁵⁷.

Dessa forma, a tutela inibitória deverá ser utilizada na proteção do direito à própria imagem, impondo-se uma prestação positiva ou uma omissão ao agente lesionador, ou qualquer outra medida necessária para se evitar ou afastar o ilícito, bem como a lesão, a continuidade de lesão ou a sua repetição de captação ou utilização não consentida do direito à imagem.

O juiz poderá, para proteger o direito à própria imagem, aplicar no caso concreto, além de multa monetária, qualquer medida coercitiva necessária para impedir a ocorrência da lesão, sua repetição ou continuidade, com o objetivo de prestar ao jurisdicionado uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e útil.

Acerca da aplicação dos meios coercitivos, Joaquim Spadoni ensina:

Assim, viabilizando a tutela jurisdicional diferenciada, a lei concede ao juiz a incumbência e o poder de escolher e determinar, diante do caso concreto que lhe é apresentado, a medida necessária, qualquer que seja, para fazer atuar a sua decisão, entregando ao autor uma prestação jurisdicional que esteja em conformidade com as exigências constitucionais de efetividade e adequação.⁴⁵⁸

A tutela inibitória revela-se, por conseguinte, como sendo "absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na 'dignidade da pessoa humana' e que se empenha em realmente garantir – e não apenas em proclamar – a inviolabilidade dos direitos da personalidade"⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ STOCO, op. cit., p.1.626.

⁴⁵⁸ SPADONI, op. cit., p.208.

⁴⁵⁹ MARINONI, **Tutela inibitória individual...**, p.304/305.

Na defesa da utilização da tutela inibitória para o resguardo dos direitos da personalidade, sobrelevando-a em relação à tutela meramente reparadora, é a lição de Sérgio Cruz Arenhart: "A toda evidência, os direitos da personalidade não se adaptam à tutela repressiva, com a reparação do dano já causado. Ao contrário, exigem proteção preventiva, capaz de impedir que a lesão ao direito se consuma"⁴⁶⁰.

A tutela inibitória, para ser invocada, ou aplicada de ofício pelo Juiz, prescinde da demonstração de qualquer culpa por parte do agente agressor⁴⁶¹, basta somente a demonstração do ato ilícito para a viabilização de tal tutela preventiva, notadamente no que tange aos direitos pessoalíssimos, tal qual o é o direito à imagem.

Há que se concluir, portanto, que é a tutela inibitória (preventiva) aquela que melhor atende à proteção plena, efetiva e integral dos direitos da personalidade, gênero do qual a imagem é espécie, haja vista que permite àquele que teve a sua imagem de alguma forma violada ou ameaçada impedir que esta violação se perpetue ou se repita, ou ainda que a ameaça se concretize por intermédio da aplicação da multa coercitiva (§ 4.º do art. 461/CPC) ou por intermédio da imposição de qualquer medida necessária para que tal desiderato seja alcançado (§ 5.º, art. 461 do CPC).

É, pois, a tutela preventiva a que melhor atende à exigência de uma prestação jurisdicional adequada em favor do resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana.

⁴⁶⁰ ARENHART, op. cit., p.70/71.

⁴⁶¹ Neste sentido já lecionava Adriano de Cupis: "Que a ação destinada à cessação do abuso possa exercer-se independentemente da culpa, parece de admitir sem mais, dada a índole da referida ação. Mas, para a ação de indenização, é indubitavelmente necessário o normal pressuposto da culpa." (CUPIS, op. cit., p.152).

CONCLUSÃO

Integrantes dos chamados novos direitos, os direitos da personalidade adquiriram maior importância com a chamada (re)personalização do direito, tendo sido abandonado o paradigma do 'ter', adotando-se o paradigma do 'ser'. O ordenamento jurídico deixou de ser um mero protetor das relações jurídicas de direitos patrimoniais para se tornar um protetor da pessoa humana.

A pessoa humana é, portanto, o fim e o fundamento do Estado, sem a qual não haveria sentido sua existência. Essa (re)personalização do direito se dá através do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, eleita pelo Constituinte originário um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III/CF), que se tornou o centro uniformizador e conformador de todo o ordenamento jurídico vigente.

Sob esta ótica, os direitos da personalidade, direitos subjetivos de seus titulares que são, podem ser conceituados de forma concisa como os regramentos que protegem o ser enquanto sujeito de direito na sua plenitude, ou, na feliz síntese formulada por Silvio Venosa: "Os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana"⁴⁶².

A melhor maneira de se proteger os direitos da personalidade se dá por meio da conjugação das técnicas 'tipificadoras' de tais direitos, que outorgam maior segurança aos bens juridicamente protegidos, e da 'cláusula geral', que não permite que nenhum direito ou bem inerente ao ser humano fique ao desabrigo da tutela jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro tem-se o exemplo da aplicação conjugada de ambas as técnicas: a tipificadora consubstanciada recentemente pela promulgação do Código Civil de 2002, que tratou dos direitos da personalidade no Capítulo II do Livro I (artigos 11 e 21), e o princípio da dignidade da pessoa humana, que se consubstancia no principal exemplo de 'cláusula geral' na defesa dos direitos da personalidade.

⁴⁶² VENOSA, op. cit., v.1, p.200.

A imagem, que é uma emanção e atributo da personalidade, integra o rol não-taxativo dos direitos da personalidade e modernamente tem se sobrelevado em interesse, haja vista os avanços tecnológicos que permitem a captação, reprodução e divulgação de forma nunca antes experimentada, principalmente pela popularização da rede mundial de computadores (internet).

Esse aumento tecnológico proporcionou maiores facilidades para a agressão do direito à imagem, reclamando do direito uma resposta adequada na defesa do ser integral.

A Constituição Federal foi pródiga ao proteger o direito à imagem, concedendo ao titular três incisos do art. 5.^o para tal fim (incisos V, X e XXVIII), protegendo dessa forma a imagem em todos os seus aspectos morais e patrimoniais.

Não obstante a vasta, ampla e autônoma proteção conferida pela Carta Maior e toda a evolução da ciência jurídica – que se iniciou pelas teorias que negavam totalmente a existência do *ius imaginis*, passando pelas teorias que vinculavam a proteção desse importante elemento constituidor do ser humano à proteção de outros bens jurídicos, tais como à honra, à propriedade, à intimidade, à identidade, ao patrimônio moral, ao direito autoral e à liberdade, até se chegar à melhor interpretação de que o direito à imagem é autônomo e merece proteção independente da proteção de qualquer outro bem ou circunstância –, o Código Civil de 2002, embora seja recente em sua cronologia, está ultrapassado na sua concepção quando regulamenta o direito à imagem e, em razão disso, o artigo 20 do *codex* civil não retira da Constituição Federal o seu fundamento de validade, sendo, pois, inconstitucional, haja vista que vincula a proteção da imagem à lesão concomitante da honra do titular ou a sua utilização para fins econômicos, merecendo, neste particular aspecto, urgente reforma legislativa.

Somente o titular da imagem pode autorizar, mediante o consentimento, a captação, reprodução ou utilização de sua efígie e, em caso de violação desse direito personalíssimo, o titular tem direito de afastar o ato ilícito que está sendo perpetrado, independentemente de existência ou não de lesão a outro bem jurídico

ou da circunstância da imagem estar sendo utilizada para fins econômicos. Nisto consiste a autonomia do *ius imaginis*.

Sob outro enfoque, muito embora se deva dar ampla proteção à imagem, este direito, como todos os outros, não é absoluto e ilimitado, devendo ceder em três circunstâncias: a) quando for necessária à administração da justiça; b) quando for necessária para a manutenção da ordem pública; e c) em raríssimos casos em que o direito à imagem estiver em conflito com a liberdade de imprensa, prevalecendo, na dúvida entre ambos os direitos, o *ius imaginis* nos termos preconizados pelo art. 220, § 1.º da Constituição Federal.

Nessas três únicas hipóteses, o titular do direito à imagem não poderá impedir a sua captação, reprodução e utilização nem pleitear indenização correspondente.

A morte do sujeito põe fim a todos os direitos da personalidade, incluindo-se o direito à imagem, assegurando-se, porém, que a utilização indevida e da imagem do *de cuius* legitimará os sucessores (art. 20, parágrafo único c/c art. 12, parágrafo único do Código Civil) a impedir esta ação ilegítima ou pleitear a indenização respectiva.

A proteção dos direitos da personalidade em geral e da imagem em especial pode ocorrer de três formas: 1) legítima defesa; 2) tutela reparadora e 3) tutela preventiva. De longe a tutela preventiva, consubstanciada na tutela inibitória prevista nos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, revela-se a melhor forma de se proteger o *ius imaginis*, haja vista que impede a ocorrência da lesão, afastando de pronto o ilícito.

A imagem, que nos dizeres de Walter Moraes é "toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem"⁴⁶³, representa elemento identificador, essencial e inerente ao ser humano e merece ser protegida na sua plenitude e de forma autônoma pelo ordenamento jurídico, devendo o intérprete maximizar os preceitos constitucionais no intuito de valorizar a dignidade da pessoa humana.

⁴⁶³ MORAES, W., Direito..., 1977, p.340.

REFERÊNCIAS

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. 5.^a tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.

ALVES, Cristiane Avancini. Os direitos da personalidade e suas conexões intra, inter e extra-sistemáticas. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.53, n.330, p.35-53, 2005.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A teoria do umbral do acesso ao direito civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 11, n.1.535, 14 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/text.asp?id=10406>>. Acesso em: 14 set. 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6.ed. São Paulo: Renovar, 2006.

ARARIPE, Jales de Alencar. Direitos da personalidade: uma Introdução. In: RENAN, Lotufo (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000.

BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem**: aspectos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Cigarro e liberdade de expressão. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Tomo II.

_____. Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Tomo II.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005.

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

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 2001.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução das Línguas Originais: João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Alfalit Brasil, 1996.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela jurídica dos direitos da personalidade e dos direitos autorais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n.º 1000.062037-3. Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Apelantes: Pedro Barbosa Moreno e Leandra Vagliatti de Souza Ferdizzi. Apelados: os mesmos. Julgamento ocorrido em: 11.11.1998. Disponível em: <<http://www.tj.ms.gov.br/sg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp>>. Acesso em: 12 jan. 2008.

BRASIL. PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n.º 319868-7. Rel. Desembargador Luiz Mateus de Lima. Apelante: Estado do Paraná. Apelado: Claudemir Marcondes do Amaral. Julgamento ocorrido em: 23.05.2006. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/ListaDadosProcesso.asp?Codigo=706588>>. Acesso em: 31 ago. 2007.

BRASIL. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 98.001.14922. Rel. Juiz Convocado Nagib Slaibi Filho. Apelante: Carmen Therezinha Solbiati Mayrink Veiga. Apelado: Editora Abril. Julgamento ocorrido em: 06.03.1999. Disponível em: <http://www.nagib.net/sentencas_direito_civil_texto.asp?id=135&tipo=38>. Acesso em: 26 ago. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 46420-0-SP. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recorrentes: Confederação Brasileira de Futebol – CBF e Editora Abril S/A. Recorridos: Clodoaldo Tavares Santana e outros. Julgamento ocorrido em 12.09.1994. **DJU**, 05 dez. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 58.101-SP. Rel. Ministro César Asfor Rocha. Recorrente: Vera Lucia Zimmerman. Recorrida: Editora Azul S/A. Julgamento ocorrido em 16.09.1997. **DJU**, 09 mar. 1998. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=58101&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Último acesso em: 19.09.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 74473-RJ. Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Recorrente: Edenir dos Santos Mário. Recorrida: Produções Cinematográficas L. C. Barreto Ltda. Julgamento ocorrido em 23.02.1999. **DJU**, 21 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=74473&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 10 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 215.984-1. Rel. Ministro Carlos Velloso. Recorrente: Cássia Kis. Recorrida: Ediouro S/A. Julgamento ocorrido em 04.06.2002. **DJU**, 28 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 09 nov. 2007.

CARREJO, Simon. **Derecho Civil**. Bogotá: Themis, 1972. Tomo 1.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHAVES, Antonio. Direito à própria imagem. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Ano 68, v.240, Fasc. 832-833-834, out./nov./dez. 1972.

_____. **Tratado de direito civil**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v.1.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORTIANO JR., Eroulths. A teoria geral dos direitos da personalidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba, v.5, n.5, p.20-37, 1996.

_____. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA, Paulo José Júnior da. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. 2.ed. São Paulo: RT, 1995.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**: parte geral. 4.^a tiragem Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos nas perspectivas civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUARTE, Fernanda et al. (Coord). **Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUVAL, Hermano. Filmagem e televisionamento de espetáculo público. **Revista dos Tribunais**, v.446, dez. 1952.

_____. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988.

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**: elementos para uma teoria marxista do direito. Coimbra: Centelha, 1976.

FACHIN, Antonio Zulmar. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 8.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FLORENCIO, Gilbert Ronald Lopes. **Direitos da personalidade no novo código civil**. São Paulo: LED, 2005.

FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**: direito processual, dissolução de sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 1979. v.28.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

GUERRA, Sylvio. **Colisão de direitos fundamentais**: imagem x imprensa. Rio de Janeiro: BVZ, 2002.

HOUAISS, Antônio. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. In: DELGADO, Mario; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Novo código civil**: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2003. v.1.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil**: parte geral. São Paulo: RT, 2002. v.1.

_____. **Código civil comentado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

MAIA, Lauro Augusto Moreira. **Novos paradigmas do direito civil**. Curitiba: Juruá, 2007.

MANSO, Eduardo Vieira. **Direito autoral**: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Questões do novo direito processual civil brasileiro**. 2.^a tiragem, Curitiba: Juruá, 2002.

_____. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Questões do novo direito processual civil brasileiro**. 2.^a tiragem. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 4.ed. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro; GARCIA, Wander. **Anotações ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. Tomo IV.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. v.7.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 61, v.443, 1972.

_____. Direito à própria imagem. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 61, v.444, 1972.

_____. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**: dialética jurídica, direito constitucional-tributário. São Paulo: Saraiva, 1977. v.25.

_____. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.73 , n.590, p.14-24, dez. 1984.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: RT, 2001.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado e legislação extravagante**. 3.ed. São Paulo: RT, 2005.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: RT, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, Ano 19, n.19, 1978-1979-1980.

OLIVEIRA, Juarez de (Org.). **Código civil**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVER, Paulo. **Aspectos jurídicos**: direito autoral, fotografia e imagem. São Paulo: Letras & Letras, 1991.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.1.

PEREZ, Pascual Marin. **Derecho civil**. Madrid: Editorial Tecnos, 1983. v.1.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 2.ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. Tomo II, v.1.

- REIS, Clayton. **Dano moral**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 26.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho.
- SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri: Manole, 2002.
- SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória**: ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. 2.ed. São Paulo: RT, 2007.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: RT, 2004.
- STRATTON, Peter; HAYES, Nicky. **Dicionário de psicologia**. Trad. Esméria Rovai. São Paulo: Pioneira, 1994.
- SUEIRO, María E. Rovira. **El Derecho a La Propia Imagen**: especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito. Granada, 2000.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: RT, 2005.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 3.ed. São Paulo: Método, 2007. v.1.
- _____. **Os direitos da personalidade no novo código civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7590>>. Acesso em: 11 set. 2007.
- TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____ (Coord.). **Temas de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____ (Coord.). **Temas de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: _____ (Coord.). **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II.
- VADE MECUM. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 3.ed. Lisboa: Almedina, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.1.

_____. **Direito civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.4.

WALD, Arnaldo. **Direito civil**: introdução e parte geral. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WIKIPÉDIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Eutan%C3%A1sia#Ortotan.C3.A1sia>>. Acesso em: 05 set. 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Lógico-Philosophicus**. Trad. Luiz Henrique dos Santos. 2.ed. São Paulo: Edusp, 1994.