

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

ZULMAR ANTONIO FACHIN

A PROTEÇÃO JURÍDICA DA IMAGEM

CURITIBA
1998

ZULMAR ANTONIO FACHIN

A PROTEÇÃO JURÍDICA DA IMAGEM

**Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, na área de Direito do Estado, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor.
Orientador: Professor RENÉ ARIEL DOTTI**

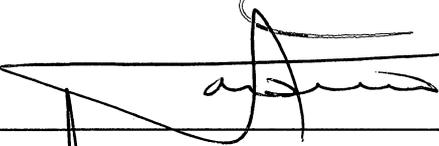
**CURITIBA
1998**

Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Paraná, na área de Direito do
Estado, como requisito parcial para a obtenção do título de
Doutor.

COMISSÃO EXAMINADORA











CURITIBA, 02 DE 12 DE 1998

DEDICATÓRIA

**Aos meus pais Silvestre (*in
memoriam*) e Aurélia, pela vida e pelo
exemplo.**

AGRADECIMENTOS

Ao Professor RENÉ ARIEL DOTTI, pelo estímulo, pela compreensão e pelas luzes lançadas sobre um caminho de dúvidas.

A todas as pessoas que, ao longo da vida, contribuíram, de uma forma ou de outra, para que esse caminho pudesse ter sido percorrido.

SUMÁRIO

RESUMO.....	x
RIASSUNTO.....	xi
INTRODUÇÃO.....	01

CAPÍTULO I OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	06
2 CONCEITO.....	11
3 NATUREZA JURÍDICA.....	14
4 DENOMINAÇÕES E CLASSIFICAÇÕES.....	24
5 CARACTERÍSTICAS E ESPÉCIES.....	28
6 PROTEÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL.....	30
6.1 PORTUGAL.....	36
6.2 ESPANHA.....	38
6.3 NICARÁGUA.....	39
6.4 JAPÃO.....	40
6.5 OUTROS PAÍSES.....	41
7 PROTEÇÃO NO DIREITO INTERNO.....	42

CAPÍTULO II O DIREITO À IMAGEM

1 CONCEITO.....	49
2 IMPORTÂNCIA DO TEMA.....	52
3 DIREITO COMPARADO.....	55
3.1 FRANÇA.....	55
3.2 ALEMANHA.....	56
3.3 ITÁLIA.....	58
3.4 PORTUGAL.....	60
3.5 ESPANHA.....	64
3.6 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	65
3.7 ARGENTINA.....	67
3.8 MÉXICO.....	68
4 NATUREZA JURÍDICA.....	69
4.1 TEORIA NEGATIVISTA.....	70

4.2 TEORIAS AFIRMATIVAS.....	71
4.2.1 Teoria do direito de propriedade.....	72
4.2.2 Teoria do direito à intimidade.....	75
4.2.3 Teoria do direito de autor.....	78
4.2.4 Teoria do direito à honra.....	81
4.2.5 Teoria do direito à identidade pessoal.....	84
4.2.6 Teoria do patrimônio moral da pessoa.....	86
5 AUTONOMIA DO DIREITO À IMAGEM.....	87
6 CARACTERÍSTICAS.....	95
6.1 ESSENCIALIDADE.....	95
6.2 ORIGINALIDADE.....	96
6.3 EXCLUSIVIDADE.....	98
6.4 INDISPONIBILIDADE.....	99
6.5 (EXTRA)PATRIMONIALIDADE.....	100
6.6 INTRANSMISSIBILIDADE.....	104
6.7 IMPRESCRITIBILIDADE.....	107
7 A IMAGEM COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	108

CAPÍTULO III A PROTEÇÃO JURÍDICA DA IMAGEM

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	112
2 DIREITO CONSTITUCIONAL.....	113
3 DIREITO CIVIL.....	121
3.1 O CÓDIGO CIVIL.....	122
3.1.1 O princípio geral.....	123
3.1.2 A regra permissiva.....	126
3.1.3 A exclusão da ilicitude.....	128
3.2 A LEGISLAÇÃO SOBRE OS DIREITOS DO AUTOR.....	130
3.3 A LEGISLAÇÃO SOBRE A PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	131
3.4 A PROTEÇÃO DO DIREITO À IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	133
3.5 USO DA IMAGEM.....	142
3.5.1 Uso da imagem mediante consentimento.....	142
3.5.2 Uso da imagem contra a vontade do interessado.....	147
4 DIREITO PENAL.....	148

4.1 O Código Penal.....	149
4.2 A proteção penal do direito à imagem da criança e do adolescente.....	149
5.1 O Código Eleitoral.....	152
5.2 A Lei Orgânica dos Partidos Políticos.....	153
5.3 A Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.....	154
6 DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	155
7 DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	157
7.1 Interpelação e notificação.....	158
7.2 Ação cautelar inominada.....	159
7.3 Ação cautelar de busca e apreensão.....	161
7.4 Ação de interdito proibitório.....	164
7.5 Tutela antecipatória.....	165
7.6 Ação declaratória.....	167
7.7 Ação de reintegração de posse.....	168
7.8 Ação de mandado de segurança.....	169
7.9 Ação de indenização.....	171

CAPÍTULO IV RESTRIÇÕES AO DIREITO À IMAGEM

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	176
2 O INTERESSE DA SEGURANÇA NACIONAL.....	177
3 O INTERESSE NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	178
4 O INTERESSE DA HISTÓRIA.....	180
5 O INTERESSE CIENTÍFICO, DIDÁTICO E CULTURAL.....	182
6 O INTERESSE DA SAÚDE PÚBLICA.....	184
7 O INTERESSE SOBRE FIGURAS PÚBLICAS.....	186
8 O INTERESSE SOBRE EVENTOS PÚBLICOS.....	190
9 O INTERESSE DA INFORMAÇÃO.....	193
10 O CONSENTIMENTO DO INTERESSADO.....	194
11 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	197

CAPÍTULO V
PERSPECTIVAS DO DIREITO A CONSTITUIR

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	203
2 O PROJETO DO CÓDIGO CIVIL.....	204
3 O ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL (PARTE ESPECIAL).....	210

CAPÍTULO VI
CONCLUSÃO

1 PRINCIPAIS ASPECTOS.....	213
2 PROPOSTAS.....	219

ANEXOS

ANEXO I.....	224
ANEXO II.....	245
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	260

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo abordar a proteção jurídica do *direito à imagem*. Começa por localizá-lo no campo dos direitos da personalidade, focalizando, em seguida, a importância que vem assumindo no mundo moderno, face aos renovados avanços da tecnologia. Após examiná-lo no Direito de vários outros países, procura enfrentar o complexo tema de compreender a natureza jurídica deste direito que passou a despertar a atenção dos juristas praticamente só neste século, conhecido como o da *civilização da imagem*. Fracassada a tentativa de negar a existência de um direito à imagem, várias teorias surgiram para fundamentá-lo: teoria do direito de propriedade, teoria do direito à intimidade, teoria do direito de autor, teoria do direito à honra, teoria do direito à identidade pessoal e teoria patrimônio moral da pessoa. Entretanto, todas foram superadas pelo reconhecimento de que a imagem é direito que desfruta de autonomia. O trabalho examina ainda as características do direito à imagem, especialmente seu aspecto patrimonial. Atento à inovação constitucional de 1988, reconhece ser o direito à imagem um direito fundamental da pessoa humana. Em seguida, sempre atento à jurisprudência, analisa, de modo específico, a proteção jurídica do direito à imagem nos mais variados quadrantes do Direito, abrindo significativo espaço para refletir sobre as hipóteses de limitações que podem ser impostas a este direito. Isto aponta para a necessidade de se ter que fazer, muitas vezes, uma ponderação de valores entre o direito à imagem e outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, como o direito à informação e de ser informado, o que leva ao acolhimento do princípio da proporcionalidade. Considera ainda o Direito a constituir, especialmente o Projeto de Código Civil e o Projeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal. Ao final, extraídas inúmeras conclusões, sugere propostas concretas para modificações de textos legais, tanto no âmbito do Direito Civil quanto no âmbito do Direito Penal.

RIASSUNTO

Questo lavoro di ricerca ha come scopo investigare la protezione giuridica al *diritto all'immagine*. Incomincia per distinguerlo riguardo ai diritti della personalità e poi cerca di dimostrare l'importanza che viene assumendo nel mondo moderno di fronte ai rinnovati sviluppi della tecnologia. Dopo aver esaminato il Diritto di vari altri paesi, cerca di affrontare un complesso argomento, o sia, comprendere la natura giuridica di questo diritto che passò a suscitare l'attenzione dei giuristi soltanto in questo secolo, conosciuto come civilizzazione dell'immagine. Annientato il tentativo di negare l'esistenza di un diritto all'immagine, varie teorie sono apparse per confermarlo: teoria del diritto alla proprietà, teoria del diritto all'intimità, teoria del diritto all'autore, teoria del diritto all'onore, teoria del diritto all'identità personale e teoria del patrimonio morale della persona. Intanto, tutte queste teorie furono superate dal riconoscimento di che l'immagine è un diritto che gode di autonomia. Questa ricerca analisa ancora le caratteristiche del diritto all'immagine, soprattutto suo aspetto patrimoniale. Attento all'innovazione costituzionale del 1998, si riconosce che il diritto all'immagine é un diritto essenziale della persona umana e ancora sempre attento alla giurisprudenza, analisa, in modo specifico, la protezione giuridica del diritto all'immagine nelle varie specificità del Diritto, aprendo così rilevante spazio per riflettere sulle ipotesi di limitazione che possono essere imposte su questo diritto. Fatto che segnala la necessità di dover fare, molte volte, una ponderatezza dei valori tra il diritto all'immagine e tra altri diritti ugualmente protetti dal ordinamento giuridico, che porta all'accoglienza del principio della proporzionalità. Si considera ancora il Diritto di costituire, specialmente il Progetto del Codice Civile e il Progetto della Riforma della Parte Speciale del Codice Penale. Alla fine, sottratte numerose conclusioni, suggerisce proposte concrete per la modificazione di testi legali, sia nel ambito del Diritto Civile sia nel ambito del Diritto Penale.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DA IMAGEM

INTRODUÇÃO

O edifício jurídico é obra inacabada. Na sua construção, o esforço deve ser permanente. A cada instante, no turbilhão das transformações sociais, novo *bem* surge no seio da sociedade, a clamar por tutela jurídica. E o Estado, produto da inteligência humana, precisa dar resposta a exigências antes inimagináveis. Vivemos em plena *era dos direitos* e certo andava o Professor italiano¹ quando lecionou: “O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”.

O presente trabalho tem o propósito de abordar o direito à imagem sob os mais variados aspectos, inventariando as hipóteses (poucas, é verdade) a partir das quais o legislador dele se ocupou. Mas, para muito além disso, tem por escopo apresentar sugestões capazes de apontar um caminho seguro para

¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p.19.

que este direito venha a merecer, da parte do legislador brasileiro, tratamento mais eficaz e mais amplo.

A imagem tem exercido profunda influência nas relações humanas. Vem da mitologia grega que Frinéia, a bela cortesã que viveu no século IV a. C., foi levada a julgamento, sob a acusação de ter praticado o crime de impiedade. No tribunal, Hipérides, seu defensor, percebendo que a condenação seria inevitável, providenciou que sua cliente se desnudasse. A beleza física de Frinéia, nua perante os juízes, acabou por convencê-los de sua inocente. E foi absolvida².

É preciso saber, no entanto, que do direito à imagem cogitou-se apenas no final da centúria passada. Até aquele momento da História, permaneceu ignorado por quase todos e, especialmente, pelo legislador. Tratava-se de um *bem* ao qual a sociedade não atribuía valor suficiente para merecer a necessária proteção. Mas foi neste século, marcado pela *civilização da imagem*, que este direito desenvolveu-se de modo

² Mais tarde, a bela cortesã serviu de modelo para que Praxiteles, de quem era amante, fizesse as estátuas de Afrodite, considerada a deusa da beleza e do amor, nascida da espuma das ondas do mar. Grande Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Nova Cultura, 1995, v. 1, p. 108.

extraordinário.

Nas últimas décadas, sobretudo, o direito à imagem vem sofrendo ataques cotidianos. Vivemos o “inevitável conflito entre algumas invenções contemporâneas que se prestam, a um só tempo, para satisfazer necessidades e interesses e para gerar angústia e destruição do Homem como ser da natureza e do espírito”³.

Os avançados instrumentos oferecidos pela tecnologia - onde ao Homem reservou-se apenas o papel de mero coadjuvante - contribuíram para transformar a imagem em sofisticado bem de consumo. Um produto, associado à imagem de alguma personalidade, pode gerar lucros imensuráveis. Isto ocorre de tal modo que muitas vezes temos dificuldades em distinguir quem proporcionou tais resultados: se o produto ou a imagem.

A preocupação do estudioso do Direito, porém, deve ser outra. Neste quadro de *modernidade* e de *erosão*

³ DOTTI, René Aricl. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revistas dos Tribunais 1980. p.28-29.

da vida privada, não se pode olvidar que, mais do que bem de consumo, a imagem é uma expressão da personalidade humana. E, por isso, merecedora de dedicada proteção jurídica.

A Constituição de 1988 deu passo decisivo no sentido de consagrar o direito à imagem no sistema positivo brasileiro. O que antes era preocupação quase que exclusiva da doutrina e da jurisprudência, agora é norma jurídica escrita. E, mais do que isso, elencada no rol dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. É *cláusula pétrea*. Sua abolição está constitucionalmente interdita.

Todavia, não podemos ficar só nisso. É preciso caminhar mais e a passos mais firmes. Na esfera do Direito Civil, o direito à imagem precisa receber tratamento adequado, que venha a reconhecer, em definitivo, sua autonomia. No âmbito do Direito Penal, é imperioso tipificar, com urgência, algumas condutas lesivas a este bem jurídico, cominando penas severas para puni-las com rigor.

Por outro lado, proteger a imagem significa, às vezes, estabelecer limites para conter a força de outros direitos igualmente importantes. Na colisão entre dois direitos fundamentais, deve-se buscar a preservação de ambos, afastando, todavia, um deles da incidência do caso concreto. É preciso ter a sabedoria dos engenheiros holandeses, lembrada por Perelman⁴, segundo o qual “para proporcionar ao lavrador mais uma nesga de terra, recuam as águas do mar, sem as fazer desaparecer”.

⁴ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.7.

CAPÍTULO I

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Jusnaturalismo e positivismo são doutrinas que não convergem. Este antagonismo espraia-se por vários quadrantes do Direito. No campo específico dos direitos da personalidade, repete-se a divergência. Para o jusnaturalismo, os direitos da personalidade sempre existiram. São, portanto, anteriores à própria existência da sociedade política chamada Estado. Este, portanto, não os cria, apenas reconhece sua existência

O positivismo, ao contrário, só admite a existência dos direitos da personalidade, a partir do momento em que o Estado os consagra em normas jurídicas. Um direito da personalidade não existiria sem a chancela do Estado.

Passando, agora, ao largo desta discussão -

tema que será oportunamente abordado -, faz-se mister focar a origem e a evolução histórica dos direitos da personalidade.

Sua origem parece remontar ao direito romano. Marcados pelo pragmatismo, os romanos qualificavam de injúria tudo aquilo que ferisse algum atributo pessoal do homem, como a liberdade e os aspectos físico e moral. Para cada direito ferido, atribuía-se uma ação. Esta, como se sabe, não havia ainda alcançado os contornos que adquiriu posteriormente, com a autonomia científica da ciência processual, que parece ter surgido com a obra de Bülow⁵.

Deste modo, ferido um direito da personalidade, poderia a vítima lançar mão de um remédio jurídico capaz de protegê-lo. Tiago Dantas⁶ mostra que os romanos possuíam um recurso técnico para defender a personalidade humana, qualquer que fosse o aspecto pelo qual ela houvesse sofrido a lesão. E esse remédio era a *actio injuriarum*.

⁵ A doutrina mostra que a ciência do direito processual nasceu com a obra escrita, em 1868, pelo jurista alemão Von Bülow. A partir de então, direito processual passou a ter autonomia, em relação ao direito material.

⁶ DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1967. p.191.

Assim, tem se considerado que, em seu pragmatismo, sem cogitar de uma elaboração teórica, os romanos já cuidavam de proteger alguns dos direitos da personalidade.

Consta que, ainda no século XIII, certos direitos da pessoa humana foram assegurados pela Carta Magna da Inglaterra, para fazer frente ao absolutismo dos detentores do poder.

Mais recentemente, nos Estados Unidos da América, a Declaração de Direito do Bom Povo de Virgínia, firmada em 12 de junho de 1776, protegeu alguns direitos da personalidade, verificando-se o mesmo com a Declaração Francesa de 1791.

Em sua evolução histórica, os direitos da personalidade encontraram opositores, muitos dos quais negaram sua existência. Savigny foi o primeiro a fazê-lo. O mestre do Direito alemão afirmava que aceitar a tese da existência dos direitos da personalidade significaria permitir a justificação do

suicídio. Esta objeção, entretanto, foi superada.

Porém, foi a partir do século passado, com a Revolução Industrial e com o progresso das comunicações, que os direitos da personalidade alcançaram grande desenvolvimento. Por outro lado, foi preciso proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado. E a teoria dos direitos da personalidade foi construída exatamente como resposta à tirania do Estado contra o indivíduo. Somente mais tarde se buscou proteger os direitos da personalidade contra as agressões dos indivíduos. Assim, num primeiro momento, eles foram protegidos contra o arbítrio do Estado e, depois, contra a ofensa dos particulares.

Observa o Professor França⁷ que

“[...] não obstante, esta tutela pública resulta insuficiente, pois muitos direitos da personalidade, como certos aspectos do direito sobre o próprio corpo, ou o direito à imagem, devido a excessiva gravidade das normas de Direito Público, aí não encontram lugar. Por outro lado, as lesões ao direito, como à honra e ao recato, só encontram sanção, provado o dolo específico do responsável”.

⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. V. 1, p. 404.

Os códigos civis da Alemanha (1900) e da Suíça (1907) são apontados como os primeiros a tratar expressamente dos direitos da personalidade. A Alemanha consagrou em seu Código Civil os direitos à vida, ao corpo e à saúde. Mais tarde, este rol foi ampliado com a consagração dos direitos à honra, ao nome, à imagem, à voz, à intimidade, além de outros que foram surgindo no decorrer dos tempos.

Outros códigos seguiram o modelo de proteção a estes direitos. O Código italiano, que entrou em vigor em 1942, tratou de modo amplo os direitos da personalidade, estabelecendo proteção legislativa a várias de suas espécies, tendo, inclusive, tratado de modo específico do direito à imagem. Este código é tido como um dos mais avançados, no que tange aos direitos da personalidade.

O Código Civil português apresenta amplo tratamento a estes direitos. Talvez o diploma legal que, dentre os vigentes, mais se ocupou desta espécie de direitos.

O Código Penal brasileiro, publicado em 1940, cuidou de proteger os direitos da personalidade em vários artigos. São muitas as condutas tipificadas, resultando na previsão de crimes, conforme será examinado mais adiante.

O Código Civil brasileiro de 1916 não demonstrou grandes preocupações com os direitos da personalidade. Porém, o Anteprojeto em tramitação no Congresso Nacional trata dos direitos da personalidade em vários artigos.

Como se pôde constatar, o desenvolvimento dos direitos da personalidade é relativamente recente. A centúria passada, marcada por conquistas e grandes acontecimentos históricos, ensejou o nascimento de debates teóricos, através dos quais se construiu as bases destes direitos

2 CONCEITO

A fixação de um conceito é de grande valia

para o estudo de qualquer tema. Embora íngreme, a tarefa de conceituar os direitos da personalidade impõe-se pela necessidade de haver clareza para estabelecer o ponto de partida do estudo. E nesta busca, os mais renomados juristas têm sido forçados a conviverem com a diversidade.

Para França⁸, “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”.

O Professor Orlando Gomes⁹ leciona que

“Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalísticos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos”.

⁸ Ibid., p. 321.

⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 131-132.

Em ambos os conceitos, nota-se que estes direitos são focalizados sob o ângulo do direito privado, o que se verifica também em outros autores, como, por exemplo, em Wald¹⁰. Busca-se, assim, protegê-los contra os ataques de outras pessoas. Limongi França¹¹ e Gomes¹² chegam a denominá-los direitos privados da personalidade. Serpa Lopes¹³ os denomina substanciais direitos privados da personalidade e Simón Carrego, “derechos subjetivos de carácter privado y no patrimonial”.

Outros conceitos, no entanto, revelam uma conotação pública dos direitos da personalidade. Tais direitos devem ser protegidos, não apenas contra os ataques dos indivíduos, mas, também e sobretudo, do arbítrio do Estado.

Pode-se notar, das breves considerações

¹⁰ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 121: “Os direitos da personalidade ou personalíssimos são direitos absolutos, aos quais correspondem deveres jurídicos de todos os membros da coletividade, cujo objeto está na própria pessoa do titular, distinguindo-se assim dos direitos reais que recaem sobre coisas ou bens exteriores ao sujeito ativo da relação jurídica”.

¹¹ *Ibid.*, p. 237.

¹² GOMES, Orlando. Direitos da personalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 11, p. 43, 1996.

¹³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*, 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. V. 1, p.203.

tecidas acerca dos direitos da personalidade, que a tarefa é árdua. A Professora Berti¹⁴ observa que o universo destes direitos está repleto de dificuldades, decorrentes das divergências doutrinárias quanto à sua extensão, ao caráter novo de sua construção teórica e, sobretudo, em razão da ausência de uma conceituação global e definitiva.

3 NATUREZA JURÍDICA

Estabelecer a natureza jurídica dos direitos da personalidade é tarefa das mais árduas e controvertidas. Ao longo do tempo, formaram-se várias correntes com o escopo de oferecer, cada qual a seu modo, contribuições para a compreensão do tema. Procurar-se-á expressar, em apertada síntese, as principais opiniões, observando que, inobstante sua importância, não é este o motivo e fundamento deste trabalho.

Para alguns autores, são direitos subjetivos, mas se constituem em uma categoria distinta dos direitos

¹⁴ BERTI, Silma Mendes. O código de defesa do consumidor e a proteção dos direitos da personalidade. *Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 23-24, p. 157, 1997.

subjetivos tradicionalmente concebidos. Neste sentido a lição de Oliveira¹⁵:

“É uma categoria jurídica distinta das tradicionais. Nela o homem é simultaneamente sujeito e objeto de direitos, recaindo o exercício destes em bens morais ou físicos. Somos senhores de nossa vida, liberdade, honra e outros atributos do estado natural da pessoa, mas nem assim há de ficar ao arbítrio de cada um fazer o que bem entende. Seria negar uma condição basilar do aperfeiçoamento do homem: a vida em sociedade”.

Muitas vezes se levantaram contra esta tese, negando que os direitos da personalidade possam ser compreendidos como uma categoria dos direitos subjetivos. Sustentam que não pode haver direitos sobre a própria pessoa, pois esta não é objeto de direito. Tal compreensão seria um paradoxo, não tolerável, pois obrigaria a admitir que o homem possa ser, a um só tempo, sujeito e objeto de direito.

Outros afirmam que, para compreender a natureza jurídica dos direitos da personalidade, seria preciso

¹⁵ OLIVEIRA, Moacyr de. Evolução dos direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 402, p. 29, 1969.

admitir a existência de direitos sem sujeito ou, então, que o objeto destes direitos possam estar fora da própria pessoa.

Nesta linha, Giannoti¹⁶ mostra que, para estes autores, os direitos da personalidade pertencem à categoria de direitos sem sujeito ou que seu objeto não deve ser buscado na pessoa ou em parte dela, mas nos cidadãos que devem respeitar a personalidade do indivíduo. Todavia, o autor reconhece que, para a doutrina dominante, o objeto dos direitos da personalidade estaria nos bens representados por certos atributos ou qualidades, físicas ou morais, do homem.

Esta doutrina parece ser sustentada também por Mattia¹⁷, segundo o qual “o objeto dos direitos da personalidade não é a pessoa humana considerada em sua totalidade, senão realidades antropológicas (o corpo, a vida, a saúde) ou de ordem moral (honra, liberdade etc.)”.

Outra discussão, não menos complexa, acerca

¹⁶ GIANNOTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 42.

¹⁷ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 56, p.253, 1977.

da natureza jurídica dos direitos da personalidade, é a travada entre positivistas e jusnaturalistas, dos mais renomados que se colocam, frente a frente, em um debate sem trégua, mas contagiante.

É antigo o debate travado entre eles e as divergências de opiniões se manifestam em vários campos do Direito e também sobre a natureza jurídica dos direitos da personalidade.

Os jusnaturalistas não aceitam a idéia de que o direito somente existe após a chancela do Estado. Para eles, há direitos inatos, que existem e estão acima das contingências do direito positivo. Este, quando muito, buscaria no direito natural inspiração e aperfeiçoamento, no sentido de se aproximar do ideal supremo de justiça.

Os jusnaturalistas são comprometidos com o ideal de justiça. Há direitos que existem com ou sem a interferência do Estado. Por outro lado, a norma jurídica criada

pelo Estado e que contraria o ideal de justiça, não expressa o verdadeiro direito e precisa ser repensada.

Os positivistas, ao contrário, entendem que o direito é aquele criado pelo Estado. Hans Kelsen, o mestre de Viena, principal vulto do positivismo jurídico, ousou tentar reduzir todo o direito à norma jurídica. Em sua teoria pura do direito, pretendeu “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos” e “evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”¹⁸.

Afirma De Cupis¹⁹ que os direitos da personalidade decorrem do direito positivo. Aceita ser a essencialidade uma de suas características, contanto que o direito esteja reconhecido pelo sistema jurídico positivo. Nesta linha de raciocínio, um direito da personalidade - como, por exemplo, a imagem ou a honra -, somente seria aceito como tal, após estar assegurado por uma norma jurídica.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p.1.

¹⁹ DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giufrè, 1967. p.71.

Em réplica a tal entendimento, alguns autores afirmam que os direitos da personalidade são inatos, originários e atribuídos à pessoa pela própria natureza. Decorrem, assim, da realidade psicofísica do homem e não da norma jurídica. Portanto, são direitos que existem, independentemente da interferência estatal. O que o Estado faz é apenas reconhecer sua existência.

Esta é a posição sustentada por França²⁰.

Afirma que, além dos direitos da personalidade definidos em lei, há outros que são reconhecidos pelos costumes e pelo direito científico. Mas, para ele, o fundamento primeiro dos direitos da personalidade são as imposições da natureza das coisas, isto é, do Direito Natural.

O Professor Bittar²¹, seguindo na mesma linha,

é categórico :

“Situamo-nos dentre os naturalistas.
Entendemos que os direitos da personalidade

²⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, V. 1, p.324.

²¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p.7.

constituem direitos inatos - como a maioria dos escritores ora atesta - cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou em outro plano do direito positivo - a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária - e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou às incursões de particulares”.

Acrescenta, ainda, na mesma linha, tratar-se de direitos que transcendem ao ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos na própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Por serem intimamente ligados ao homem, são intangíveis pelo Estado ou por qualquer particular.

Se, em relação a alguns direitos da personalidade, é possível discutir sua verdadeira característica, a verdade é que outros são inquestionavelmente inatos. A vida e a liberdade, por exemplo, são direitos que pertencem à pessoa pelo simples fato de ela ter nascido. Existem, não porque o legislador assegurou-os, mas porque são inatos. Isto, por si só, já afasta a possibilidade de conceber os direitos da personalidade como direitos que decorrem do ordenamento positivo.

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 ou criados pelo direito positivo, dependendo da ótica de quem os analisa.

Outra discussão que se tem travado é acerca da natureza privada ou pública dos direitos da personalidade. Para alguns autores, são direitos públicos, que podem ser opostos contra o absolutismo do Estado. Para outros, todavia, são direitos privados, que podem ser opostos contra os ataques dos particulares.

Mas a verdade é que a discussão permanece viva. Escreve Orgaz²²:

“La naturaleza de estos derechos es asimismo debatida: se discute, ante todo, si se trata de derechos privados o de derechos públicos; luego, con respecto a algunos de ellos, como los relativos al cuerpo y al nombre, hay

²² ORGAZ, Alfredo. *Derecho civil argentino: personas individuales*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. p.119.

quienes sostienen que se trata de derechos de propiedad; mas la mayor parte estima que son derechos personales *sui generis* o de em carácter especial”.

São direitos privados ou públicos, conforme a ótica de quem os visualiza. Há quem considere os direitos ao nome e ao corpo como direitos da personalidade, embora também sejam considerados direitos pessoais *sui generis* ou de carácter especial.

Parece merecer crédito o entendimento segundo o qual os direitos da personalidade são de natureza pública. Deste modo, cada indivíduo pode reclamar dos órgãos públicos a proteção jurídica da sua personalidade, conforme mostra ainda o Professor da Universidade de Córdoba²³: “Este derecho único sería de carácter público - como o derecho de acción en las modernas concepciones - porque existirá frente al Estado, al cual corresponde el deber de suministrar dicha protección cuando cualquiera amenace o lesione alguno de los bienes propiamente personales”.

²³ Ibid., p.131.

É antiga a discussão sobre os critérios que distinguem os direitos públicos dos privados. Tenta-se distingui-los desde o Direito Romano. Para os romanos, era público o direito que se referia ao estado dos negócios romanos; privado, o direito que regravava os direitos dos particulares.

De lá para cá, muitos debates vêm sendo travados, sem que se tenha logrado até aqui alcançar um critério satisfatório. Mais recentemente, conforme mostra Diniz²⁴, tem se buscado o elemento diferenciador no sujeito ou titular da relação jurídica, associando-se o fator objetivo. Assim, seria direito público aquele que regula as relações em que o Estado é parte, quando procede em razão de seu poder soberano e atua na tutela do bem coletivo. Direito privado, ao contrário, seria aquele que disciplina as relações entre particulares, nas quais predomina, de modo imediato, o interesse das partes envolvidas.

Os direitos da personalidade são privados ou públicos, conforme a ótica de quem os visualiza. Talvez seja por

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.231-232.

esta razão que a doutrina mantém vivas as divergências mencionadas.

4 DENOMINAÇÕES E CLASSIFICAÇÕES

Os direitos da personalidade têm recebido da doutrina várias denominações. Deste modo, pode-se falar em direitos fundamentais, direitos individuais, direitos do homem, direitos inatos, direitos personalíssimos, direitos essenciais da pessoa, direitos subjetivos essenciais, direitos humanos, direitos privados da personalidade, direitos subjetivos de caráter privado e não patrimonial.

Tem se procurado classificar os direitos da personalidade. Muitos autores já o fizeram e, certamente, por conta desta multiplicidade de classificações, encontram-se algumas divergências.

O Professor França²⁵ considerou os direitos da personalidade sob três aspectos: quanto à integridade física,

²⁵ FRANÇA, op. cit., p.329-330.

quanto à integridade intelectual e quanto à integridade moral.

“I - *Direito à integridade física*: direito à vida e aos alimentos; b) direito sobre o próprio corpo, vivo; c) direito sobre o próprio 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;

II - *Direito à integridade intelectual*: a) direito à liberdade de pensamento; b) direito pessoal de autor científico; c) direito pessoal do autor artístico; d) direito pessoal do inventor;

III - *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”.

Gomes²⁶ classifica os direitos da personalidade sob dois aspectos distintos: direitos à integridade física e direitos à integridade moral. Os direitos da personalidade relativos à *integridade física* são : a) o direito à vida; b) o direito sobre o próprio corpo (direito sobre o corpo inteiro e direito sobre partes separadas do corpo). O autor inclui neste item o direito de decisão individual sobre tratamento médico e cirúrgico, exame médico e

²⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 153-154.

perícia médica.

Quanto aos direitos da personalidade relativos à *integridade moral*, subdivide-os em: 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 de autor.

O Professor Bittar²⁷ elabora a seguinte classificação:

“I - *Direitos físicos*: corpo; órgãos; membros; imagem;

II - *Direitos psíquicos*: liberdade; intimidade; sigilo;

III - *Direitos morais*: identidade; honra; manifestações do intelecto”.

O Professor De Cupis²⁸, em seu trabalho sobre os direitos da personalidade, fez a seguinte classificação:

²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p.17.

²⁸ DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità* Milano : Giuffrè, 1967, p.101.

I - Direito à vida e à integridade física: direito à vida; direito à integridade física; direito sobre as partes separadas do próprio corpo;

II - Direito à liberdade;

III - Direito à honra e ao resguardo pessoal: direito à honra; direito à intimidade; direito ao segredo;

IV - Direito à identidade pessoal: direito ao nome; direito ao título; direito ao signo figurativo;

V - Direito moral do autor e do inventor.

Inúmeras outras classificações foram elaboradas por doutrinadores. Todavia, as acima mencionadas já demonstram a acentuada divergência existente sobre o tema.

Um aspecto que chama a atenção - já que o presente trabalho versa sobre a proteção jurídica da imagem - é o modo diferente com que os autores focalizam o direito à imagem. Para alguns, como Carlos Alberto Bittar, a imagem compõe o aspecto físico da pessoa. Outros, no entanto, como Limongi

França e Orlando Gomes, concebem-na como um aspecto moral da pessoa.

Este aspecto moral do direito à imagem repercutiu de modo muito claro no Anteprojeto de Código Civil, elaborado pelo Professor Orlando Gomes²⁹: “Dos direitos à integridade moral, o que se apresenta como um novo aspecto do mais amplo direito à intangibilidade da reputação é o **direito à própria imagem**”.

5 CARACTERÍSTICAS E ESPÉCIES

Os direitos da personalidade têm características próprias que, muitas vezes, os distinguem dos direitos pertencentes a outras categorias. Trata-se, em regra, de direitos inatos, essenciais, imprescritíveis, vitalícios, impenhoráveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis. As características dos direitos da personalidade são basicamente as mesmas do direito à imagem, razão pela qual serão abordadas

²⁹ GOMES, Orlando. Código Civil: anteprojetos. *Memória justificativa ao anteprojeto de reforma do Código Civil*. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989, v. 2, p.162.

oportunamente.

São várias as espécies de direitos da personalidade. Colhem-se na doutrina as seguintes: a) direito à vida; b) direito à liberdade; c) direito à honra; d) direito à integridade moral; e) direito à integridade física; f) direito à vida privada; g) direito ao próprio corpo (vivo ou morto); h) direito às partes separadas do corpo (vivas ou mortas); i) direito ao sangue; j) direito ao próprio nome; l) direito à intimidade; m) direito à própria imagem.

Dissertar sobre todas estas espécies seria desafio praticamente insuperável, pois cada uma delas comporta, em particular, demorados estudos. Por outro lado, há outros direitos em fase de *gestação* e que, no decorrer dos tempos, acabam se integrando ao rol já existente, o que demonstra ser o tema inesgotável.

O legislador está permanentemente alerta para encontrar formas de proteção a tais direitos. Todavia, o

nascimento de um texto normativo tem sido precedido por polêmicas, como a que se verificou recentemente com a publicação da lei que disciplinou a transfusão de sangue humano.

A proteção à integridade física e moral, por exemplo, leva à proibição da prática de tortura. E em cumprimento ao mandamento constitucional, o legislador ordinário, em meio a empolgantes debates, elaborou a Lei nº 9.455/97.

6 PROTEÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

Na ordem internacional, há inúmeras disposições protegendo os direitos mais importantes da pessoa humana. Sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, esses direitos, entre os quais se encontram muitos direitos da personalidade, passaram a ser protegidos com mais veemência.

E num esforço de interpretação, buscando compreender a realidade histórica, pode-se identificar, na

Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, acentuada preocupação com os direitos da personalidade. Ao estabelecer, naquele documento, que não há Constituição onde não estivessem assegurados os direitos fundamentais nem estabelecida a separação de poderes, os revolucionários franceses do século XVIII contemplaram os direitos da personalidade. Referia-se a Declaração aos direitos mais importantes do ser humano e neles estão incluídos vários direitos da personalidade³⁰.

Opondo-se ao absolutismo do Estado, as idéias dos revolucionários franceses predominaram. Legislaram para ensinar ao mundo. E logo no preâmbulo daquele documento histórico, nota-se a proteção aos direitos da personalidade: “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente *os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem...*”.

³⁰ “Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, e ratificada pelo Brasil, na mesma data, articulou ampla proteção dos direitos da personalidade. Em vários *considerandos*, bem como em diversos artigos, ocupou-se deles. No art. 6º, assegurou que “toda a pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”. No art. 19, nº 1, estabeleceu que “toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”.

A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, firmada em Roma em 4 de novembro de 1950, ocupa-se dos direitos da personalidade. Em seu art. 8º, estabelece duas normas, uma no sentido de proteger a personalidade da pessoa humana e outra proibindo a ingerência da autoridade pública.

Dispõe o art. 8º, nº 1: “Qualquer pessoa

tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.

O art. 8º, nº 2 proíbe a autoridade pública interfira no exercício deste direito, salvo se houver previsão legal e a providência seja necessária para a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem ou a prevenção das infrações penais. Constituem exceções também os casos de proteção da saúde, da moral e dos direitos e infrações de terceiros.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, firmados em 22 de novembro de 1969, e ratificados pelo Brasil, em 25 de setembro de 1992, assegurou a toda pessoa o reconhecimento de sua personalidade jurídica (art. 3º). Protege ainda várias espécies de direitos da personalidade, como a vida (art. 4º), a integridade pessoal (art. 5º), a liberdade pessoal (art. 7º), a honra e a dignidade (art. 11) e o nome (art. 18).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e

Políticos, firmado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil, em 24 de janeiro de 1992, reconheceu expressamente o direito à personalidade jurídica. Dispõe o seu art. 16: “Toda pessoa terá o direito, em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”.

Em diversos outros artigos, o Pacto de San José da Costa Rica protegeu os direitos da personalidade nas suas mais diversas espécies. Tal proteção abrange ainda o direito à vida (art. 6º), o direito à integridade pessoal (art. 7º), o direito à liberdade (art. 9º) e o direito à vida privada (art. 17).

Em 10 de dezembro de 1984, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, sendo ratificada pelo Brasil, em 28 de setembro de 1989. Ao estabelecer regras sobre a tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanos ou degradantes, a Convenção preocupou-se de modo inequívoco com a integridade física e moral da pessoa humana. Deste modo, os direitos da personalidade são

amplamente contemplados, obrigando os estados a não violarem a integridade física e a integridade moral da pessoa humana.

É ressaltado que estes documentos, que asseguram direitos na órbita internacional, abrangem os chamados direitos humanos e não necessariamente os direitos da personalidade. Todavia, não se pode ignorar que vários direitos são, ao mesmo tempo, direitos da personalidade do homem. Quando um tratado proíbe a tortura como meio de obter a confissão, está também protegendo a integridade física e moral da pessoa, o que não deixa de ser proteção a um direito da personalidade.

Todavia, não se pode confundir direitos da personalidade com direitos humanos. Procurando estabelecer um critério que entenda correto, escreve Lopes³¹ que os direitos humanos são o gênero e os direitos da personalidade são a espécie. Aqueles são direitos fundamentais da pessoa humana, de larga abrangência e que englobam inclusive os direitos da

³¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. V. 1, p.206.

personalidade. Observa ainda que os direitos humanos são as balizas estruturais e, ao lado dos direitos da personalidade, compõem o painel dos direitos fundamentais da pessoa humana.

6.1 PORTUGAL

A Constituição da República de Portugal protege os direitos da personalidade em vários dispositivos. Em seu preâmbulo, expressa a disposição do povo português de garantir os direitos fundamentais do cidadão. No art. 1º, estabelece que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Proclama ainda (art. 2º) que a República Portuguesa é um Estado democrático, que tem por alicerce, dentre outros valores, o respeito e a garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais.

No catálogo dos direitos fundamentais, protege o direito à vida (art. 24), o direito à integridade física e moral (art.

25), o direito à honra, à imagem e à integridade pessoal (art. 26), o direito à liberdade (arts. 27 e 31), o direito à vida privada (art. 32.6, 34 e 35), além de outros. Ao longo da Carta Magna, fora do respectivo catálogo, trata destes direitos de modo mais exaustivo.

O Professor Capelo de Souza³² mostra que a Constituição portuguesa se preocupou em reforçar a tutela dos direitos da personalidade, destacando os mecanismos utilizados: a) criou limitação para as leis de revisão constitucional a respeito dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; b) admitiu largamente a vigência na ordem interna do Direito Internacional referente aos direitos fundamentais; c) determinou que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Os direitos da personalidade são também protegidos pelo Direito Civil (Código Civil, art. 66 a 81), Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Privado Económico e

³² CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.98.

Direito Processual.

6.2 ESPANHA

Os direitos da personalidade são consagrados e protegidos no direito espanhol. A Constituição da Espanha, ao tratar dos direitos e deveres fundamentais, declara que a dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes e o livre desenvolvimento da personalidade constituem o fundamento da ordem pública.

“ARTÍCULO 10

1. La dignidade de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político e de la paz social”.

Ao analisar os bens jurídicos protegidos pela Carta espanhola, escreve Motes³³ que “la Constitución actual de

³³ MOTES, Carlos Maluquer de. *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona: Bosch, 1993. p.39. Tradução livre: “... a Constituição atual de 1978 também reconhece uns principios básicos referentes aos bens da personalidade, ainda que inseridos no reconhecimento das liberdades...”.

1978 también recoge unos principios básicos referentas a los bienes de la personalidad, aunque insertándolos en el reconocimiento de las libertades...”.

Protege ainda o direito à vida, à integridade física e à integridade moral (art. 15), o direito à liberdade (art. 17), o direito à honra, à intimidade e o direito à imagem (art. 18), além de outros.

6.3 NICARÁGUA

A Constituição da Nicarágua, publicada em 9 de janeiro de 1987, é categórica em consagrar os direitos da personalidade. Estabeleceu, no art. 26.1, que “toda persona tiene derecho a la reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica”, garantindo que “toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana” (art. 46). Em vários outros dispositivos, o constituinte nicaraguense inúmeras espécies dos direitos da personalidade.

Assim, podemos identificar proteção à vida e proibição da pena de morte (art. 23), proteção à liberdade (art. 26.1), à liberdade de pensamento (art. 29), à integridade física, psíquica e moral (art. 36) e à liberdade (art. 45).

6.4 JAPÃO

A Constituição do Japão, ao tratar dos direitos e deveres do povo, protege alguns direitos da personalidade. Em seu preâmbulo, menciona os três princípios fundamentais: soberania popular, busca pela paz eterna e respeito aos direitos humanos fundamentais.

A Constituição, além de outros, protege expressamente os seguintes direitos da personalidade: vida (art. 13 e 31), liberdade (arts. 12,13, 19,20,21,22,23 e 31), intimidade (art. 35), integridade física e moral (art. 36).

6.5 OUTROS PAÍSES

A Constituição Política da República da Costa Rica, publicada em 7 de novembro de 1949, protege os direitos da personalidade. Assim, estão protegidos os direitos à vida (art. 21), à liberdade (art. 27, 29 e 48), à vida privada (art. 24), à integridade física e moral (art. 40), à honra (art. 41) e o direito de autor (art. 47).

A Constituição dos Estados Unidos do México protege, além de outros direitos da personalidade, a liberdade (art. 7º, 17 e 19), a vida, a integridade física e a integridade moral (art. 16).

A Constituição da República Popular da Bulgária também protege os direitos da personalidade: direito à honra, ao nome, à liberdade (art. 49); direito à vida, à integridade física e à integridade moral (art. 48).

7 PROTEÇÃO NO DIREITO INTERNO

A Constituição brasileira de 1988, já em seu preâmbulo, estabelece um Estado Democrático, instituído pela Assembléia Nacional Constituinte, e que tem por finalidade “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 de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

No artigo 1º, a Constituição elenca os fundamentos da República Federativa do Brasil. Dentre eles, está a dignidade da pessoa humana. Esta é uma preocupação das sociedades contemporâneas que as constituições de outros países também têm procurado proteger de modo expresso e inequívoco.

Logo adiante, antes de iniciar o extenso rol dos direitos, liberdades e garantias da pessoa humana, a Carta Magna enumera os objetivos fundamentais da República brasileira e determina que “construir uma sociedade livre, justa e solidária”

(art. 3º, inciso I) é o primeiro deles.

Nota-se, da análise destes e de outros dispositivos, que o legislador constituinte de 1988 elegeu a pessoa humana como bem supremo a ser protegido, mantendo-a no centro do universo jurídico. E isto ficou bem claro quando, no art. 60, par. 4º, proibiu que fosse objeto de deliberação a proposta tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Ao estabelecer as *cláusulas pétreas*, o constituinte vedou a supressão dos direitos fundamentais da pessoa humana, nos quais estão incluídos os direitos da personalidade.

No art. 5º, inciso X, a Constituição estabeleceu proteção expressa e específica dos direitos da personalidade: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Ao protegê-los expressamente, o legislador constituinte não teve o cuidado de reuni-los na mesma norma

constitucional. A vida e a liberdade, por exemplo, embora sejam espécies de direitos da personalidade, estão asseguradas em outros dispositivos da Carta Magna. Todavia, o que não parece deixar dúvidas é o fato de os direitos da personalidade estarem assegurados constitucionalmente. E, mais do que isso, que fazem parte de um rol de direitos que a Constituição considerou fundamentais, proibindo, inclusive, como se viu, que fosse discutida sua supressão pelo Parlamento.

No art. 5º *caput* garantiu aos brasileiros, bem assim aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade, dentre outros. A vida é um bem sagrado. É fonte de todos os outros direitos, os quais somente têm sentido para quem tem vida. Toda pessoa tem o direito de receber proteção a este bem jurídico. Por isso, salvo a exceção específica (CF, art. 5º, inciso, XLVII, “a”), a pena de morte é terminantemente proibida pela Constituição brasileira.

A liberdade, como outros direitos, decorre da existência da vida. É direito que pertence a todas as pessoas e

dele podem ser privados somente aqueles que, de modo acentuadamente grave, ferirem as leis do Estado. Tais agressões são tipificadas como crimes, porque ferem um bem jurídico penalmente tutelado, mas, convém lembrar, elas deverão estar prévia e claramente definidas pela norma penal incriminadora, por exigência constitucional (art. 5º, incisos II e XXIX) e em respeito ao princípio consagrado no art. 1º do Código Penal brasileiro: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

A liberdade é bem jurídico tão protegido que a pessoa somente poderá perdê-la, em definitivo, por força de uma sentença penal condenatória transitada em julgado (inciso LVII) e após a efetiva existência do devido processo legal (inciso LIV). Quando a perda da liberdade se der em decorrência de uma prisão ilegal, deverá esta ser relaxada (inciso LXV). Da mesma forma, aquele que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por conta de ilegalidade ou abuso de poder, poderá ser favorecido por ordem de *habeas corpus* liberatório (inciso LXVIII), a ser emitida por juiz ou

tribunal. A perda da liberdade, fora das hipóteses previstas em lei, poderá ensejar o dever de indenizar (inciso LXXV).

A vida e a liberdade, tradicionalmente protegidas pelas constituições dos estados democráticos, são direitos integrantes da personalidade humana.

O legislador constituinte protegeu também a integridade física e moral. No art. 5º, proibiu o uso da tortura ou de qualquer outro tratamento desumano ou degradante (inciso III), assegurou aos presos o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX), determinou ao legislador ordinário que elaborasse lei considerando inafiançável e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos (inciso XLIII) e proibiu a instituição de penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (inciso XLVII, “b”, “c”, “d”, “e”).

Protegeu a vida privada, proibindo que ela seja devassada e assegurando um espaço exclusivo pertencente à

própria pessoa. Assim o fez, declarando inviolável a casa do indivíduo (inciso XI), bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (inciso XII). Permitiu ainda a possibilidade de restrição ao princípio da publicidade (tão caro para a sociedade), quando houver exigência da intimidade ou do interesse social (inciso LX).

A preocupação com os direitos da personalidade ficou evidente também quando se determinou ao legislador ordinário que a violação a eles fosse punida: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais” (inciso XL). Ao abrigo desta norma constitucional, estão os direitos da personalidade, posto que, muitos deles, conforme destacado, fazem parte do rol dos direitos fundamentais.

Fora do catálogo próprio dos direitos fundamentais, a Constituição fixou outras normas asseguradoras dos direitos da personalidade. Assim, pode-se encontrar proteção ao direito à saúde (arts. 194 e 196), à integridade pessoal (art.

199, par. 4º), à educação, no sentido de buscar o pleno desenvolvimento da pessoa (art. 205), à liberdade de pensamento (art. 220), à liberdade, declarando inimputáveis os menores de 18 anos de idade (art. 228), a alimentos (art. 229), à dignidade e à vida (art. 230).

CAPÍTULO II

O DIREITO À IMAGEM

1 CONCEITO

É preciso, desde logo, delimitar o conceito de imagem. E ao fazê-lo, deve-se estabelecer uma correção absolutamente necessária. A *imagem* de que se tratará no âmbito desta análise não é sinônimo de *honra*, de *prestígio* ou *reputação* que a pessoa desfruta no meio social. Ao contrário, significa a imagem física da pessoa, apta a ser reproduzida por fotografia, escultura, pintura, filmagem ou por outros meios alcançados por técnicas cada vez mais sofisticadas.

De grande valia, neste sentido, o estudo do Professor Araújo³⁴, ao tratar da proteção constitucional da própria imagem. Para ele, há duas imagens: a imagem-retrato e a imagem-atributo. Aquela, objetiva, é a imagem decorrente da expressão física do indivíduo; esta, subjetiva, é o conjunto de características

³⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.31-32.

apresentadas socialmente por determinado indivíduo.

Neste estudo, pretendemos tratar da imagem-retrato, entendida como expressão da personalidade do homem, passando ao largo da imagem-atributo..

Para o dicionarista Holanda Ferreira³⁵, imagem é a “representação gráfica, plástica ou fotográfica de pessoa ou objeto”.

A doutrina tem procurado conceituar o direito à imagem. O Professor Chaves³⁶ concebe-a como “a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme, etc., de um objeto qualquer, inclusive a pessoa humana”, ou, de outro modo, como “a prerrogativa atribuída à pessoa física de autorizar, de negar autorização, e de impedir que elementos personificadores de sua imagem física ou moral sejam utilizados com fim de lucro direto ou indireto”.

³⁵ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. p.742

³⁶ CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. V 1, T. 1, p.536.

Para Moraes³⁷, “a imagem constitui o sinal sensível da personalidade: traduz para o mundo exterior o ser imaterial da personalidade, delinea-a, dá-lhe forma”.

O Professor Bittar³⁸, de modo mais abrangente, conceitua a imagem como um “direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) 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 seio social. Por outras palavras”, prossegue o autor, “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)”.

Acrescenta, ainda, o conceituado Professor³⁹,
que a imagem

“Reveste-se de todas as características comuns aos direitos da personalidade. Destaca-se, no

³⁷ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. *Revista dos Tribunais*, v. 444, p.76, 1972.

³⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p.87.

³⁹ *Ibid.*, p. 87.

entanto, dos demais, pelo aspecto da disponibilidade, que, com respeito a esse direito, assume dimensões de relevo, em função da prática consagrada de uso de imagem humana em publicidade, para efeito de divulgação de entidades, de produtos ou de serviços postos à disposição do público consumidor”.

Assim, examinados as várias manifestações acima coletadas, pode-se afirmar que o conceito de imagem (imagem-retrato) caminha para alcançar uma construção de contornos bem definidos.

2 A IMPORTÂNCIA DO TEMA

O direito à imagem vem assumindo importância cada vez maior. O homem da sociedade moderna, marcadamente consumista, é privilegiado pelas técnicas surgidas a cada dia e que, ao mesmo tempo, o colocam como vítima destes mesmos mecanismos. Observa Costa Junior⁴⁰ que a técnica conspira tão insidiosamente contra a intimidade e a individualidade do homem moderno que já não se pode impedir a sua transposição para além de seus domínios e controle. Afirma

⁴⁰ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p.21.

que a imagem pessoal, às vezes tão laboriosamente construída e que mal se aceita partilhar com os espelhos, acaba sendo arrebatada para fins de exploração comercial ou pretensamente artística.

O homem já não consegue ser dono de seu espaço. Está vigiado, cercado, encurralado. Na rua - e mesmo no refúgio do seu lar -, não consegue deixar de ser alvo permanente das investidas contra sua esfera privada que, deixando de ser seu bem exclusivo, já não lhe pertence mais.

“O conflito, grave e aberto, entre as estruturas da sociedade projeta-se tão intensa e extensamente que o ser humano não tem mais tempo para viver a sua vida e morrer a sua morte. A falência de muitas instituições, desde as políticas até os dogmas religiosos e místicos em escala universal, fecunda uma tal alienação que o Homem não consegue mais distinguir entre o divino e o profano, entre a realidade e a ficção, entre o verossímil e o absurdo”⁴¹.

A imagem do homem, este ocupante de um espaço que já não lhe pertence, acompanha-o na aventura da vida,

⁴¹ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.30.

sendo manifestação de sua própria personalidade, do seu ser. É a imagem que o apresenta na vida social, em todos os momentos.

Escreve o Professor Chaves⁴²:

“Levamos a nossa imagem conosco por toda a existência, selo, marca, timbre, reflexo indelével da nossa personalidade, com que nos chancelou a natureza, a revelar a olhos prescrutadores, tendências, qualidades, delicadeza de sentimentos, nobreza de espírito, ou, ao contrário, defeitos, cupidez, egoísmo, grosseria. Facilita a vida e prodigaliza uma cornucópia de venturas aos bem-aventurados de feições agradáveis; amaldiçoa, persegue, humilha os infelizes de feições repulsivas”.

Afastado o exagero - “amaldiçoa, persegue, humilha os infelizes de feições repulsivas” -, os ensinamentos têm denso conteúdo de verdade. A imagem da pessoa - especialmente a do seu semblante -, quando bela, abre-lhe portas; quando desprovida de beleza, granjeia indiferenças.

Neste contexto, sombrio e incerto, convém

⁴² CHAVES, Antonio. Direito à própria imagem. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 240, p.26, 1970.

lembrar a advertência feita por Ráo⁴³, há quase 50 anos: “Por uma suposta felicidade coletiva, política, social, ou econômica, não se deve pagar o preço do aviltamento do homem, da supressão total, ou totalitária, de sua liberdade espiritual, intelectual, cívica e econômica, isto é, o preço da destruição de sua personalidade”.

3 DIREITO COMPARADO

A proteção jurídica da imagem é construção da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência. Nasceu na centúria passada, desenvolvendo-se de modo marcante no século presente. Inúmeros países vêm estabelecendo proteção jurídica à imagem.

3.1 FRANÇA

O estudo do direito à imagem, assim como o da proteção da vida privada, não pode prescindir das lições do Direito francês. A jurisprudência francesa, em especial, oferece lições fundamentais e pioneiras acerca deste tema que vem

⁴³ RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, p.50.

fascinando os estudiosos do Direito. O Tribunal de Sena, em 1858, foi o primeiro a julgar um caso sobre o direito à imagem, determinando que os originais e várias fotos de uma atriz, tiradas em seu leito de morte, fossem destruídos.

A França é conhecida, sobretudo, pelo pioneirismo de suas decisões judiciais no sentido de proteger os direitos da personalidade. Seus precedentes acerca do direito à imagem foram acolhidos em outros países, pavimentando um enorme caminho até que se chegasse, ao final deste que é o *século da civilização da imagem*, a uma proteção deste direito tão importante e tão caro para as pessoas.

Embora a proteção ao direito à imagem tenha começado na França, sua Constituição, promulgada em 4 de outubro de 1958, não a consagra de modo expresso.

3.2 ALEMANHA

Na Alemanha, introduziu-se na doutrina a luta

pela proteção jurídica da imagem, a partir de 1880, com a publicação de várias obras. Uma lei de 1907 incorporou ao direito legislado alemão a tutela jurídica da imagem. A Constituição da República Federal da Alemanha, promulgada pelo Conselho Parlamentar, em 23 de maio de 1949, consagrou a cláusula de um direito geral da personalidade, a qual, tem se entendido, compreende o direito à imagem.

“Art. 2 (Direitos de liberdade)

(1) Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

Mais adiante, a Lei Fundamental de Bonn, ao tratar do direito de livre expressão do pensamento, voltou a mencionar a imagem, assim como tratou de fixar os limites para o exercício dos direitos ali previstos.

“Art. 5 (Direito de livre expressão do pensamento)

(1) Todos têm o direito de expressar e divulgar

livremente o seu pensamento por meio da palavra, por escrito e pela imagem, bem como de se informar, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informação pelo rádio e pelo filme ficam garantidas. Não será exercida censura

(2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal”.

E para firmar os limites entre a liberdade de informação e o direito à imagem, o Tribunal Federal vem aplicando o princípio da proporcionalidade, realizando, em cada caso, uma ponderação de valores entre os bens jurídicos postos em colisão entre si. Ademais, o Tribunal Federal estendeu esta proteção também aos direitos da esfera privada.

3.3 ITÁLIA

Na Itália, o direito à imagem passou por uma notável evolução. Teria surgido, na doutrina, em 1874, sendo, mais tarde, retomado pela Lei nº 633. O Código Civil italiano, publicado em 16 de março de 1942, protege expressamente o direito à imagem. Conforme se verá mais adiante, este Código

inspirou o legislador brasileiro.

”Art. 10 (Abuso de retrato de outrem)

Toda vez que o retrato de uma pessoa, dos pais, do cônjuge, ou dos filhos, seja exposto ou publicado fora dos casos em que a exposição ou a publicação é permitida por lei, ou entre em prejuízo do decoro ou da reputação da mesma pessoa ou de parentes, a autoridade judiciária, a pedido do interessado, pode determinar que cesse o abuso, sem prejuízo da indenização por danos”⁴⁴.

Com esta norma jurídica, o legislador italiano passou a proteger o direito à imagem contra o abuso de reprodução, publicação e exposição feita por terceiros sem o consentimento do seu titular. Nota-se, ainda, que o legislador italiano, ao falar em “*prejuízo do decoro ou da reputação da mesma pessoa ou dos parentes*”, adotou a teoria do direito à honra como fundamento do dever de indenizar danos à imagem. Mas, essa teoria, conforme se verá mais adiante, encontra-se superada, pois já se tornou consenso que a imagem é direito

⁴⁴ ITÁLIA. Código Civil, art. 10: “**Abuso dell’immagine altrui.** Qualora l’immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l’esposizione a la pubblicazione è della legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l’autorità giudiziaria, su richiesta dell’interessato, può disporre che cessi l’abuso, salvo il risarcimento dei danni”.

autônomo, suscitando o dever de indenizar pelo simples fato de sua violação.

Por outro lado, foi a Constituição Federal, publicada em 1947, que consagrou a cláusula geral de personalidade na Itália, a exemplo do que se verifica na Alemanha, Portugal e outros países.

3.4 PORTUGAL

O Código Civil de Portugal, em vigor desde 1967, para além de materializar uma cláusula de um direito geral da personalidade, consagra também o direito à imagem. A cláusula do direito geral do direito da personalidade é expressa.

“ARTIGO 70º

(Tutela geral da personalidade)

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o

fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

No que tange especificamente ao direito à imagem, o Código Civil português estabeleceu expressa proteção.

“ARTIGO 79º

(Direito à imagem)

1. O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, produzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no nº 2 do artigo 71º, segundo a ordem nele indicada.
2. Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorridos publicamente.
3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do fato resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada”.

No Direito Penal, a imagem também é protegida. A Lei nº 3, de 5 de abril de 1973, regulamentadora da

tutela penal da intimidade, estabelece pena para quem captar, registrar ou divulgar a imagem de pessoa ou de seus bens, sem que tenha havido consentimento.

Por outro lado, a imagem é direito expressamente consagrado na Constituição da República portuguesa.

“Artigo 26º

(Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar”.

2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3. A provação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efetuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos”.

Mais adiante, ao garantir a liberdade de expressão e informação, o legislador constituinte luso voltou a

mencionar a imagem, bem como assegurou o direito à indenização pelos danos sofridos em decorrência de seu uso.

”Artigo 37º

(Liberdade de expressão e informação)

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações.

2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.

3. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais.

4. A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e retificação, bem como o direito a indenização pelos danos sofridos”

Pode-se concluir que, no direito português, a imagem é bem jurídico protegido não apenas na Constituição da República, mas também no âmbito civil e penal.

3.5 EPANHA

O direito à imagem está expressamente consagrado no Direito espanhol. Ao lado de outros direitos fundamentais da pessoa, a Constituição espanhola, promulgada em 27 de dezembro de 1978, protege a imagem.

“Artigo 18

1. Se garante o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem.
2. O domicílio é inviolável. Nenhuma entrada ou registro poderá haver sem o consentimento do titular ou resolução judicial, salvo em caso de flagrante delito.
3. Se garante o segredo das comunicações e, em especial, das cartas, telegramas e telefônicos, salvo resolução judicial.
4. A lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos em pleno exercício de *seus direitos*”.

No artigo 20, a Constituição espanhola protege vários direitos fundamentais: expressão e difusão de pensamentos, idéias e opiniões; produção e criação literária, artística, científica

e técnica; liberdade de cátedra; liberdade de informação. Todavia, estabelece limites para estas liberdades e um deles é a imagem.

“Artigo 20

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

3.6 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos Estados Unidos da América, a proteção à imagem surgiu em 1890, sendo objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência. A Corte Suprema do Estado da Geórgia foi a primeira a acolher pretensão neste sentido, embora o direito à imagem ainda não tenha sido reconhecido por todos os estados membros da Federação.

O Professor Dotti⁴⁵ mostra que o direito à vida privada teve “consagração legislativa num diploma do Estado de Nova Iorque no ano de 1903 que proibiu o uso, para fins publicitários, do nome, do retrato ou da imagem de qualquer pessoa viva sem o seu consentimento. O autor da violação estava sujeito às sanções civis e criminais”. Pode-se observar que, embora objetivando proteger a vida privada, o legislador novaiorquino proibiu o uso do retrato e da imagem para fins publicitários, o que significa estabelecer proteção ao direito à imagem.

O direito norte-americano estabelece distinção entre *right of privacy* e *right of publicity*, que correspondem, respectivamente, aos aspectos moral e material do direito à imagem. Aquele tem característica moral; este, característica patrimonial.

O *right of privacy* é o direito ao resguardo. Há

⁴⁵ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.41.

um espaço, pertencente ao poder exclusivo da pessoa, que não pode ser devassado por ninguém. Notaroberto Barbosa⁴⁶ assinala que toda interferência estranha no terreno considerado extensão daquilo que os americanos denominam nosso *home* (lar) e que se distingue de *house* (casa) constitui uma violação da privacidade. É o entendimento constitucional americano de que “*o lar do homem é seu castelo*” e, por isso, qualquer violação ao mesmo é intolerável. A compreensão de lar é a mais ampla possível, conforme a jurisprudência americana, e aí se insere, portanto, a proteção jurídica da imagem.

De tudo isso, pode-se concluir que o direito à imagem é protegido no direito norte-americano. Isto é feito de modo expresso ou implícito pelo legislador ou ainda de modo concreto pelos tribunais.

3.7 ARGENTINA

O Código Civil argentino, ao tratar da proteção

⁴⁶ NOTAROBERTO BARBOSA, Álvaro Antonio do Cabo. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 37.

à vida privada, proibiu a publicação de retratos da pessoa, o que significa tutelar o direito à imagem. Quem estiver, sem consentimento, utilizando a imagem alheia deverá cessar de fazê-lo e também será compelido a reparar os danos causados à vítima.

“Art. 32. Toda persona tiene derecho a que sea respetada su vida íntima. El que, aun sin dolo ni culpa, y por cualquier medio, se entrometiere en la vida privada ajena, publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondência, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, será obligado a cesar en tales actitudes y a indemnizar al agraviado. Los tribunales, con arreglo a las circunstancias del caso, aplicarán razonablemente estas dos sanciones”.

3.8 MÉXICO

No México, a lei garante à pessoa fotografada ou filmada o direito de se opor à exibição de sua imagem e condiciona sua publicação ou divulgação à existência de prévio consentimento do interessado. A imagem só pode ser divulgada ou publicada, mediante consentimento da pessoa fotografada ou filmada. Claro, portanto, que o Direito mexicano, assim como o

Direito de outros países, protege a imagem.

Porém, a Constituição Política dos Estados Unidos do México parece não ter protegido expressamente este direito. Mas, ao garantir a liberdade de imprensa, estabeleceu como limite a vida privada, a moral e a paz pública. Poderíamos entender que, a exemplo do direito norte-americano, a Constituição mexicana protege a imagem dentro do conceito amplo de *vida privada*. Eis o que afirma a Carta Magna do México:

“ARTÍCULO 7º

Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá sucuestrarse la imprenta como instrumento de delito”.

4 NATUREZA JURÍDICA

A evolução do direito acerca da imagem pode

ser compreendida em três dimensões: a) não se admitiu a existência do direito à imagem; b) reconheceu-se a existência de um direito à imagem, mas como reflexo de outro instituto jurídico; c) reconheceu-se a imagem como direito autônomo, desvinculado de qualquer outro instituto jurídico. Deste modo, são muitas as teorias construídas acerca da imagem enquanto bem jurídico.

4.1 TEORIA NEGATIVISTA

Por longo tempo, negou-se a existência de um direito à imagem. Todavia, esta negativa foi, paulatinamente, sendo afastada, conforme leciona Pontes de Miranda⁴⁷: “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 debaixo do nível de cultura do nosso tempo”.

Entendia-se, até o século passado, que a imagem da pessoa não era merecedora de proteção jurídica. Não

⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956. T. VII, p.55.

se vislumbrava a hipótese - hoje freqüente - de utilizá-la como instrumento de fins comerciais.

Com o fluir do tempo, passou-se a admitir sua existência como um bem merecedor de tutela jurídica, tendo começado a protegê-la como desdobramento de outros direitos. Mas, qual direito estaria a irradiar a imagem? Em razão desta divergência, começou-se a discutir sobre sua natureza jurídica, ensejando enormes debates doutrinários, que foram repercutir na jurisprudência. Com o surgimento destes debates, ficou para trás a tese negativista e a existência de um direito à imagem foi se firmando.

4.2 TEORIAS AFIRMATIVAS

A existência de um direito à imagem já não se questiona. Busca-se, atualmente, em meio a muitas controvérsias, estabelecer sua natureza jurídica. Várias teorias surgiram ao longo do tempo, procurando demonstrar, cada qual a seu modo, a verdadeira natureza jurídica deste direito. Colhem-se nos estudos

doutrinários as seguintes teorias: a) teoria do direito de propriedade; b) teoria do direito à intimidade; c) teoria do direito de autor; d) teoria do direito à honra; e) teoria do direito à identificação pessoal; f) teoria do patrimônio moral da pessoa; g) teoria da autonomia do direito à imagem.

4.2.1 TEORIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Esta teoria surgiu no século XIX, a partir de decisões proferidas pelos tribunais franceses⁴⁸. Entendeu-se, por muito tempo, que a imagem deveria ser juridicamente protegida com base no direito de propriedade. A pessoa tinha o direito de ser proprietária de sua própria imagem, pois esta era uma manifestação do corpo, do qual a pessoa era proprietária.

Neste sentido, observa Cifuentes⁴⁹: “La concepción jurídica más antigua y radical que salió en defensa de la persona, consideró que la imagen es una manifestación del cuerpo; luego, del mismo modo que el individuo tiene derecho a

⁴⁸ BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 69.

⁴⁹ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, 2. ed. Buenos Aires: Astra, 1995. p. 503.

su próprio cuerpo, debe tenerlo a la propia imagen, la cual es su fiel reproducción, algo así como la sombra”.

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 por sua imagem.

Esta interpretação foi muito criticada. Todavia, representou o primeiro passo no sentido de estender-se proteção jurídica à imagem. Observa Torres⁵⁰ que, apesar da crítica dos juristas da época, esta interpretação do fato foi de suma importância para inserir a imagem no mundo jurídico, como sendo um bem a ser juridicamente protegido. Essa teoria da imagem como um direito de propriedade serviu de base para as primeiras decisões dos tribunais, no sentido de atribuir-lhe proteção jurídica.

Torres⁵¹, apoiada em Raymond Lindon,

⁵⁰ TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à própria imagem*. São Paulo: LTr, 1998. p.49.

⁵¹ *Ibid.*, p.47.

estudioso da matéria, mostra como a jurisprudência francesa alicerçou no direito de propriedade a proteção jurídica da imagem.

“Por um princípio de direito estabelecido por uma jurisprudência constante, a pessoa fotografada possui sobre sua imagem e uso que dela faz um direito de propriedade absoluto do qual ninguém pode fazer uso sem o seu consentimento”.

“A propriedade imprescindível que toda pessoa tem sobre 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”.

“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”.

A jurisprudência brasileira também traz decisões protegendo a imagem com base no direito de propriedade.

4.2.2 TEORIA DO DIREITO À INTIMIDADE

Alguns autores sustentaram que a imagem estaria ligada à intimidade da pessoa e que, por esta razão, estaria a requerer proteção jurídica. Proteger a imagem, então, significaria proteger a vida íntima das pessoas. Sob esta ótica, escreve Berti⁵² que a tutela do direito à imagem tem alicerce na proteção devida à vida íntima das pessoas, diante das indiscrições e intromissões alheias. Deve-se proteger a imagem porque a intimidade requer proteção.

Concebendo o direito à imagem como integrante do direito à intimidade, esta teoria fez muito sucesso. Bem observa Torres⁵³ que o direito à imagem foi classificado como uma expressão do direito à intimidade e do direito à vida privada. 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,

⁵² Op. cit., p.72.

⁵³ Op. cit., p.49.

quando a intimidade fosse violada, estariam violados também todos os direitos que a integram e, dentre eles, o direito à imagem.

A jurisprudência brasileira acolheu esta teoria em diversos julgados, como nesta decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“(…) O direito à imagem insere-se no direito à intimidade, sendo um dos mais apaixonados direitos da personalidade” (TJMG - AC. 75.697 - 3ª C. - Rel. Des. Sálvio de F. Teixeira - J. 04.08.88) (JM 104/155).

Esta teoria mostrou força também no direito de outros países, como Estados Unidos, Itália e França.

O direito norte-americano, como se sabe, é baseado essencialmente na jurisprudência. Quem se intromete na vida privada alheia viola o *right of privacy*. Mas, da mesma forma, quem divulga detalhes da vida privada de alguém, tornando-a pública, fere o *right of privacy*. “*O lar do homem é o*

seu castelo”, não podendo ser devassado por ninguém.

A teoria da intimidade também logrou enorme sucesso no direito francês, sendo consagrada na legislação. Para os franceses, “*a vida privada deve ser murada*”, ou seja, deve-se estabelecer um limite contra a curiosidade e a indiscrição alheias. A divulgação da imagem fere o direito à intimidade, rompendo a muralha que a protege.

Na Itália, esta teoria também teve acolhida. Ao proteger a *riservatezza*, direito pertencente a cada pessoa, o Direito italiano protegia também a imagem. Hoje, esta proteção está inserta no art. 10 do Código Civil italiano.

No Brasil, esta teoria teve muita aceitação. Ainda hoje se encontra, na jurisprudência, inúmeros casos de condenação à indenização pelo uso indevido da imagem, tomando-se por fundamento a proteção da intimidade, conforme acima demonstrado.

É verdade que muitas vezes o mesmo ato viola tanto o direito à imagem quanto o direito à intimidade da pessoa. Ocorre, no entanto, que, em certos casos, o ato poderá violar apenas o direito à imagem. Neste sentido, observa Caldas⁵⁴, quem capta a imagem de alguém, que está no recesso de seu lar, viola o direito à intimidade e também o direito à imagem; mas, em outras oportunidades, face à riqueza dos fatos sociais, poderá violar apenas o direito à imagem da pessoa, restando intocado o direito à intimidade.

Esta observação é feita também por Ferreira da Silva⁵⁵. Segundo ele, em certos casos, a intimidade da vida privada é violada por meio de publicação não autorizada de fotografia. Mas, pode haver casos em que a violação afeta apenas imagem enquanto direito autônomo.

4.2.3 TEORIA DO DIREITO DE AUTOR

A teoria do direito de autor parte do

⁵⁴ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.37-38.

⁵⁵ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 63.

pressuposto de que o direito à imagem e o direito de autor são semelhantes. E, justamente por conta desta semelhança, na proteção à imagem têm sido aplicadas as regras jurídicas disciplinadoras dos direitos autorais. 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 inserta no art. 666, inciso X, do Código Civil⁵⁶, com a finalidade de solucionar questões pertinentes ao direito à imagem.

Este esforço de interpretação era necessário, a fim de que a proteção jurídica existente para o direito de autor pudesse ser ampliada para alcançar o direito à imagem. É preciso observar, entretanto, que, mais do que proteger o direito à imagem, o legislador do começo do século manifestava preocupação em proteger o direito de autor.

Esta circunstância é constatada por Notaroberto Barbosa⁵⁷, ao afirmar que o direito de autor não tem por escopo

⁵⁶ Esta norma foi revogada pelo art. 49, da Lei nº 5.988, de 14.12.73.

⁵⁷ NOTAROBERTO BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.34.

disciplinar a proteção à imagem, mas apenas de regulamentar o direito autoral. A imagem é um percalço, uma restrição, um contratempo com que se defronta o autor no curso do processo de criação e difusão de sua obra. Desta forma, prossegue, não sendo a imagem uma criação do espírito, não é possível sua inclusão entre as obras protegidas pelo direito de autor. 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.

O elemento fundamental para distinguir direito autoral de direito à imagem é a criação. O direito autoral protege a criação intelectual. A imagem não é criação da própria pessoa. Neste sentido, a lição de Carlos A. Villalba & Delia Lipszyc⁵⁸:

“Desde nuestra perspectiva autoralista, el elemento distintivo radica en que el derecho de autor tiene su sustento básico en el acto creador, al contrario de lo que sucede con los derechos personalísimos propiamente dichos. Basta entonces con que falte el elemento de la

⁵⁸ LIPSZYC, Carlos A. Villalba & Delia. Protección de la propia imagen. *Revista Interamericana de Derecho Intelectual*. São Paulo, v. 2. p.71, 1979. Tradução livre: “Desde esta perspectiva autoralista, o elemento distintivo se encontra em que o direito de autor tem seu sustento básico no ato criador, ao contrário do que sucede com os direitos personalíssimos propriamente ditos. Basta então que falte o elemento da criação intelectual para que um direito como o da própria imagem não possa pertencer a seu âmbito nem conformar-se em ele”.

derechos personalísimos propiamente dichos. Basta entonces con que falte el elemento de la creación intelectual para que un derecho como el de la propia imagem no pueda pertenecer a su ámbito ni confundirse con él”.

incisivo: Kohler, conforme menciona Moraes⁵⁹, é mais

“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, a ninguém se atribui um poder jurídico autoral sobre a própria imagem”.

4.2.4 TEORIA DO DIREITO À HONRA

Ao longo do tempo, procurou-se negar a existência de um direito à imagem. Os negativistas, no entanto, admitiam uma exceção: quando a violação da imagem feria o direito à honra. Nesta hipótese, era possível a indenização.

⁵⁹ MORAES, Walter. *Revista Interamericana de Direito Intelectual*. São Paulo, v. 2, p.53, 1979.

Protegia-se, então, o direito à imagem como derivação do direito à honra, pois aquele estava inserido neste. A tese abriu espaço na literatura jurídica, onde doutrinadores fizeram escola, e na jurisprudência, onde se encontram muitas decisões fundamentando na honra o dever de indenizar o dano à imagem.

Na doutrina, não faltaram vozes para defender esta tese. Rosmini⁶⁰ ensinava: “L’arte, come la storia, come la critica, hanno libera voce e libera azione; salvo a dover rispondere solo e quando per esse sieno violati o in qualunque modo danneggiati i diritti d’altrui, e salvi specialmente i diritti alla onorabilità ed estimazione pubblica, i quali non possono venire ingiustamente offesi”.

No mesmo sentido é o entendimento de Santoro-Passarelli⁶¹, partilhando da tese segundo a qual o direito

⁶⁰ ROSMINI, Enrico. *Diritti d'autore sulle opere dell'ingegno di scienza, letteratura ed arte*, Milano: Società Editrice Libreria, 1996. p.213. Tradução livre: “A arte, como a história, como a crítica, tem livre voz e livre ação; salvo a ter que responder apenas e quando por este fim for violado ou de qualquer modo danificado o direito alheio, e salvo especialmente os direitos à honra e à estima pública, os quais não podem ser injustamente ofendidos”.

⁶¹ SANTORO-PASSARELLI, Francisco. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Atlântida, 1967. p.32.

à imagem está inserido no contexto do direito à honra e, portanto, deve receber proteção jurídica. Ele sustenta ser “evidente que não existe um direito da pessoa, dos filhos, do cônjuge ou dos pais, à imagem, mas apenas à cessação do abuso que se verifica na exposição ou publicação da imagem, fora dos casos admitidos pela lei, ou no prejuízo causado ao decorro ou à reputação da pessoa”.

Mas, mesmo na atualidade, há quem continue sustentando, como Oliver⁶², que a publicação da imagem fere a honra. Para ele, o direito à própria imagem é personalíssimo. A tutela do direito à própria imagem tem o mesmo fundamento que assegura a inviolabilidade do sigilo epistolar, dos grandes periódicos ou dos diários particulares. Afirma ainda que o direito à imagem é um direito que resguarda a vida privada e íntima das pessoas. Uma fotografia divulgada e publicada sem autorização do retratado poderá ferir sua honra e sua personalidade.

Parece ter razão Ferreira da Silva⁶³, ao

⁶² OLIVER, Paulo. *Direito autoral, fotografia e imagem* São Paulo: Lctras & Lctras, 1991. p.78.

⁶³ SILVA, Edson Ferreira. *Direito à intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p.63.

constatar que, em certas situações, o uso indevido da imagem serve de instrumento para ofender a honra. Há uma estreita ligação entre a privacidade, a imagem e a honra. Isso, prossegue o autor, faz com que alguns autores e também a jurisprudência, por vezes, considerem-nos como aspectos de uma realidade jurídica comum. Todavia, não podemos deixar de observar que tal posicionamento padece de cientificidade.

4.2.5 TEORIA DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL

Cada pessoa tem sinais que a identificam. Um deles, certamente o mais importante, é a imagem, que serve não somente para identificar a pessoa, mas também para individualizá-la. O fundamento desta teoria está em que a imagem é um direito que identifica a pessoa. Assim, a publicação ou divulgação da imagem da pessoa resultaria no dever de indenizar, pois estaria violando o direito à identificação pessoal.

Pontes de Miranda⁶⁴, também adepto da

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. T. VII, p.52-53.

imagem enquanto meio de identificação pessoal, chegou a afirmar que o direito à imagem existe como um dos direitos contidos no direito à identidade pessoal. O *ius imaginis* supõe a identidade pessoal. Assim, usar a imagem de alguém para se indicar, ou indicar a outrem, é ofensa ao direito (de personalidade) à própria imagem. E conclui: “Direito à imagem é direito de personalidade quando tem como conteúdo a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, *identificativamente*”.

A teoria do direito à identificação pessoal não podia prosperar. E, de fato, não prosperou. As críticas que sofreu foram severas. Moraes⁶⁵ advertia que não se pode confundir identificação com individuação. A imagem serve à individuação da pessoa; à identificação por via de consequência. E conclui que a identificação pessoal nasce de um interesse preponderantemente coletivo de reconhecer o indivíduo, ao passo que o direito à imagem nasce de um interesse preponderantemente pessoal de individuar-se.

⁶⁵ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 443, p.72-73, 1972.

4.2.6 TEORIA DO PATRIMÔNIO MORAL DA PESSOA

Considera que toda pessoa tem um patrimônio jurídico, formado por bens patrimoniais e não patrimoniais. A imagem 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.

Esta teoria, a exemplo das anteriores, tem sido afastada pela doutrina. Ensina Notaroberto Barbosa⁶⁶ que todas as teorias elaboradas com a finalidade de englobar a proteção jurídica da imagem, em algum direito preexistente, acabaram por fazê-lo de modo incompleto e reducionista. Ele afirma também que hoje não mais se permite, de forma simplista, o enquadramento do direito à imagem no âmbito de qualquer dos direitos da personalidade preexistentes. Deve-se, ao contrário,

⁶⁶ NOTAROBERTO BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1989. p.49-50.

enquadrar a proteção jurídica da imagem como direito autônomo, merecedor de disciplina própria.

Em conclusão, é possível afirmar que as teorias até aqui analisadas mostram a marcante evolução experimentada pelo direito à imagem. Embora, muitas vezes, a violação da imagem acabe por ferir também a intimidade, a honra, a identidade pessoal, a moral, a propriedade ou o direito de autor, a verdade é que se trata de um direito autônomo e como tal deve ser tratado. São realidades jurídicas diferentes que não podem ser confundidas com a imagem.

5 AUTONOMIA DO DIREITO À IMAGEM

Feitas as observações acerca das teorias acima expostas, é imperioso reconhecer que o direito à imagem é autônomo. Existe por si só, sendo independente dos outros direitos da personalidade. A doutrina⁶⁷ mostra que, embora tenha surgido como garantia da *reserva*, o direito à imagem hoje é

⁶⁷ BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.50.

“direito autônomo e de conteúdo próprio, existente mesmo sem qualquer reflexo na vida privada e na intimidade (de que se configuram direitos outros da personalidade)”.

O Professor Caldas⁶⁸ é categórico ao sustentar a autonomia do direito à imagem. Anota que, se a tutela à imagem se apresenta protetora nos casos em que não há violação de outro direito da personalidade, como a intimidade e a honra, revela-se lógico que venha a gozar de autonomia em relação àquelas. Isto ocorrerá, afirma, mesmo que a lesão à imagem atinja outros direitos, isolada ou conjuntamente.

A Constituição Federal, no inciso X do art. 5º, cuidou de enumerar os bens jurídicos por ela protegidos. Ali constam: intimidade, vida privada, honra e imagem. Isto nos leva à compreensão de que são bens autônomos, que não dependem um do outro. A imagem, portanto, é bem jurídico dotado de autonomia.

⁶⁸ CALDAS, op. cit., p.38-39.

O Professor Araújo⁶⁹ observa que, se o legislador constituinte não objetivasse dar autonomia à imagem, não a colocaria ao lado de outros bens e teria se limitado a assegurar sua proteção. Ao garantir proteção jurídica à imagem e à honra, pretendeu mostrar que são bens distintos, independentes. O mesmo pode-se dizer da intimidade e da vida privada. A imagem, conclui o autor, deve ter disciplina própria, ao lado da intimidade, da honra e da vida privada. Qualquer posicionamento, a partir do novo texto constitucional, que pretender negar autonomia à imagem, deve ser rejeitado. Em síntese, a imagem, por si só, requer proteção jurídica.

No mesmo sentido, foram colhidas inúmeras outras manifestações doutrinárias. Notaroberto Barbosa⁷⁰ afirma que, nos dias atuais, o direito à imagem ganhou contornos e características tais que não mais permitem seu enquadramento, de forma simplista, no âmbito de qualquer dos direitos da personalidade preexistentes. Ao contrário, esses contornos e características determinam o enquadramento da proteção jurídica

⁶⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.74.

⁷⁰ NOTAROBERTO BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.51.

da imagem como direito autônomo, merecedor de disciplina própria

Moraes⁷¹, em seu trabalho sobre o direito à própria imagem, assevera ser indubitável que este direito desfruta de autonomia e, por isso, sua proteção não depende da violação de outro direito. Afirma ser verdade que o direito à imagem pessoal, às vezes, se funde com o direito à intimidade, à identidade, à honra. Mas, também é verdade que a tutela do direito à imagem não se esgota em nenhum desses direitos. Por isso, sustenta que a autonomia do direito à própria imagem é inquestionável.

No Brasil, o direito à imagem tem sua autonomia consagrada na própria Constituição, que o assegura independentemente de violação a outro direito da personalidade. Em razão disso, não é necessário que a pessoa, cuja imagem foi captada ou publicada, sofra dano em sua honra, por exemplo. O dever de indenizar impõe-se pelo simples fato de ter sido violado o direito à imagem.

⁷¹ MOARES, Walter. Direito à própria imagem. *Revista dos Tribunais*, v. 443, p.80, 1972.

Parece ser este o entendimento jurisprudencial que vinha se consolidando, mesmo antes do texto constitucional:

“DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM - Publicidade - Fins lucrativos - Falta de autorização - Indenização devida. 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”⁷².

Em outro julgamento, de contornos históricos, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o direito à imagem é autônomo, não se confundindo com o direito de arena:

“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 nº

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 91.328-9. *Revista dos Tribunais*, v. 558, p. 230, 1983.

5.989/73, artigo 100; Lei nº 8.672/93”⁷³.

Trata-se do caso em que a Confederação Brasileira de Futebol e a Editora Abril S/A foram condenadas a indenizar jogadores de futebol, pelo uso indevido de suas imagens num álbum de figurinhas denominado *Heróis do Tri*. A publicação, feita pela Editora Abril S/A, ocorreu em 1988 e teve a participação da CBF.

Nesta decisão, por votação unânime, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a autonomia do direito à imagem, conforme se observa claramente do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

“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-se caráter de um direito autônomo, incidente sobre um objeto específico, cuja disponibilidade é inteira do seu titular e cuja violação se caracteriza com o simples uso não consentido ou autorizado, com as exceções referidas pelos doutrinadores, como a da figura que aparece numa fotografia coletiva, a

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 46.420-0-SP. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 68, p.169, 1995.

reprodução da imagem de personalidades notórias, a que é feita para atender a um interesse público, com o fito de informar, ensinar, desenvolver a ciência, manter a ordem pública ou necessária à administração da justiça.

(...) No caso dos autos, apesar de serem notórias as figuras dos jogadores, a reprodução de suas imagens não aconteceu em razão do propósito de informar, esclarecer ou atender a algum interesse de ordem pública. Houve a utilização da imagem simplesmente para satisfazer interesse predominantemente comercial, como está dito no v. acórdão recorrido. Tratava-se, portanto, de situação sobre a qual incide regra geral: a reprodução, uso da imagem dependia do consentimento dos titulares...”

Recentemente, o jornal *O Estado de São Paulo*⁷⁴ publicou matéria, mencionando os valores a serem pagos para cada atleta, em decorrência desta e de outras condenações sobre os mesmos fatos:

“De acordo com o laudo do perito, nomeado pelo juiz da 26ª Vara Cível do tribunal de Justiça do Rio, Adolfo Melo Júnior, Vavá, Nilton Santos e Gilmar, que jogaram todas as partidas nas Copas de 58 e 62, devem receber US\$ 100 mil, cada; Orlando (US\$ 37,5 mil);

⁷⁴ REIS, Sebastião. Ex-jogadores devem ganhar indenização por álbum. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 18.set.1997, p.76.

Gérson (US\$ 50 mil); Jurandir (US\$ 5 mil); Belini (US\$ 80 mil); Rivelino (US\$ 50 mil); Dino Sani (US\$ mil); Ado (US\$ 5 mil); Mauro (US\$ 80 mil); Djalma Santos (US\$ 80 mil); e Baldochi (US\$ 5 mil)”.

A mesma matéria ainda revela outros jogadores que já tiveram fixados os valores de suas indenizações:

“Pelé, que reivindicava US\$ 3 milhões, ganhou a causa, mas o valor foi reduzido para cerca de US\$ 800 mil (...) Garrincha (representado por sua família), Carlos Alberto Torres, Brito, Jairzinho (US\$ 50 mil, cada) (...) Paulo César e Dida (US\$ 15 mil) (...) Didi (US\$ 100 mil); Zózimo (US\$ 37,5 mil); Tostão (US\$ 50 mil); Félix e Piazza (US\$ 25 mil) e Fontana, representado por sua família, (US\$ 8,3 mil)”.

Embora em alguns casos possa parecer insignificante o valor, a decisão aqui enfocada mostra que a autonomia do direito à imagem já não pode mais ser negada. Não apenas parcela significativa da doutrina a admite, mas também os tribunais brasileiros, em reiteradas decisões, vêm acolhendo a tese de que se está frente a um direito dotado de autonomia. Deste modo, basta a lesão ao direito à imagem para que o interessado possa buscar a devida indenização.

6 CARACTERÍSTICAS

O direito à imagem, situado no campo dos direitos da personalidade, tem destes quase as mesmas características. Assim, podemos elencar suas características: a) essencialidade; b) originalidade; c) exclusividade; d) indisponibilidade; e) (extra)patrimonialidade; f) intransmissibilidade; g) imprescritibilidade.

6.1 ESSENCIALIDADE

Expressa a idéia de essência, daquilo que é importante, necessário, indispensável. A imagem é direito essencial ao desenvolvimento da pessoa humana. É manifestação da personalidade. E se o direito protege a personalidade do homem, disciplinando sua existência no meio social, resta protegida a imagem.

Segundo o jurista Trabucchi⁷⁵ que os direitos da personalidade “tiendem a garantizar las razones fundamentales e su vida y el desenvolvimiento y desarrollo físico y moral e su existencia”. E o direito à imagem, espécie de direitos da personalidade, também se reveste desta característica.

É difícil conceber que uma pessoa tenha existência digna, sem que tenha respeitada e protegida, ao mesmo tempo, a dimensão mais importante de seus direitos: direito à imagem, assim como os demais direitos da personalidade, pertence a este espaço do qual o homem não pode se ver privado.

6.2 ORIGINALIDADE

Questão controvertida é a da suposta originalidade do direito à imagem. Para alguns autores, a imagem do ser humano constitui um dos direitos naturais, tratando-se, portanto, de direito inato, originário, inerente ao homem desde o seu nascimento. Pertence ao homem pelo simples fato de ele

⁷⁵ TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1995. v.1, p.105: Tradução livre: “tendem a garantir as razões fundamentais de sua vida, o desenvolvimento, o progresso físico e moral de sua existência”.

existir. Não depende do Estado, que deverá apenas assegurá-la.

É forte a corrente doutrinária, neste sentido. Durval⁷⁶ chega ao extremo de afirmar que o direito à imagem é um Direito Natural, equiparável ao direito à própria vida, que independe da lei, embora esta lhe trace os limites e restrições. Então, conclui, o direito à imagem há de estar localizado no campo dos direitos fundamentais.

Essa característica do direito à imagem tem sido reconhecida pelos Tribunais: “DIREITO À IMAGEM - Publicação de fotos - Falta de autorização - Indenização devida. É inato o direito à própria imagem, que constitui um bem jurídico autônomo. Há violação desse direito quando é feita a reprodução pública da imagem sem autorização do seu titular. Sentença mantida”⁷⁷.

Tal concepção do direito à imagem, no entanto, não é pacífica. Sustenta-se, em contestação, que, embora

⁷⁶ DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988. p.106.

⁷⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro. Apelação 63.355. *Revista dos Tribunais*, v. 576, p. 249,1983.

seja por sua evidência um dos direitos da personalidade, não se pode afirmar que a imagem é um dos direitos naturais. O acolhimento de tal concepção significaria relacioná-lo entre os direitos concebidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, publicada em 1789, que reduziu a categoria destes direitos aos seguintes: liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão (art. 2º).

6.3 EXCLUSIVIDADE

Tem se afirmado que o direito à imagem é exclusivo, absoluto, o que leva a não confundi-lo com outros. O direito absoluto distingue-se do direito dispositivo, pois, ao contrário deste, é dotado de “uma obrigatoriedade incondicionada, insuscetível de alteração, ou inaplicação, pela vontade dos que lhes estão subordinados”⁷⁸. O qualificativo absoluto não significa que o direito à imagem é superior a outros direitos. É absoluto no sentido de que pode ser oposto a todos, tem eficácia *erga omnes*, imponha a todos o dever jurídico de não usá-lo sem o consentimento de seu titular.

⁷⁸ RÁO, op. cit., p.212.

A idéia de absoluto, atribuída a um bem jurídico, deve ser vista em face de outros bens jurídicos, “pois o absoluto não comporta superlativo. Se se admitir um absoluto que o possa ser mais que outro, constrói-se a idéia de relativo; e se há um absoluto que o seja menos que outro absoluto, é por que não o é”⁷⁹. O direito que, segundo Dante, é proporção de homem para homem, deve ser aplicado tendo em vista os valores em jogo. Deve haver uma ponderação entre os valores em jogo.

6.4 INDISPONIBILIDADE

A imagem é um direito indisponível. Ninguém pode dela se despojar porque é indispensável para o normal desenvolvimento do ser humano. Todavia, a pessoa pode dispor parcialmente de sua imagem permitindo que esta seja utilizada por terceiros, conforme ensina Adriano De Cupis⁸⁰: “Si può parzialmente disporre del diritto alla propria immagine: difatti, la

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. V. IV, p.71.

⁸⁰ DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, p.296. Tradução livre: “Pode-se dispor parcialmente do direito à própria imagem: de fato, a pessoa pode consentir, no resguardo de determinados sujeitos, a exposição, reprodução ou mesmo o comércio do próprio retrato”.

persona puó consentire, nei riguardi di determinati soggetti, all'èsposizione, riproduzione o messa in commercio del proprio ritratto”.

A disponibilidade parcial da própria imagem é admitida pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, sendo mesmo uma prática comum na atualidade, especialmente em relação a pessoas famosas, como certos desportistas. O uso consentido da própria imagem em favor de terceiros pode se dar gratuitamente ou mediante pagamento, conforme pretendemos demonstrar mais adiante.

6.5 EXTRA(PATRIMONIALIDADE)

A extrapatrimonialidade é uma característica dos direitos da personalidade, gênero do qual o direito à imagem é espécie. Embora alguns autores tenham sustentado que o direito à imagem também seja dotado desta característica, a verdade é que esta corrente encontra-se superada. O direito à imagem tem conteúdo econômico, que pode ser moral ou patrimonial. Tal

conteúdo pode se revelar de duas espécies: a) pela sua veiculação através dos meios de comunicação; b) em casos de violação praticada por terceiros.

A imagem permite que seu titular aufera proveito econômico. Trata-se de um bem de natureza patrimonial, cuja utilidade comercial já não é mais questionada, embora, no passado, tenha existido quem sustentasse o contrário.

Esta constatação é feita pelo Professor Chaves⁸¹, que acompanhou a evolução do tema no direito brasileiro:

“Se nos primórdios da arte fotográfica era possível que alguém se deixasse impressionar pela argumentação de alguns espíritos mais retrógrados, que não admitissem fosse tirado proveito econômico da divulgação da sua imagem com finalidades comerciais, ninguém, hoje em dia, considera esta possibilidade com estranheza. A retribuição dependerá, em cada caso, da pessoa cujo semblante for fotografado, da sua posição social, de sua beleza, de sua profissão, das disponibilidades da firma comercial, dos usos do lugar no que diz respeito à retribuição, etc”.

⁸¹ CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: v. 67, p.70-71, 1972.

A característica extrapatrimonial aplicada ao direito à imagem precisa ser vista com muito bom senso. Escreve Notaroberto Barbosa⁸² que a imagem alheia pode ser usada com o objetivo de lucro e isto demonstra sua valoração econômica. Hoje, graças aos meios de comunicação de massa, a imagem veiculada é um bem de consumo. Seu valor econômico é inquestionável, uma vez que este é característica intrínseca à própria natureza de bem de consumo em que se transformou.

Mas, ainda que fosse um bem de natureza extrapatrimonial, não estaria excluída a possibilidade de se auferir vantagem econômica, em caso de sofrer algum tipo de lesão. Neste sentido, o Professor Gomes⁸³ ensina que a extrapatrimonialidade de um direito não exclui a possibilidade de ele gerar vantagem econômica para o seu titular, se o direito sofrer lesão da qual resulte dano. Tendo havido o dano, assiste à vítima o direito a receber indenização, mesmo se o dano for moral, como admitem algumas legislações. Dentre essas legislações a que o

⁸² NOTAROBERTO BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo. *Obr. cit.*, p.23.

⁸³ GOMES, Orlando. *Instituições de direito civil*. 13. ed. São Paulo: Forense, 1998, p. 114.

autor se refere, pode-se incluir a brasileira, sobretudo após o advento da Constituição de 1988.

Neste sentido, a jurisprudência: “DIREITO À IMAGEM - Álbum - “Posters” de artistas da televisão - Objetivo comercial - Ação de indenização procedente. Caracterizada a exploração comercial da imagem dos autores, cabível a indenização”⁸⁴.

Mas, a lesão ao direito à imagem não ocorre só na hipótese de sua exploração comercial. Não se deve exigir a efetiva consecução de lucro para se falar em dever de indenizar. Basta que a imagem da pessoa seja veiculada sem seu consentimento para que, face à autonomia deste direito, exsurja o dever de indenizar.

Fato curioso ocorreu, recentemente, na Inglaterra, com relação à imagem da Princesa Diana, falecida em trágico acidente automobilístico: “O departamento de patentes da Grã-Bretanha rejeitou o pedido do Fundo de Memória de Diana

⁸⁴ RIO DE JANEIRO. Apelação Cível 85.011. *Revista dos Tribunais*, v. 512, p.262, 1978

para registrar a imagem do rosto da princesa como marca comercial”⁸⁵. Nem por isso, entretanto, sua imagem deixa de ter valor comercial.

6.6 INTRANSMISSIBILIDADE

A imagem é bem jurídico intransmissível.

Morta a pessoa, extingue-se o direito, que não se poderá transmitir aos herdeiros do *de cuius*. Pontes de Miranda⁸⁶ é categórico: “O direito (de personalidade) à própria imagem é, por sua natureza, intransmissível, entre vivos e a causa de morte (...) Com a morte da pessoa, cessa o direito à própria imagem. Mortos não têm direito”.

Abordando os direitos da personalidade em geral, De Cupis⁸⁷ escreve página magistral que, também aplicável

⁸⁵ Revista “Istoé”. São Paulo: Editora Três, 15.jul.98, p. 116.

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. T. VII, p.63-64.

⁸⁷ DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editores, 1967. V. IV p.88. Tradução livre: “De fato, nos direitos da personalidade a intransmissibilidade está na natureza do objeto, o qual, como já dissemos, se identifica com os bens mais elevados da pessoa, situados em um nexos que pode dizer-se de natureza orgânica. Por força deste nexos orgânico, o objeto é inseparável do sujeito originário: a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, etc. de Tício, não pode vir a ser bens de Caio por virtude de uma impossibilidade que reside 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 o caráter de essencialidade”.

ao direito à imagem, a reproduzimos:

“Difatti esso, per quanto concerne i diritti della personalità, va ricercato nella natura del relativo oggetto, il quale si identifica, ricordiamo, coi beni più elevati della persona, legati ad essa da un nesso che può dirsi di natura organica. Questo nesso organico comporta l’inseparabilità dell’oggetto dallo originario soggetto: la vita e l’integrità fisica, la libertà, l’onore, ecc. di Tizio non possono divenire beni di Caio per una impossibilità che ha radice nella natura delle cose. Né l’ordinamento giuridico può consentire che l’individuo si spogli di quei diritti che, per corrispondere a quelli che sono i beni più elevati, hanno carattere di essenzialità”.

Em outra lição, o mestre italiano⁸⁸ admite que a pessoa possa, em vida, dispor da própria imagem para tempo posterior à sua morte, o que não seria transmitir o direito à imagem, mas permitir que ele fosse usado. Todavia, para que tal disposição tenha validade jurídica, o ato deve ser escrito. E, tratando especificamente da imagem, acrescenta:

“Dopo la morte, il reserbo non è più un bene dell’individuo, poiche questo più non esiste e più non è persona: non è più bene giuridico personale il reserbo intorno all’aspetto fisico di quegli che fu persona. E tuttavia, l’individuo,

⁸⁸ DE CUPIS, op. cit, p.322.

finché ha vita, può disporre del proprio riserbo anche per il tempo in cui questo sarà semplice residuo di un suo passato bene giuridico: in tale disposizione esso efferma un proprio attuale sul futuro residuo di un proprio bene”.

Dantas⁸⁹ demonstra partilhar da posição exposta por Pontes de Miranda, ao afirmar que os direitos da personalidade - e, por consequência, o da imagem - de nenhum modo se transmitem. Explica que a morte do homem leva naturalmente à extinção desses direitos, pelo perecimento do seu objeto e não se pode cogitar da transmissão; isto ocorre porque o objeto do direito adere à pessoa do titular.

O direito à imagem não se transmite porque se extingue com a morte. Mas, seus reflexos podem se transmitir porque os direitos é que perecem, não a imagem. Esta, em determinadas circunstâncias, mediante o consentimento dos herdeiros do *de cuius*, pode ser divulgada. Isso pode ocorrer, especialmente, em relação a pessoas famosas, que, após a morte, têm sua vida contada em filmes, por exemplo.

⁸⁹ DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1945. p.195.

6.7 IMPRESCRITIBILIDADE

A violação de um bem jurídico gera, ao seu titular, um direito subjetivo de invocar a norma jurídica em seu favor. Todavia, deverá fazê-lo na forma e dentro do prazo fixado em lei. A desobediência ao prazo estabelecido, provocará a prescrição extintiva deste direito.

Prescrição pode ser entendida como a extinção do prazo, por inércia, que o credor tem para exercer seu direito de ação. Se perder o prazo para exercer o direito de ação, ele não poderá mais invocar a força legítima do Estado para a satisfação de seu direito material.

Todavia, no que tange ao direito à imagem, isto não ocorrerá, porque este direito se encontra protegido pela imprescritibilidade. Pode defluir o tempo que for, o direito à imagem resta intocável, permanecendo infenso à ação inexorável do tempo. Acerca desta característica do direito à imagem,

escreve De Cupis⁹⁰

“[...] in nessun caso il tempo può essere maggiormente atto a produrre l'estinzione dei diritti della personalità di quel che lo sia la volontà del loro titolare; più precisamente, il soggetto, come non può estinguere i propri diritti della personalità disponendone volontariamente, così non può estinguerli disponendone in quell'altro modo che consiste nella prolungata astensione da loro esercizio”.

7 A IMAGEM COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Desde a Revolução Francesa que as constituições reservam espaço especial para a consagração dos denominados direitos fundamentais. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão chegou a estabelecer, como diretriz para todos os estados soberanos, que somente seria considerada Constituição aquela que estabelecesse a separação dos poderes e garantisse os direitos fundamentais. É o que estabeleceu no art. 16: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem

⁹⁰ DE CUPIS, op.cit., p.98. Tradução livre: “... em nenhum caso o tempo pode ser principalmente ato a produzir extinção dos direitos da personalidade daquele que o seja a vontade do seu titular; mais precisamente, o sujeito, como não pode extinguir os próprios direitos da personalidade dispondo voluntariamente, assim não pode extinguir dispondo daquele outro modo que consiste na prolongada extensão de seu exercício”.

Constituição”. Desde então, os estados têm se esforçado para, ao lado de uma cláusula de independência entre os poderes, elencar um mínimo de direitos entendidos como fundamentais para o homem.

A doutrina constitucionalista, consolidada nos últimos tempos, mostra que se pode ter direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos fundamentais apenas materialmente constitucionais. Os primeiros têm assento na Constituição Federal, ao passo que os outros, embora portadores de dignidade constitucional, encontram-se fora da Constituição. Os direitos consagrados e reconhecidos pela Constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional)⁹¹. Mas, pode haver direitos fundamentais mesmo fora da Constituição, os quais são chamados direitos materialmente constitucionais.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1987. p.444.

A imagem, entendida como direito fundamental, foi introduzida de modo expreso no Direito Constitucional brasileiro em 1988. Antes, por longo tempo, permaneceu ignorada pelo legislador constituinte. Mesmo assim, é de se reconhecer que, embora ausente da Constituição, tinha dignidade de norma constitucional. Era, portanto, norma materialmente constitucional. Pode-se concluir, deste modo, que a imagem, embora implicitamente, ingressou no texto constitucional com a primeira Carta republicana, em 1891, conforme se pretende demonstrar mais adiante, quando se tratará de sua proteção constitucional.

Com o advento da *Constituição de 1988*, a imagem passou a figurar, expressamente, no rol destinado aos direitos, garantias e liberdades fundamentais. Dispõe o art. 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”.

O Professor Bastos⁹², analisando a novidade constitucional, observa que, mesmo antes da norma acima mencionada, este direito já era acolhido no Direito brasileiro, forçando o seu reconhecimento. Deste modo, pode-se constatar que a Carta Política, promulgada em 1988, assim como fez em outras hipóteses, tais como meio ambiente e o bem de família, veio apenas constitucionalizar um direito que já estava impregnado na consciência jurídica nacional.

Firmado que se trata de direito fundamental, inclusive com assento na Constituição Federal, a imagem está a merecer especial atenção, porquanto nenhum outro direito tem dignidade constitucional que lhe possa ser superior.

⁹² BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. V. 2, p.62.

CAPÍTULO III

A PROTEÇÃO JURÍDICA DA IMAGEM

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O direito à imagem é uma conquista da jurisprudência e, de certa forma, da doutrina. Nos últimos tempos, especialmente no *século da civilização da imagem*, o tema tem despertado a atenção do legislador. Assim, pode-se encontrar normas jurídicas referentes ao direito à imagem na Constituição Federal e na legislação ordinária, nos mais variados campos do Direito.

A imagem vem merecendo proteção do legislador. A doutrina, embora ainda de modo escasso, tem se ocupado desta espécie de direito da personalidade, que tem recebido proteção concreta da jurisprudência. Em razão disso, o legislador vem produzindo normas jurídicas protetoras da imagem. Mas, ainda falta muito a ser feito, até que a imagem receba a proteção jurídica de que necessita.

Neste Capítulo, tratar-se-á da proteção jurídica da imagem, analisando o Direito Constitucional, o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Eleitoral, o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil

2 DIREITO CONSTITUCIONAL

A imagem, como vimos, é instituto que não desfruta de tradição no campo do Direito Constitucional. Isso se verifica tanto no Brasil quanto em outros países, mesmo os do denominado primeiro mundo. No regime jurídico das constituições anteriores a 1988, o direito à imagem não era contemplado expressamente.

O Professor Araújo⁹³, em tese ousada, sustenta que o Direito Constitucional brasileiro protegeu a imagem desde a primeira Constituição. Para ele, a proteção da imagem, consagrada desde a Constituição do Império, de 1824, ocorria de

⁹³ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.54.

modo reflexo: primeiro, com base na inviolabilidade domiciliar ou da vida e, depois, através da intimidade.

Em que pese o brilhantismo dos argumentos utilizados pelo Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, deve-se considerar que a imagem passou a ser protegida, de modo implícito, somente a partir da Constituição de 1891 e, expressamente, a partir de 1988. A cláusula de não-exclusão, que foi introduzida no direito brasileiro pela Carta Magna de 1891, permitia a proteção do direito à imagem, embora o fizesse implicitamente.

A Constituição de 1891, que consolidou a República, previa, em seu art. 78: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”.

A Constituição de 1934 estatuiu, no art. 114, a regra que protege outros direitos fundamentais, além dos

constantes do respectivo catálogo. “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota”.

A Constituição de 1937, editada pelo Estado Novo, também consagrou a regra de não-exclusão de direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, fazendo-o no art. 123: “A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição...”.

Na Constituição de 1946, que consolidou a redemocratização do País, reeditou a norma, agora no art. 144: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

A Constituição de 1967, que “legitimou” o Golpe Militar de 1964, embora nascesse maculada, não deixou de

reeditar a regra de não-exclusão. Previa o seu art. 141, par. 35: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Acerca desta norma jurídica, que ingressou no Direito brasileiro pela Carta de 1891, observou Pontes de Miranda⁹⁴ que sua fonte é a Emenda IX à Constituição dos Estados Unidos da América. Esclarece ainda que “a enumeração de alguns direitos na Constituição não pode ser interpretada no sentido de excluir ou enfraquecer outros direitos que tem o povo (...). Os textos constitucionais, quando se preocupam com os direitos dos indivíduos e dos nacionais, mais cogitam daqueles que facilmente se põem em perigo. Com isso, não negam os outros...”.

A Emenda Constitucional nº 1/69, que, para alguns, editou nova Carta Magna, repetiu a regra no par. 36 do art. 153 e, inclusive, com a mesma redação do texto anterior: “A

⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. T. V, p.659.

especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Esta regra de não-exclusão - agora com mais abrangência - foi inserida no par. 2º do art. 5º, da Carta Magna de 1988. Reza: “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”. Por esta regra, poder-se-ia continuar afirmando que a imagem, embora de modo implícito, tem proteção constitucional. Esta tese, no entanto, já não é mais necessária.

Com o advento da Constituição de 1988, a imagem passou a ter assento constitucional, ocupando lugar de relevo e sendo encartada pelo legislador constituinte no rol dos direitos, liberdades e garantias constitucionais. Sua previsão, a partir de então, tornou-se expressa. Dispõe o art. 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem

das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”.

O Professor Ferreira⁹⁵, após observar que tal preceito não existia no Direito Constitucional anterior, afirma que sua inclusão na Carta foi motivada pela existência de ampla publicidade, que devassa a vida privada e a intimidade das pessoas, bem como desfigura sua imagem.

Em comentário a este dispositivo constitucional, escrevem Bastos e Martins⁹⁶: “Com o atual Texto Constitucional, obviamente desaparecem as hesitações acerca da proteção jurídica da imagem. Nem por isso o trecho supratranscrito deixa de apresentar atualidade, sobretudo pelo enfrentamento da questão relativa ao modo de levar a efeito a indigitada proteção”.

É ressaltado que o legislador constituinte de 1988, seguindo critério já adotado pelo constituinte de Portugal,

⁹⁵ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. V. 1, p. 79.

⁹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. MARINS, Ives Gandra, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1989. V. 2, p.79.

engessou uma parte da Constituição, impedindo sua alteração. No que tange aos direitos fundamentais, simplesmente proibiu a existência de emenda tendente a eliminá-los: não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais (art. 60, par. 4º, inciso IV). São as chamadas *cláusulas pétreas*.

A preocupação do legislador constituinte com os direitos fundamentais é inquestionável. Além de prevê-los em extenso rol - sem pretender ser exaustivo, conforme revela o par. 2º do art. 5º -, determinou ao legislador ordinário que estabelecesse punição para qualquer discriminação perpetrada contra eles. É a regra estatuída na art. 5º, inciso XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Aplicam-se ainda, na proteção à imagem, outros dispositivos constitucionais, como os que prevêm a inafastabilidade do controle jurisdicional - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos” (art.

5º, inciso XXXV) - e o devido processo legal: “ninguém será privado da liberdade nem de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV). Há ainda outros princípios constitucionais que podem ser invocados na proteção ao direito à imagem.

Mas, o legislador constituinte de 1988 não consagrou de modo expreso apenas a imagem-retrato. Cuidou também da imagem-atributo.

Reza a Carta Política, no art. 5º, inciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Protege ainda a Carta Magna a imagem de pessoa que participa de obra coletiva. É o chamado direito de arena. Estabelece, no art. 5º, inciso XXVIII, alínea *a*, que “são assegurados, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”.

3 DIREITO CIVIL

Antes mesmo de ingressar, de modo expresse, no corpo da Constituição de 1988, a imagem era protegida no âmbito do Direito Civil. Isso não ocorria de modo expresse e insofismável, o que, aliás, permanece imutável. No Código Civil, que veio à lume ainda em 1916, há várias disposições aplicáveis ao direito à imagem, embora nem sempre essa questão tenha sido entendida deste modo.

3.1 O CÓDICO CIVIL

Tem se afirmado, com certa freqüente, que a imagem só foi protegida, reflexivamente, no art. 666, inciso X, do Código Civil e que sua proteção expressa só ocorreu com a Carta de 1988. Todavia, embora correta, esta afirmativa precisa ser melhor compreendida. Entende-se que o Código Civil, não apenas neste, mas também em outros dispositivos, protegeu o direito à imagem.

Antes de se abordar este delicado problema, é necessário reconhecer que, ao final do século XIX - fonte histórica recente do Código Civil brasileiro -, não se cogitava em proteger, de modo específico, a imagem. Tratava-se de um *bem* ao qual a sociedade não atribuía valor suficiente para merecer a atenção do legislador. E naquele período da história, já adentrando o início deste século, a imagem não era preocupação, nem da sociedade, nem do legislador.

Embora a *mens legis*, que inspirou o legislador de 1916, não contemplasse a imagem como bem juridicamente passível de proteção, é preciso reconhecer que o Código Civil já a protegia, sendo tarefa do intérprete construir o raciocínio no sentido de comprovar esta afirmação. Parece ser razoável afirmar que a imagem, no Código Civil, estava protegida nos artigos 159, 666, X, e 160, I, sem prejuízo de outros que possam ser aplicados. Tem-se o objetivo de demonstrar a veracidade deste fato, o que será feito na seqüência.

3.1.1 O PRINCÍPIO GERAL

O art. 159 do Código Civil brasileiro consagra a regra-matriz da responsabilidade civil no direito brasileiro. Assim dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Da análise deste dispositivo legal, pode-se identificar os elementos da responsabilidade civil: a) ação ou omissão; b) culpa; c) resultado lesivo; d) liame causal entre a ação ou omissão e o resultado lesivo. Trata-se da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

Salvo algumas exceções, construídas ao longo do tempo pela doutrina e pela jurisprudência, a responsabilidade civil tem na culpa seu elemento fundamental. A culpa, tomada em sentido amplo, é o elemento informador da responsabilidade civil.

Ensina o Professor Pereira⁹⁷ que, no Direito brasileiro, a responsabilidade civil assenta no *princípio fundamental da culpa*, embora existam várias disposições abrigando a doutrina do risco. O preceito capital é o art. 159 do Código Civil. O âmago da responsabilidade está na pessoa do agente, e em seu comportamento contrário ao direito. A norma legal alude ao dano causado, mas não é um dano qualquer, porém aquele que se liga à conduta do ofensor. Lembra ainda que, mesmo antes do Código Civil, a doutrina civilista já afirmava, com base no direito positivo, que a *teoria da culpa* é o fundamento da responsabilidade civil.

De caráter geral, sem excepcionar, este artigo contempla também o dano causado à imagem da pessoa. Se a imagem é um bem valioso pertencente à pessoa humana, o Direito deve sobre ela estender sua proteção. E o referido dispositivo legal não a excluiu de sua incidência. Portanto, preenchidos os requisitos exigidos pelo artigo - ação (omissão), culpa, resultado e nexos causal - estava caracterizado o dever de indenizar.

⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.32.

Está-se diante de uma norma jurídica ordinária destinada a regular os fatos da vida social. E, como se sabe, a norma jurídica caracteriza-se, além de outras, por ser geral e abstrata. O legislador, diante da impossibilidade de prever todos os fatos que emergem da realidade social, traça normas que, em tese, podem solucionar todos os conflitos sociais. Ele procura regular, não só os fatos conhecidos, mas também os que, embora desconhecidos, possam ser imaginados ou imagináveis.

Assim, quando fez inserir no Código Civil a norma do art. 159, o legislador colocou-a à disposição de todos os membros do grupo social, seus destinatários. Cabe ao intérprete extrair da norma jurídica tudo o que ela contém. E não se pode negar que a norma inserta neste artigo permite que seja extraída esta conclusão: ela pode ser aplicada a qualquer espécie de lesão a bem jurídico valioso para a sociedade. Deste modo, do ponto de vista da teoria do Direito, pode-se concluir que a imagem desfrutava de proteção jurídica, desde a entrada em vigor do Código Civil.

Mas, não é apenas neste artigo que o Código Civil protege de lesão a imagem enquanto bem jurídico. No artigo 1.518, por exemplo, pode-se encontrar também uma norma jurídica que, por força de interpretação criteriosa, poderia ser invocada como proteção a ela.

“Art. 1.518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação”.

O autor do ato lesivo, seja à imagem, seja a outro bem jurídico, fica comprometido a reparar o dano. Seus bens ficam vinculados a esta obrigação.

3.1.2 A REGRA PERMISSIVA

De longo tempo, vem se admitindo que o direito à imagem está contemplado pelo Código Civil. Ao

disciplinar a matéria relativa aos direitos autorais, o legislador de 1916 assim dispôs: “Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos de autor: X - A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou do busto”.

Esta regra, já revogada pela Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, embora destinada a reger os direitos de autor, lançava proteção ao direito à imagem, quando, na segunda parte do mencionado dispositivo, permitia que a pessoa representada ou seus sucessores imediatos se opusessem à reprodução ou à exposição pública do retrato ou busto.

Carvalho Santos⁹⁸ assim se expressa: “A pessoa representada e seus sucessores imediatos, porém, podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou do busto. Pessoa representada é aquela cuja figura é objeto do retrato ou

⁹⁸ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985. V. VIII, p.476.

busto, é a pessoa fotografada ou modelada no busto”.

3.1.3 EXCLUSÃO DA ILICITUDE

A legítima defesa é instituto de Direito Penal. Ao lado do estado de necessidade, do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direito (CP, art. 23), atua como excludente de antijuridicidade. No Código Civil, o instituto também está previsto, ao lado do exercício regular do direito.

“Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Esta é uma norma permissiva. O legislador de 1916 permitiu que a pessoa, sofrendo ataque a um bem que lhe pertencesse, pudesse defendê-lo com sua própria força. Basta que o faça de modo e com os meios que não excedam os limites permitidos pela própria legítima defesa.

Carvalho Santos⁹⁹, em comentários a este dispositivo, destaca que é direito de cada um defender sua pessoa ou seus bens. É consenso, entre os estudiosos do Direito, que tais direitos emanam da personalidade e são outorgados a cada pessoa, ainda que implicitamente, pela sociedade.

A norma inserta no art. 160, I, não excepciona e se aplica a todos os casos concretos que a ela se amoldem. Portanto, aplica-se - como de fato tem sido passível de aplicação - para proteger o direito à imagem.

O Tribunal de São Paulo, ainda em 1949, apreciou caso de pessoa fotografada que reagiu contra o fotógrafo, com o intuito de proteger sua imagem.

“RESPONSABILIDADE CIVIL - Fotografia tirada contra a vontade do interessado e com fim visivelmente malicioso - Destruição da máquina, para evitar a sua reprodução - reação excessiva determinando a concorrência de culpa de ambas as partes - Indenização ao proprietário somente por metade. O retrato é uma emanção da pessoa, a sua representação por meio físico ou mecânico. Ninguém pode

⁹⁹ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. V. III, p.333.

ser fotografado contra sua vontade, especialmente para ser pivô de escândalos”¹⁰⁰.

3.2 A LEGISLAÇÃO SOBRE OS DIREITOS DO AUTOR

A revogada Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, disciplinadora dos direitos de autor, protegia o direito à imagem em vários parágrafos, permitindo a reprodução de retratos, ou de outra forma de representação da efigie, desde que não houvesse a oposição da pessoa nelas representada ou de seus herdeiros. Assim dispunha:

“Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos do autor:

I - a reprodução:

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

Em outra disposição, a referida lei disciplina a reprodução da imagem no caso de cirurgia, condicionando a

¹⁰⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. 1ª Câmara. *Revista dos Tribunais*, v. 180, p. 600, 1949.

exposição, difusão ou exibição de fotografias ou filmes à autorização de ambas as pessoas envolvidas: o cirurgião e a pessoa operada. Reza o art. 90 da Lei: “A exibição, difusão ou exibição de fotografias ou filmes de operações cirúrgicas dependem de autorização do cirurgião e da pessoa operada. Se esta for falecida, da de seu cônjuge ou herdeiros”.

3.3 A LEGISLAÇÃO SOBRE A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

O direito à imagem também vem protegido pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

Neste campo, a imagem também já vinha sendo protegida pela Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, que instituiu o Código de Propriedade Industrial. Em dois momentos, nesta Lei (ora revogada), o legislador preocupou-se com o direito à imagem.

“Art. 65. Não é registrável como marca:

3) expressão, figura ou desenho contrário à moral e aos bons costumes e os que envolvem ofensa individual ou atentem contra culto religioso ou idéia e sentimento digno de respeito e veneração”.

Mesmo que de modo reflexo, nota-se que o legislador protegeu a imagem. Embora não reconheça sua autonomia, estende sobre ela proteção jurídica.

“Art.65. Não é registrável como marca:

15) nome de obra literária, artística ou científica, de peça teatral, cinematográfica, de competições ou jogos esportivos oficiais, ou equivalentes, que possam ser divulgados por qualquer meio de comunicação, bem como o desenho artístico, impresso por qualquer forma, salvo para distinguir mercadoria, produto ou serviço, com o consentimento expresso do respectivo autor ou titular”.

A norma inserida neste artigo estabelecia que o uso da efigie de terceiro como marca só era permitido mediante o expresso consentimento do seu autor ou titular.

Esta lei, no entanto, foi revogada pela Lei nº

9.279/96, reguladora de direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. A exemplo da Lei revogada, a nova Lei também demonstrou preocupação em proteger o direito à imagem. Mas, embora sua abrangência tenha sido maior que a da Lei anterior, continuou sem reconhecer a autonomia do direito à imagem. O legislador ordinário, neste caso, deixou de observar o avanço proposto pelo constituinte de 1988.

“Art. 124. Não são registráveis como marca:

III - expressão, figura, desenho ou qualquer outro sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou a imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimento dignos de respeito e veneração.

3.4 A PROTEÇÃO DO DIREITO À IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma legal que substituiu, com largas vantagens, o antigo Código de Menores

(Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979). A Lei considera criança a pessoa até 12 anos incompletos; adolescente, a pessoa entre 12 e 18 anos de idade (art. 2º).

Ao tratar do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade da criança e do adolescente, o Estatuto preocupou-se em proteger o direito à imagem, por ser este um bem jurídico tão caro para a sociedade.

Estabelece o art. 17: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

O direito ao respeito que se deve tributar à criança e ao adolescente está claramente consagrado no mencionado artigo. Ao estabelecer a preservação da imagem da criança e do adolescente, a Lei proibiu que sua imagem seja utilizada por outras pessoas através de qualquer meio de

divulgação e publicidade.

Mais adiante, cuidou de proteger a imagem da criança e do adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional. Proibiu a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos a eles referentes. Todavia, em respeito ao direito constitucional de informação, permitiu que o fato seja noticiado, porém sem a utilização da imagem, bem assim do nome, apelido, filiação, parentesco e residência.

“Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência”.

O sistema processual brasileiro consagra o princípio da publicidade dos atos processuais. Este princípio é tão caro para a sociedade que está erigido à condição de *cláusula pétrea*, estando, portanto, vedada sua abolição. Todavia, a publicidade e o interesse particular muitas vezes chocam-se, de

modo que o legislador precisa harmonizar o conflito. E o legislador do direito menorista enfrentou o problema.

No *caput* do artigo supracitado, foi vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos pertinentes a crianças e adolescentes, quando se tratar de ato infracional por eles cometido. No parágrafo único, o legislador permitiu a veiculação de notícias, desde que não se identifique a criança ou adolescente. Fica proibido, portanto, mostrar fotografia, bem como fazer referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência.

As normas insertas no artigo 143 e parágrafo único, bem como a do art. 17, são de ordem pública. Não podem ser derogadas pela vontade dos particulares. Deste modo, a autorização fornecida pelos pais ou responsáveis é nula, mesmo que tenha sido fornecida mediante pagamento. Mas o pacto não tem o condão de afastar o preceito legal e, face à imperatividade da norma de ordem pública, não se impõe a vontade das partes declarada em sentido contrário.

As normas cogentes ou de ordem pública, com as quais os renomados doutrinadores têm se ocupado, constituem tema dos mais importantes no campo da teoria do direito. Ensina o Professor Reale¹⁰¹ que a ordem pública traduz a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam. O Estado não subsistiria, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível de alteração pela vontade dos obrigados. O autor afirma, na sua conclusão, que certas regras amparam altos interesses sociais - os interesses de ordem pública - que as partes contratantes não podem dispor de maneira diversa sobre as mesmas.

Por outro lado, parece que o legislador menorista procurou conciliar o contido nos arts. 93, inciso IX, e 221, ambos da Constituição Federal com as normas inseridas, respectivamente, nos arts. 155 do CPC e 792 do CPP. Embora

¹⁰¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 131.

sem violar o princípio da publicidade dos atos processuais e o da livre informação, não descurou também de proteger a dignidade da criança e do adolescente contra abusos dos meios de comunicação que possam vitimá-los.

Não se pode ignorar - e o legislador menorista demonstra estar atento - que, muitas vezes, crianças e adolescentes são jogados na *fogueira das paixões*, servindo como pano de fundo para sustentar conflitos referentes a outros interesses. Isso ocorre quando algum órgão de comunicação desvia-se da finalidade de informar, razão de sua existência. Esse desvio de finalidade, mostra Mônaco da Silva¹⁰², tem caráter extremamente pernicioso, constitui verdadeiro desserviço social prestado pelas emissoras de televisão e serve, na maioria das vezes, para deseducar o cidadão e, o que é pior, torna a sociedade mais violenta.

Mas, como se nota nos arts. 17 e 143, o legislador normatizou a conduta a ser observada. A sanção (multa

¹⁰² MÔNACO DA SILVA, José Luiz. *Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.236.

administrativa), aplicada para a hipótese de descumprimento da norma de conduta, está prevista no art. 247 do Estatuto.

“Art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional.

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Par.1º Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente.

Par. 2º. Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora por até dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números”.

As normas insculpidas neste artigo e em seus parágrafos demonstram a preocupação em proteger a dignidade da

criança e do adolescente. Mostra Mônaco da Silva¹⁰³ que esta proibição tem por escopo evitar a desgraça alheia, vivamente presente no cotidiano das pessoas pertencentes às camadas sociais mais pobres. A lei tenta evitar que eles possam ser alvo de explorações sensacionalistas dos meios de comunicação.

A jurisprudência vem se firmando em nossos tribunais, no sentido de proteger concretamente a imagem da criança e do adolescente, fazendo-o com amparo nos artigos da lei de que se está tratando.

“Criança e adolescente - ECA - Sanção administrativa - Adolescente - falecimento. A criança e o adolescente têm direito ao resguardo da imagem e intimidade. Vedado, por isso, aos órgãos de comunicação social narrar fatos, denominados infracionais, de modo a identificá-los. O fenômeno ganha grandeza singular quando a criança e o adolescente integram classe social menos favorecida. Ainda que agentes de conduta ilícita, não podem ser vilipendiados, expostos à execração pública. O falecimento não modifica o raciocínio. Também quando mortos são dignos de proteção, em homenagem à honra”¹⁰⁴

¹⁰³ Ibid, p.415.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 55.168-4-RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 09.10.95, p.143.

Do acórdão ainda se lê:

“A criança e o adolescente também tem direito à intimidade, ao resguardo de sua imagem. Se, eventualmente, praticar conduta ilícita, certo, cumpre sofrer as sanções. Não pode, contudo, ser vilipendiado e exposto à execração pública. Os destinatários, diga-se assim, do ECA, como regra, são pessoas social, familiar e economicamente desprotegidas. Isto, contudo, não autoriza serem filmados, projetados na mídia escrita e eletrônica. Sabe-se, quando isso ocorre, exaure-se a condenação social. O estigma se faz presente. Difícil será restaurar a boa imagem”.

O legislador menorista, além do que já se examinou, também previu pena privativa de liberdade e multa penal para quem violar o direito à imagem da criança ou adolescente. Assim o fez nos arts. 240 e 241, matéria que será melhor examinada em momento apropriado.

Portanto, no que tange ao direito à imagem, são vários os textos legais que mereceram a preocupação do legislador. Alguns são aplicáveis a campos específicos, por se tratarem de normas de direito especial, e outros aplicáveis no

âmbito do Direito Civil.

3.5 O USO DA IMAGEM

A imagem pode ser usada mediante consentimento ou mesmo contra a vontade do interessado. Sob esta ótica, é notável o trabalho do Professor Chaves¹⁰⁵, cujas lições devem ser acolhidas.

3.5.1 USO DA IMAGEM MEDIANTE CONSENTIMENTO

A imagem da pessoa pode ser usada gratuitamente por terceiros, mediante consentimento dado por ela. O Professor Costa Júnior¹⁰⁶ mostra que, se a pessoa tem o direito à sua vida privada, tem também a livre escolha de sair de seu isolamento ou de permitir que terceiros tenham acesso à sua soledade. Esta permissão não apenas exclui a indiscrição, mas também integra-a como elemento essencial.

¹⁰⁵ CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. V. 1, p. 378.

¹⁰⁶ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p.44-45.

Ao consentir no uso de sua imagem, a pessoa poderá fazê-lo de modo tácito ou expresso. Poderá também consentir gratuitamente ou a título oneroso.

Uso gratuito da imagem mediante consentimento tácito. Ocorre quando a pessoa, sem se manifestar expressamente, consente que sua imagem seja por outrem publicada. O Professor De Cupis¹⁰⁷, abordando o consentimento tácito no direito italiano, escreve página que bem se adapta ao direito brasileiro: “Deve procedersi con cautela nell’ammettere un consenso tacito alla diffusione della propria immagine. Vero che la legge parla, senza eccezione, di “consenso”, e che quindi non è escluso che questo possa essere anche tacito; ma trattandosi di materia così delicata, l’interpretatio voluntatis deve condursi cola necessaria prudenza”.

Assim, quem comparece em público ao lado de pessoa famosa consente tacitamente em ver sua imagem associada

¹⁰⁷ DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Datt A. Giufrè, 1967. V. IV, p. 297. Tradução livre: “Deve-se proceder com cautela ao permitir um acordo tácito à difusão da própria imagem. É verdade que a lei fala, sem exceção, em “consentimento”, e que não exclui que este possa ser também tácito; mas em se tratando de matéria assim delicada, o intérprete voluntário deve conduzir-se com a necessária prudência”.

àquela pessoa. Quem aceita se deixar fotografar com o fim de se submeter a um concurso de beleza, consente tacitamente em ter suas fotografias publicadas para o fim de promover o concurso.

Em caso semelhante, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu:

“DIREITO À IMAGEM - Atriz - Fotografia - Traje sumaríssimo - Teste para filme - Publicação em jornal - Autorização presumida - Ação improcedente - Apelação não provida. Quem se apresenta para integrar filme de pornochanchada está concordando em ter as suas fotos em cartazes, jornais e revistas, que são os veículos para a publicidade das películas”¹⁰⁸

Uso gratuito mediante consentimento expresso. Se a pessoa consente expressamente, mesmo sem receber nenhuma remuneração, que sua imagem seja usada, não há violação ao direito à imagem. Mas, este consentimento, na lição de Costa Júnior¹⁰⁹, deverá ser fornecido para um fim determinado. E não poderá vir a ser utilizado, pelas pessoas às

¹⁰⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (1ª Câmara). Apelação Cível 288.054. *Revista dos Tribunais*, v.536, p.98.

¹⁰⁹ COSTA JÚNIOR, loc. cit., p.45.

quais tenha sido dado, além das limitações exatas em que for expresso.

Uso mediante pagamento. Esta modalidade de veiculação da imagem vem aumentando de modo irrefutável. É exemplo típico o modelo que, mediante o pagamento de determinado valor, consente que sua imagem seja veiculada. Também em hipóteses como esta, o uso da imagem deve ser nos limites do que foi previsto. “Se recebem pagamento, há de se entender que é para o uso expressamente previsto, não para qualquer outro, não incluído, hipótese que poderá ser reconduzida à de uma fotografia tomada sem a autorização do interessado”¹¹⁰ 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.

No mesmo sentido, Berti¹¹¹: “Nos contratos de comercialização da imagem, de grande incidência nos dias de hoje, o consentimento deve ser expresso e preciso. E não

¹¹⁰ CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 240, p.26, 1970.

¹¹¹ BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 104.

constitui, pode-se afirmar, atentado à regra geral da indisponibilidade dos direitos da personalidade”.

O consentimento para uso da imagem, seja tácito ou expresso, gratuito ou mediante pagamento, tem limites. O Professor De Cupis¹¹² estabelece hipóteses e limites para o uso da imagem: a) alguém permite ser retratada para deixar uma recordação uma a determinada pessoa: o retrato não pode rodar o mundo, pois a pessoa ao consentir que fosse tirada a fotografia, o fez para um fim determinado e não para outros fins (ex.: propaganda política); b) se a pessoa consente em divulgar sua própria imagem por um modo, sua imagem não pode ser divulgada por outro (ex.: consente tirar a foto para uma vitrine e não pode ser usada para cartão postal); c) se a pessoa consente ter a imagem usada por determinado tempo, não pode a publicidade durar indefinidamente; d) se a pessoa consente divulgar a imagem perante certas pessoas, perante os outros resta inalterado o direito à imagem.

Além das hipóteses acima mencionadas pelo

¹¹² DE CUPIS, loc. cit., p.296-297.

Professor italiano, outras existem e podem bem demonstrar a necessidade de se fixar, com clareza, os limites do consentimento.

3.5.1 USO DA IMAGEM CONTRA A VONTADE DO INTERESSADO

A imagem pode também ser usada contra a vontade da pessoa interessada, podendo ser ofensiva ou não a esta.

Uso contra a vontade do interessado. Trata-se de uso indevido, violador do direito à imagem. Pode ter fim lucrativo ou apenas o de satisfazer a curiosidade ilegítima do público. Pode ocorrer sob vários aspectos: “em retratos pintados à mão, reprodução de imagens por meio de fotos, filmes, mudos ou falados, imagens em alto ou baixo relevo, figuras de gesso, madeira, mármore, acrílico, vidro, metal, cimento, massa, etc.”¹¹³.

Todavia, a publicação de imagem desacompanhada da manifestação de vontade favorável da pessoa

¹¹³ CHAVES, op. cit., p.40.

fotografada pode acarretar o dever de indenizar. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Direito à imagem. Fotografia. Publicidade comercial. Indenização. Ação de reparação de dano procedente. A divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial implica locupletamento ilícito à causa de outrem, que impõe a reparação do dano. Recurso extraordinário não conhecido”¹¹⁴.

Uso ofensivo e torpe. É, certamente, o modo mais agressivo à personalidade da pessoa. O uso da imagem da pessoa, associada a fatos jocosos, desairosos ou maléficos, é ofensivo e deve ser repellido, pois fere ao mesmo tempo outros direitos, como a honra, a moral, a reputação. Tal prática não deve ser tolerada, impondo-se o dever de indenizar.

4 DIREITO PENAL

O Direito Penal praticamente tem ignorado o bem jurídico imagem. O legislador parece não ter tido

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 95.872-0. *Revista dos Tribunais*, v. 568, p.214, 1983.

preocupação em protegê-la. O Código Penal não tipificou a conduta lesiva à imagem. Apenas o Estatuto da Criança e do Adolescente, editado em 1990, criou o tipo penal, incriminando esta conduta.

4.1 O CÓDIGO PENAL

O Código Penal brasileiro, instituído pelo Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, cuidou de penalizar condutas lesivas a direitos próprios da personalidade humana. Todavia, não estabeleceu norma penal incriminadora da conduta violadora do direito à imagem. Nem mesmo a reforma penal, implantada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, tratou do tema. Há, portanto, uma lacuna deixada pelo legislador, que precisa ser suprida com a edição de uma norma penal incriminadora da conduta lesiva à imagem.

4.2 A PROTEÇÃO PENAL DO DIREITO À IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei nº 8.069/90, entretanto, tipificou

algumas condutas lesivas à imagem. Tratam-se, no entanto, de normas jurídicas penais especiais, aplicáveis apenas à criança e ao adolescente. Têm, portanto, destinatários específicos.

“Art. 240. Produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou de película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, nas condições referidas neste artigo, contracena com criança ou adolescente”.

O legislador tipificou várias condutas: produzir, dirigir e contracenar. Trata-se, portanto, de crime de ação múltipla ou conteúdo variado. A prática de qualquer uma dessas condutas por parte do agente realiza o tipo penal.

Segundo Mônaco da Silva¹¹⁵, o agente que produzir ou dirigir espetáculo teatral, televisivo ou cinematográfico, com a utilização de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfico ficará sujeito às penas

¹¹⁵ MÔNACO DA SILVA, José Luiz. *Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.405.

previstas no artigo acima mencionado. A *mens legis* é coibir a presença de criança ou adolescente em ambiente pernicioso à sua formação moral e intelectual. Por esta razão, tipifica a conduta do agente que produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou cinematográfica. Na mesma pena incorre quem contracenar com criança ou adolescente.

”241. Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente:

Pena - reclusão, de um a quatro anos”.

O legislador menorista tipificou também outras condutas. Quem fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente comete crime e fica sujeito a uma pena de reclusão de um a quatro anos.

De outra parte, está a merecer tipificação penal a transmissão de cenas lesivas à imagem de pessoas, feita através da internet. O Professor Chaves¹¹⁶ informa que, até recentemente,

¹¹⁶ CHAVES, Antônio. Imprensa. captação audiovisual. Informática e os direitos da personalidade. São Paulo, *Revista Forense*, v.338, p.17-42.

participavam desta rede 159 países e cerca de 40 milhões de usuários e que, só no Brasil, são 45 mil. Este número, certamente, já é bem maior.

5 O DIREITO ELEITORAL

O Direito Eleitoral, ramo do Direito Público, também tem se ocupado do bem jurídico imagem, protegendo-o contra seu uso indevido. O Código Eleitoral, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos e outras disposições normativas têm buscado proteger o direito à imagem.

5.1 O CÓDIGO ELEITORAL

O Código Eleitoral, instituído pela Lei nº 4.737/65, estabelece proteção à imagem, embora o faça de modo reflexo. Ao proteger a honra da pessoa, proibindo a calúnia, a injúria e a difamação, está vedando que seja utilizada a imagem para praticar ilícitos.

“ Art. 243. Não será tolerada propagando:

XI - que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

Par. 1º O ofendido por calúnia, difamação ou injúria, sem prejuízo e independentemente da ação penal competente, poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral respondendo por este o ofensor e, solidariamente, o partido político deste, quando responsável por ação ou omissão, e quem quer que favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele”.

5.2 A LEI ORGÂNICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS

A Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, dispõe sobre a organização dos partidos políticos. E ao disciplinar o acesso gratuito destes ao rádio e à televisão, cuidou, de modo expresso, de proteger a imagem.

“Art. 45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade:

I - [...]

II - [...]

III - a utilização de imagens ou cenas

incorretas ou incompletas, efeitos ou quaisquer outros recursos que distorçam ou falseiem os fatos e a sua comunicação”.

5.3 A LEI Nº 9.504, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997

A Lei nº 9.504/97 estabeleceu normas que devem ser observadas durante o processo eleitoral. A preocupação do legislador, neste campo, está demonstrada em pelo menos dois artigos.

Primeiramente, no art. 53, trata-se da imagem de modo indireto, ao não permitir propaganda que possa degradar ou ridicularizar o candidato, bem como ofender sua honra, a moral ou os bons costumes, que podem, inegavelmente, ser violados por meio do uso indevido da imagem. Em seus parágrafos, também se cuidou de proteger a imagem.

“Par. 1º. É vedada a veiculação da propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, sujeitando-se o partido ou coligação infratores à perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuita do dia seguinte.

Par. 2º. Sem prejuízo no disposto no parágrafo anterior, a requerimento de partido, coligação

ou candidato, a Justiça Eleitoral impedirá a reapresentação de propaganda ofensiva à honra de candidato, à moral e aos bons costumes”.

Mais adiante, em outro artigo, o legislador voltou a estender proteção sobre o direito à imagem.

“Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social”.

6 DIREITO PROCESSUAL PENAL

A imagem está protegida também pelo Código de Processo Penal. Este não permite que seja dada publicidade de audiência, sessão ou ato processual, caso isto possa resultar em escândalo, inconveniente ou grave perigo de perturbação da ordem. Se tais conseqüências forem possíveis, caberá ao juiz, tribunal, câmara ou turma determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, o que poderá ser feito de ofício ou a

requerimento da parte ou do Ministério Público.

“Art. 792. As audiências, cessões e atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com a assistência de escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certas, ou previamente designados.

Par. 1º. Se da publicidade da audiência, cessão ou ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

Par. 2º. As audiências, as cessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada”.

Deste modo, embora sem destruir o princípio da publicidade dos atos processuais, pode-se impedir a divulgação da imagem de alguns sujeitos do processo. A imagem, portanto, embora não de modo expreso, encontra proteção jurídica na lei processual penal.

7 DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O processo é instrumento da jurisdição. Através dele o Estado atua a jurisdição, buscando solucionar os conflitos deduzidos em juízo.

Aquele que se sentir lesado em seu direito à imagem, poderá buscar os meios judiciais adequados para ser ressarcido. Para isso, o direito processual civil coloca à sua disposição os meios necessários. Todavia, o Estado-jurisdição somente poderá atuar, se houver provocação da parte ofendida ou de seu representante legal. Isto ocorre por força do princípio da inércia (art. 2º do CPC). A máquina judiciária do Estado só pode ser acionada pela parte, posto que, na ordem processual civil, a regra é não se admitir a proteção jurisdicional de ofício.

Por outro lado, a lei possibilita que a pessoa proteja seu direito mesmo sem usar a proteção jurisdicional, valendo-se, em certas circunstâncias, de sua própria força. Assim, a pessoa lesada ou ameaçada de lesão poderá valer-se do desforço

possessório.

O Código de Processo Civil e a legislação especial contêm medidas e ações que podem ser promovidas para salvaguardar o direito à imagem. Sem prejuízo de outras, pode-se mencionar: a) a interpelação e notificação; b) ação cautelar inominada; c) ação cautelar de busca e apreensão; d) ação de interdito proibitório; e) tutela antecipatória; f) ação declaratória; g) ação de reintegração de posse; h) ação de mandado de segurança; ação de indenização.

7.1 INTERPELAÇÃO E NOTIFICAÇÃO

A interpelação e a notificação são medidas judiciais previstas no Código de Processo Civil, que as disciplina a partir do art. 867. Tais medidas podem ser utilizadas na proteção do direito à imagem.

O titular do direito à imagem poderá notificar qualquer pessoa para fazê-la abster-se de usar sua imagem

indevidamente. Também poderá interpelar pessoa física ou jurídica sobre aspectos relativos a sua imagem, exigindo resposta às indagações que formular.

7.2 AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

Esta ação tem por escopo evitar dano iminente à pessoa interessada. Está prevista no art. 798 do CPC, que assim estabelece: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Na ação cautelar inominada, por decisão liminar, é possível evitar violação ao direito à imagem. Todavia, a ação cautelar, como todas as demais, fica subordinada às exigências do art. 267, inciso VI, do CPC. Ausente uma das condições da ação, esta não prospera, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito.

Ademais, para que seja concedida a liminar na ação cautelar, é necessária ainda a presença de dois requisitos específicos: *fumus boni iuri* e *periculum in mora*. O *fumus boni iuri* é a aparente existência do direito, ou seja, um juízo de verossimilhança ou de probabilidade do direito a ser alcançado por meio de ação principal. O *periculum in mora* é o risco existente na demora da prestação jurisdicional na ação principal. Pode ser que o pedido formulado na ação principal seja julgado procedente, mas, por demasiado tarde, já não mais atenda ao interesse da parte. E este risco pode ser evitado com uma medida liminar obtida no bojo de uma ação cautelar inominada.

É assim que a liminar, concedida no processo da ação cautelar, poderá evitar a lesão ao direito da pessoa. Pode ocorrer, por exemplo, que a imagem deste esteja prestes a ser divulgada e, liminarmente, a prática de tal ato seja obstada.

7.3 AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO

A ação de busca e apreensão, admitida para o caso de violação do direito à imagem, está prevista no art. 839 do CPC: “O juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas”. Em inúmeros casos, tem sido concedida medida liminar de busca e apreensão de materiais - filmes e fotografias, por exemplo - prestes a serem divulgados ao público, por serem lesivos ao direito à imagem do interessado.

Esta ação cautelar pode ser intentada em dois momentos distintos: antes da ação principal, sendo preparatória (antecedente), ou durante o curso da ação principal (incidental), mas sem perder o caráter preventivo e provisório. Em ambas as hipóteses, no entanto, tem natureza cautelar. A medida cautelar concedida liminarmente funciona como instrumento garantidor da eficácia da tutela a ser concedida no processo principal. Adverte o Professor Theodoro Júnior¹¹⁷ que a busca e apreensão, regulada nos arts. 839 a 843 do CPC, e que deve seguir o procedimento

¹¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 16. ed. São Paulo: Leud, 1995. p.282-283.

comum previsto nos arts. 801 a 803, também do CPC, é unicamente medida cautelar, que só pode ser deferida mediante comprovação dos requisitos específicos do processo cautelar: *fumus boni iuris e periculum in mora*.

A ação cautelar de busca e apreensão, como o próprio nome está a dizer, tem natureza cautelar, não se confundindo com outra ação de busca e apreensão prevista no Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Como se sabe, esse ato normativo cuidou da propriedade fiduciária, disciplinando a busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente, objetivando consolidar a posse e o domínio do adquirente fiduciário.

O Decreto-lei nº 911/69 prevê a concessão de medida liminar, que tem natureza satisfativa. Ensina Theodoro Júnior¹¹⁸ que esse procedimento, que se inicia com o ato processual da busca e apreensão, é de cunho *satisfativo* e nada tem de cautelar ou preventivo. Trata-se de ação autônoma, principal, definitiva e não acessória ou provisória, não sendo, portanto, nem anterior nem posterior a qualquer outra.

¹¹⁸ Ibid, p.284.

A ação de busca e apreensão, fundada no Decreto-lei nº 911/69, difere da ação cautelar de busca e apreensão fundada nos arts. 839 e seguintes do CPC. Nesse sentido, têm se pronunciado os tribunais: “A busca e apreensão sob o comando do Dec.-lei 911/69 é processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior. Não se confunde, portanto, com a medida cautelar prevista nos arts. 839/843 do CPC, que é procedimento dependente sempre do processo principal” (Ac. unân. da 3ª Câm. do TJSC de 16.8.83, no agr. 2.416, rel. des. Aluizio Blasi).

Pode-se concluir, portanto, que há duas espécies de ações de busca e apreensão: uma de natureza cautelar, possível de ser manejada para proteger a imagem como bem jurídico autônomo; outra de natureza satisfativa, destinada a consolidar a posse e o domínio da propriedade fiduciária. Assim entendem os tribunais:

“A busca e apreensão, quanto à sua natureza, pode ser medida cautelar ou medida satisfativa. Na primeira hipótese, serve à atuação de outras

medidas de igual característica, ou desempenha, por si só, a função de assegurar o estado de fato necessário à atuação útil e eficiente do processo principal, diante do *periculum in mora*. Já na segunda hipótese, serve à correta realização de um direito, como, por exemplo, no caso de execução para entrega de coisa certa”¹¹⁹.

7.4 AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO

Este remédio processual pode ser manuseado pela pessoa interessada, que tenha justo receio de ser molestada na posse. Reza o art. 932 do CPC: “O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”.

Esta norma permite a qualquer um dos possuidores - direto ou indireto - a lançar mão do interdito proibitório. Esta proibição pode vir acompanhada de uma pena pecuniária para o caso de descumprimento da ordem proibitiva. A

¹¹⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Alçada de São Paulo. Apelação Cível 159.200. *Revista do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo*, v. 85, p.280.

doutrina admite, inclusive, o cabimento de interdito proibitório em relação a coisas incorpóreas. É a lição do Professor Furtado¹²⁰: “As coisas incorpóreas são suscetíveis de posse e, portanto, podem ser também objeto de proteção possessória. Com efeito, sobre tudo o que possa ser objeto de propriedade podem-se igualmente exercer os poderes a ela inerentes e os atos caracterizadores da exteriorização dela”.

7.5 A TUTELA ANTECIPATÓRIA

Assim como a tutela cautelar, da qual acima se tratou, é perfeitamente cabível a tutela antecipatória para proteger direito à imagem. Antes admitida apenas pelos tribunais, agora é matéria consagrada pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, inserida no contexto da reforma do Código de Processual Civil.

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

¹²⁰ FURTADO, Adroaldo Fabrício. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. V. VIII, T. III, p.467.

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

A concessão de pedido de tutela antecipatória depende da presença dos seguintes requisitos específicos: a) requerimento da parte; b) prova inequívoca dos fatos narrados na inicial; c) convencimento do juiz quanto à verossimilhança das alegações da parte; d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; e) existência de abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu.

Analisando a técnica de antecipação da tutela prevista na mencionada norma processual, escreve o Professor Marinoni¹²¹ que ela permite dar tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão. O direito que pode ser evidenciado de plano exige uma tutela imediata e o legislador responde a tal necessidade tornando viável a antecipação quando, evidenciado o direito, a defesa é exercida

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995. p.31

de modo abusivo. No caso de risco de lesão, a tutela antecipatória funda-se na probabilidade da existência do direito e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

7.6 AÇÃO DECLARATÓRIA

É conhecida a classificação das ações que, embora sem uniformidade doutrinária, pode ser assim concebida:

a) ação condenatória; b) ação declaratória; c) ação constitutiva; d) ação executiva; e) ação mandamental.

É possível que o autor queira uma prestação jurisdicional que apenas declare a existência ou inexistência de algo, tendo por objetivo apenas encerrar o estado de incerteza existente.

Reza o Código de Processo Civil:

“Art. 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II - da autenticidade ou da falsidade de documentos.

Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a *violação do direito*".

Em comentário a este dispositivo legal, observa o Professor Barbi¹²² que, além da incerteza jurídica, objetiva e atual, é necessário que haja um dano para o autor, no caso de não conseguir obter a declaração judicial. Esse dano, prossegue, pode ser econômico ou moral e deve ser examinado em função da personalidade do autor, sua posição no meio ambiente, sua profissão e outras circunstâncias.

7.7 AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

O Direito, que estende proteção jurídica à propriedade, o faz também em relação à posse, que tem valor econômico e, por tal razão, é merecedora da tutela jurisdicional.

A regra processual básica está no art. 926 do

¹²² BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. V. I, p.64.

CPC: “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho”. Assim, em duas hipóteses pode-se conceber o manuseio da ação possessória contra aquele que, indevidamente, nega-se a devolver ou pretende desapossar da pessoa materiais que contêm sua imagem.

7.8 AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA

O instituto do mandado de segurança, nascido do ventre do *habeas corpus*, também pode ser utilizado na proteção do direito à imagem. É possível imaginar que o Estado possa ser sujeito passivo de uma relação jurídico-processual na qual o particular busca proteger seu direito à imagem. Basta que a ilegalidade ou abuso de poder seja praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público e que se trate de proteger direito líquido e certo.

O Professor Reale¹²³ refere-se à existência de poderes avassaladores pertencentes ao Estado. Os processos eletrônicos, postos à disposição do Estado ou das empresas que

¹²³ REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984. p.20.

dominam os canais de comunicação, com muita frequência ultrapassam limites éticos traçados pelo círculo da personalidade humana. Deste modo, não se deve ignorar que o Estado pode causar dano à imagem da pessoa. Daí a possibilidade de ser utilizado o mandado de segurança, até mesmo preventivamente, para impedir que o direito à imagem da pessoa seja lesado pela ação nefasta de quem estiver procedendo em nome de alguma entidade ou ente estatal.

A Constituição Federal de 1988, seguindo as passadas das cartas anteriores, consagrou o mandado de segurança como direito (melhor seria dizer *garantia*) elencado no rol destinado aos direitos fundamentais da pessoa humana. Reza o art. 5º, inciso LXIX: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso do poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

A Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951,

disciplinadora do mandado de segurança, foi recepcionada pela Carta de 1988 (assim como já ocorrera com a de 1967, modificada em 1969), de modo que suas disposições podem ser aplicadas, no que couber, aos casos concretos.

A ação mandamental poderá ser manuseada para proteger a imagem da pessoa, quando presentes estiverem os requisitos exigidos pela norma constitucional e pelo artigo 1º da mencionada lei ordinária. Se for, por exemplo, uma autoridade pública que estiver causando dano ao direito à imagem da pessoa, poderá esta valer-se do *writ* constitucional, a fim de proteger seu direito.

7.9 AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

É princípio consagrado no campo da responsabilidade civil que a todo dano corresponde a respectiva indenização. O bem jurídico lesado precisa ser restabelecido ao *stato quo ante*, o que se faz, pelo menos em tese, mediante o pagamento de indenização.

Quem causa lesão ao direito à imagem fica compelido a indenizar. Face à autonomia deste direito, não se exige a existência de dano material ou moral a outro direito da personalidade, como honra, intimidade ou outro qualquer, sendo cabível a indenização só pelo fato de o direito à imagem ter sido violado.

O dever de indenizar existe quando estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: a) ação ou omissão do agente; b) culpa do agente; c) resultado lesivo; d) nexo de causalidade.

Todavia, já há, na doutrina, argumentação no sentido de que não se faz necessária a existência de culpa. “Mesmo que inexistisse culpa, ainda assim, pelo fato da violação, impõe-se a necessidade de indenização do lesado...”¹²⁴. O acolhimento desta tese levaria à consagração da responsabilidade objetiva.

¹²⁴ BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais na atividades empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.35.

A indenização pode ser composta de danos emergentes e lucros cessantes, bem como pelo dano moral. Os lucros cessantes e os danos emergentes têm natureza patrimonial. No que tange à fixação do dano moral, deve-se ter em consideração: a) o direito atingido; b) o vulto da campanha publicitária; c) a ausência do consentimento do ofendido; d) os valores devem ser compatíveis com a expressão que tem a pessoa perante a sociedade.

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar que a indenização por dano moral, mesmo que cumulada com o dano material, tornou-se pacífica no Direito brasileiro, após longa disputa doutrinária e jurisprudencial. Consagrado de modo expreso pela Constituição de 1988 (art. 5º, incisos V e X), o dano moral é hoje matéria sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (Súmula nº 37).

A doutrina tem procurado mostrar os objetivos da indenização em decorrência da lesão à imagem. Tais objetivos consistem em: a) devolver ao lesado o equilíbrio patrimonial rompido com o ilícito; b) fixar o valor da indenização em valor que venha compensar os prejuízos sofridos; c) fazer com que o valor da indenização sirva também de desestímulo a novas práticas violadoras do direito à imagem. Assim, tem se afirmado que, “neste campo, a fixação do valor da indenização como fator de desestímulo a novas práticas ilícitas é a grande conquista da jurisprudência, depois de muitos debates a respeito”¹²⁵.

Há vários entendimentos acerca da fixação dos valores a serem pagos ao lesado a título de indenização pelo uso indevido da imagem. Dentre as várias posições, destaca-se a construída pelos autores antes mencionados, que apresentam a seguinte proposta para se atingir o valor da indenização: a) como indenização por dano moral, a verba deve ser fixada no dobro do valor de um contrato, a preço de mercado, que se faria em tal situação, com a pessoa cuja imagem foi usada; b) como dano emergente, o valor que deixou de ser pago pela ausência de

¹²⁵ Ibid., p.58.

consulta; c) como lucro cessante, os negócios e oportunidades que perdeu, ou poderá perder, a pessoa cuja imagem foi usada¹²⁶.

¹²⁶ Ibid , p.60.

CAPÍTULO IV

RESTRIÇÕES AO DIREITO À IMAGEM

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Procurou-se demonstrar, até aqui, que o direito à imagem tem merecido tutela jurídica em vários de seus aspectos. Todavia, este direito, como qualquer outro, pode sofrer limitações. E já é tempo de analisar algumas das limitações que lhe são importas.

Serão abordadas, neste Capítulo, algumas limitações ao direito à imagem, deixando bem claro que, além destas, há outras que podem ser acrescentadas a este rol meramente exemplificativo.

Deste modo, a imagem pode sofrer limitações nas seguintes hipóteses: a) no interesse da segurança nacional; b) no interesse da investigação criminal; c) no interesse da História; d) no interesse da saúde pública; e) no interesse sobre figuras

públicas; f) no interesse sobre eventos públicos; g) no interesse da informação; h) pelo consentimento do interessado.

2 O INTERESSE DA SEGURANÇA NACIONAL

A segurança nacional deve ser instrumento utilizado para a consecução do bem da coletividade. Trata-se de valor que interessa ao Estado e à Nação, e deve ser desejo de cada pessoa garantir essa segurança a todos.

A Constituição Federal instituiu mecanismos de defesa do Estado Democrático e das instituições, permitindo ao Presidente da República, face a certas circunstâncias de fato, decretar estado de defesa (art. 136) e estado de sítio (arts. 137 a 139). De outro lado, tornou inafiançável e imprescritível o crime praticado por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inciso XLIV).

O direito à imagem pode sofrer limitações.

Tem se entendido que, em certas circunstâncias, sobre ele deve

prevalecer o interesse da segurança nacional. O Professor Dotti¹²⁷, ao abordar as limitações à vida privada, anota que, no interesse da segurança nacional, também é admissível a invasão da privacidade, quer pela obtenção da imagem, quer pela colheita de elementos de prova por meios acústicos ou de outra natureza. Mas, acrescenta, para que a liberdade de informação exercida pelo Estado não seja feita ao arbítrio de seus agentes, é imprescindível que as hipóteses de justa causa, em nome da segurança nacional, sejam explícitas.

3 O INTERESSE NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O Estado detém o monopólio da prestação jurisdicional penal. Havendo indícios de autoria e materialidade de um delito, deve o Estado instaurar a ação penal, a fim de processar e julgar o autor do fato delituoso.

A tarefa de punir os que praticam alguma espécie de delito é árdua. Muitas vezes, face ao alto grau de

¹²⁷ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.197.

sofisticação da atividade delitativa, é enorme a dificuldade para efetuar a prisão do delinqüente. Em hipóteses assim, a publicação da imagem é medida lícita, podendo ser feita sem qualquer consentimento prévio. O interesse da polícia ou da justiça pode se constituir em justa limitação ao direito à imagem.

Costa Júnior¹²⁸ afirma que seria lícito publicar a fotografia daquele que se evadiu do cárcere ou do manicômio, de pessoa procurada pela polícia ou pela justiça e de pessoa perdida. Não se justificaria, entretanto, publicar a fotografia de um condenado, que já tivesse recebido a pena e que não mereceria, conseqüentemente, tê-la ainda agravada, pela sua divulgação desnecessária.

Tem se entendido que a publicação do retrato falado do criminoso também não significa lesão ao direito à imagem. Trata-se de uma limitação ao direito à imagem. Torres¹²⁹ afirma que esta limitação faz sentido, pois não se poderia permitir que um criminoso se opusesse à reprodução e difusão de seu

¹²⁸ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.46.

¹²⁹ TORRES, Patricia de Almeida. *Direito à própria imagem*, São Paulo: LTr, 1998. p.93.

retrato falado. Todavia, adverte que isso é lícito apenas quando está ligado ao delito cometido. Qualquer veiculação que tenha por objetivo outro propósito torna-se ilícita, podendo o titular da imagem opor-se à veiculação.

Por outro lado, não se justifica a divulgação da imagem de pessoa que já cumpriu a pena a que foi condenada. Em harmonia com o pensamento de Paulo José da Costa Junior, afirma Durval¹³⁰ que o condenado fica marcado. Mas tendo cumprido a pena para com a sociedade ofendida, ele se reintegra ao convívio social, e adquire o *direito ao esquecimento* de seu passado criminoso, que não seria lícito reviver sob a “nova imagem”.

4 O INTERESSE DA HISTÓRIA

Há pessoas que se notabilizam por seus feitos. No curso da vida, com seus atos, escrevem páginas que ficam gravadas na História. Tão nobres são seus feitos que devem ser conhecidos do público, até como exemplos aos mais jovens. Se se

¹³⁰ DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*, São Paulo: Saraiva, 1988, p.132.

olhar para trás, ou mesmo para o lado, encontra-se um sem número de pessoas com tais virtudes.

A História precisa ser o espelho fiel do tempo.

Em nome desta verdade, os fatos e a imagem de certas pessoas podem e precisam ser divulgados, independentemente da existência ou não de autorização. Mais do que à pessoa, sua imagem, bem como os fatos de que participou, pertencem à própria História.

Quem teve uma vida notabilizada por grandes feitos não pode exigir reserva absoluta. Sua imagem pode ser divulgada sem seu consentimento, o que não significa violá-la. Ao contrário, conforme mostra o Professor Dotti¹³¹, há certos detalhes da vida, do comportamento, de trechos da existência de algumas pessoas que merecem não somente o registro para sua compreensão, como também o relato fiel à medida que este objetivo seja possível. Nesta perspectiva se destaca a crônica de personagens célebres, cuja biografia ou referência a atitudes e

¹³¹ DOTTI, op. cit., p.205.

idéias servem para compor um patrimônio destinado à crítica objetiva da posteridade e ao julgamento da História.

5 O INTERESSE CIENTÍFICO, DIDÁTICO OU CULTURAL

A Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, protege as criações intelectuais e permite que a imagem da pessoa seja divulgada por fotografia ou por outro meio, a fim de promover obras científicas ou didáticas.

“Art. 51. É lícita a reprodução de fotografia em obras científicas ou didáticas, com a indicação do nome do autor, e mediante o pagamento a este de retribuição eqüitativa, a ser fixada pelo CNDA (Conselho Nacional de Direitos Autorais)”.

O interesse científico justifica a restrição à imagem da pessoa. Agora mesmo o mundo está a vivenciar um fato notável da vida humana: cientistas clonam ovelhas!

Como se tudo isso não bastasse, anunciam ao mundo que estabeleceram o domínio sobre a técnica em seus laboratórios e estão prontos para clonar seres humanos, feitos à imagem e semelhança do Criador. O que antes nem em sonho (ou em pesadelo) era possível, agora está ao alcance do homem. Basta querer!

Mas, quem é este que, na solidão de seu laboratório, sem a participação afetiva de outrem, gerando a centelha da vida, é capaz de povoar o mundo de homens e mulheres? O interesse científico, bem como o interesse público, estão a justificar restrições à imagem deste “criador”, bem como à imagem dos *filhos* gerados através deste processo de criação da vida humana.

Mas, como se sabe, um ato de difusão pode ter várias finalidades. Pode ter finalidade científica, didática ou cultural.

Pode também ter finalidade lucrativa. Às vezes, ambas coexistem. Adverte Notaroberto Barbosa¹³² que, hoje em dia, quase todos os meios de comunicação de massa visam o lucro. Desta forma, informação é mercadoria e, portanto, a difusão da imagem de uma pessoa famosa em jornal, revista ou televisão é feita não somente com o objetivo de informar, mas também de proporcionar lucro ao meio de comunicação. Conclui afirmando que deve ser analisado, em cada caso, se a função informativa ou cultural se sobrepõe ao intuito de lucro. Se isto se verificar, há limitação ao direito à imagem. Se a finalidade precípua for a obtenção do lucro, então o direito à imagem não pode ser limitado.

6 O INTERESSE DA SAÚDE PÚBLICA

A saúde é direito de toda pessoa. É, também, dever do Estado (art. 196 da Constituição Federal). Bem de fundamental importância, recebe proteção jurídica em todos os planos normativos.

¹³² NOTAROBERTO BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.83.

O direito à imagem pode sofrer limitações em favor do interesse da saúde. É possível que, em certas circunstâncias, este tenha preponderância sobre aquele. Seria correto, então, o uso da imagem do portador de uma doença, a fim de levar ao conhecimento público os riscos por ela representados.

O Professor Araújo¹³³, exemplificando o fato com o caso hipotético de um indivíduo que sofre de doença transmissível gravíssima, e da qual ele não tem conhecimento, pondo em risco toda a sociedade. Neste caso, ele não pode impedir ou pretender indenização se o órgão de saúde pública, afixar cartazes noticiando tal fato. Em casos assim, não há violação à imagem e não cabe indenização. O retrato do indivíduo deve ser divulgado e não caracteriza lesão ao direito à imagem, quando isso for feito em benefício da saúde pública.

¹³³ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.69.

O Professor Dotti¹³⁴, ao tratar do interesse da saúde pública como limitador do direito da intimidade à vida privada, assevera: “Ninguém poderia sustentar a existência do direito à intimidade da vida privada - e outros direitos da personalidade - como oponível ao interesse coletivo de combater uma epidemia”. A razão está em que, nesta hipótese, deve preponderar o interesse coletivo sobre o direito à imagem, sem que este seja eliminado.

7 O INTERESSE SOBRE FIGURAS PÚBLICAS

As pessoas públicas também suportam restrições em seu direito à imagem. Não podem, em princípio, impedir que sua imagem seja reproduzida. “Esta exclusión de la posibilidad de reproducir nuestra imagen por terceras personas no ataca el derecho propio cuando se trata de persona que ejerza cargo público o una profesión de gran proyección o notoriedad...”¹³⁵, ficando sujeitas à reprodução de sua imagem,

¹³⁴ DOTTI, op. cit., p.204.

¹³⁵ MOTES, Carlos Maluquer de. *Derecho de la persona y negocio juridico*. Barcelona: Bosch, 1993. p.39. Tradução livre: “Esta exclusão da possibilidade de reproduzir nossa imagem por terceiras pessoas não ataca o direito próprio quando se trata de pessoa que exerça cargo público ou uma profissão de grande projeção ou notoriedade...”.

pois isto atende ao interesse do público sobre fatos referentes a pessoas detentores de notoriedade.

Tem se considerado que a pessoa que adquire notoriedade fica exposta aos riscos da publicidade e que o público em geral tem o direito de saber detalhes de sua vida. René Savatier¹³⁶ chega a afirmar que “l’homme politique, et plus généralement même, l’homme public, entr’ouvre sur ses contemporains les portes de son intimité”.

Esta posição é exagerada. Não parece correto afirmar que o homem, pelo simples fato de ter se tornado público, permitiu automaticamente o rompimento de sua cidadela, abdicando dos direitos à intimidade e à imagem. O fato de ter se tornado público não significa que ele tenha que ser exposto. Sua imagem não pode ser banalizada, servindo de meio de satisfação à curiosidade pública. O uso da imagem da pessoa pública deve estar relacionado com a necessidade da informação, cedendo-se a esta apenas quando as razões forem relevantes.

¹³⁶ SAVATIER, René. *Le droit de l’art et des lettres*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953, p. 84. Tradução livre: “o homem político e, mais geralmente, o homem público, entreabre para seus contemporâneos as portas de sua intimidade”.

A liberdade de divulgar a imagem de pessoas notórias é legítima. Todavia, conforme adverte o Professor Dotti¹³⁷, esta liberdade de informação tem limites. As pessoas célebres devem ser protegidas contra as divulgações que possam produzir danos à honra, ao decoro e à reputação. Em outras palavras, deve-se respeitar o direito à informação, mas sem violar o direito à imagem. A Professora Berti¹³⁸ tem idêntica opinião:

“Às pessoas públicas não é dado o poder de exercer rígido controle de sua imagem, que, em princípio, pode ser livremente captada e reproduzida. Deve-se, porém, considerar que a imagem doméstica, ou seja, captada em recinto privado, como o domicílio do sujeito, ou seu local de trabalho, depende, para a lícita publicação, do consentimento do retratado”.

A imagem de uma figura pública pode ser veiculada de várias maneiras. A caricatura é uma delas. E os critérios para saber se houve violação ao direito à imagem são os mesmos que se apontou acima.

¹³⁷ DOTTI, op. cit., p.210.

¹³⁸ BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 57-58.

No mês de agosto deste ano, Romário, ex-jogador de futebol da Seleção Brasileira decorou, com caricaturas, um bar temático que fez construir na Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro. Dentre os “homenageados” estão Zico, ex-jogador de futebol e ex-cordenador técnico da Seleção Brasileira, e Zagallo, ex-jogador e ex-treinador da Seleção Brasileira de Futebol. Todavia, a caricatura com a imagem de Zico e Zagallo ocupam as duas portas do banheiro do bar: Zico segura um rolo de papel higiênico e Zagallo aparece sentado sobre o vaso sanitário. O autor da “homenagem” manifestou sua expectativa de que as pessoas reproduzidas pelas caricaturas não viessem a ficar ofendidas: “Espero que eles não fiquem chateados”¹³⁹.

Mas a expectativa expressada pelo “*Endemoniado*” tetracampeão e artilheiro da Copa do Mundo de 1994, realizada nos Estados Unidos da América, parece não ter se confirmado. Sentindo-se lesado em seu direito à imagem, Mário Jorge Lobo Zagallo anunciou o ingresso em juízo de uma ação de reparação por danos morais pleiteando indenização. Consoante a

¹³⁹ *Folha de São Paulo*, São Paulo, 1.ago.1998. Ano 78 Caderno de Esportes, p.11.

afirmativa de seu procurador jurídico, os valores poderão superar as cifras de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)¹⁴⁰.

8 O INTERESSE SOBRE EVENTOS PÚBLICOS

Há certos eventos que precisam ser levados ao conhecimento do público, pois são de interesse geral. Isso decorre dos direitos à informação e a ser informado. A pessoa que comparece a eventos desta natureza não pode impedir que sua imagem seja captada e divulgada. Se o acontecimento tem caráter público e a ele comparece, a pessoa fica sujeita a ser alcançada pela publicidade dada ao evento. Porém, isso deve ser feito dentro de certos critérios.

Há quem entenda ser ilimitado o direito de captar e divulgar a imagem de pessoas que comparecem a evento de natureza pública. Argumenta-se que, ao comparecer ao evento, a pessoa abriu mão de sua intimidade, consentindo tacitamente em ser fotografada e em ter sua imagem publicada.

¹⁴⁰ *Folha de Londrina/Folha do Paraná*. Londrina, 10.ago.1998, Caderno de Esportes, p.3

Em contestação, sustenta-se que o fato de uma pessoa comparecer a um evento público não significa que tenha abdicado de seu resguardo. Mesmo participando de eventos em lugares públicos, a pessoa mantém intacto o seu direito de não ser fotografada e de não ter sua imagem publicada.

Notaroberto Barbosa¹⁴¹ assevera que uma coisa (estar em público) não leva, automaticamente, à outra (abdicar do direito de não ter sua imagem divulgada). Mas o autor admite que o indivíduo retratado em cenário público, ou no curso de acontecimentos sociais, não sofre ofensa ao direito à própria imagem se o mais importante da fotografia for o *décor*, e não a figura, e ainda, se a utilização da imagem não for de cunho comercial. Assim, poder-se-ia concluir 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.

Cabe aqui uma observação acerca da chamada publicidade institucional. Pode haver a divulgação da imagem de

¹⁴¹ NOTAROBERTO BARBOSA, op. cit., p.86-87.

pessoa, sem que exsurja o direito à indenização. Se o que predominou foi a divulgação de evento público e a imagem da pessoa fazia parte dos fatos e não houve interesse comercial na divulgação, tudo foi legítimo. Assim têm decidido os tribunais.

“DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM - Grupo de passistas de escola de samba - Publicação de fotografia em jornal - Inocorrência de violação.

Na publicidade institucional, isto é, aquela que procura divulgar eventos, e não imagens de pessoas, não se configura violação do direito à imagem”. (RT 556/178).

“DIREITO À IMAGEM - REPRODUÇÃO DE FOTOGRAFIA EM CAPA DE CATÁLOGO TELEFÔNICO - PARTICIPAÇÃO DA FOTOGRAFADA EM FESTA POPULAR - INOCORRÊNCIA DE OFENSA À INTIMIDADE E DE OBJETIVO LUCRATIVO - Incorre violação ao direito de imagem quando inexistente a finalidade comercial e a foto tenha sido feita em festa popular, na qual a pessoa fotografada, na condição de participante, se expunha à visão da multidão e dos meios de comunicação. O direito à imagem insere-se no direito à intimidade, sendo um dos mais apaixonantes direitos da personalidade”¹⁴².

¹⁴² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1ª Câmara), ac. 75.697, Rel. Des. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 04.08.88

9 O INTERESSE DA INFORMAÇÃO

A informação é essencial para a existência e exercício da Democracia. É patrimônio da Nação. Nenhuma sociedade verdadeiramente democrática pode prescindir deste direito fundamental. Em certas circunstâncias, inclusive, o direito de informação pode preponderar sobre o direito à imagem.

A Constituição Federal, além de proteger o direito à imagem, protege também o direito de informação.

“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.

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

Par. 2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Nota-se, da análise destes dispositivos constitucionais, que está assegurada a liberdade de informação, mas que, ao mesmo tempo, deve-se preservar o direito à imagem. O direito de informação é livre, não pode sofrer qualquer censura. Todavia, ao ser exercido, não pode violar o direito à imagem. É necessário buscar a convivência harmônica entre ambos.

A informação é matéria de interesse público. E é exatamente por isso - porque interessa ao público - que ela pode restringir o direito à imagem, que é direito individual. O interesse do público deve ser legítimo, pois “não se coaduna com a Justiça a subordinação da vida individual à curiosidade popular doentia, alimentada pelos canais de informação, especialmente pelo rádio e a televisão”.

10 O CONSENTIMENTO DO INTERESSADO

O consentimento do interessado é hipótese de restrição do direito à imagem. Deve, no entanto, ser específico e determinado para cada caso. É a lição do Professor Dotti¹⁴³: “O

¹⁴³ DOTTI, op. cit., p.221.

consentimento não é ilimitado. Se uma pessoa famosa autorizar a extração de fotografias em seus aposentos íntimos para servirem de documentação histórica mas o fotógrafo as expõe ou divulga atendendo a qualquer outra finalidade, haverá abuso”. Neste sentido, conclui-se que viola o direito à imagem a divulgação feita sem o consentimento do interessado, mas também a feita além dos limites do seu consentimento.

O Professor De Cupis¹⁴⁴ aborda o tema com a maestria de sempre:

“L’efficacia del consenso deve essere, peraltro, contenuta negli stretti limiti in cui il consenso medesimo venne dato. Anzitutto, o consenso è efficace nell’esclusivo riguardo del soggetto o dei soggetti di fronte a cui fu dato: di fronte a tutti gli altri, resta inalterato lo *jus imaginis*, col potere di consentire o meno all’esposizione ecc. Può darsi, inoltre, che un soggetto si lasci ritrattare per lasciare un ricordo di sé a determinata persona cara, ma non intenda che il suo ritratto vada in giro per il mondo, diventando un oggetto visibile a

¹⁴⁴ DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano : Dott. A. Giufrè, 1967. V. IV, p. 296. Tradução livre: “A eficácia do consenso deve ser, portanto, contida nos estreitos limites em que o mesmo consenso vem dado. Além disso, o consenso é eficaz em relação exclusiva ao sujeito ou aos sujeitos frente ao que foi dado: frente a todos, permanece inalterado o “jus imaginis”, com poder de consentir ou não a exposição etc. Pode acontecer, também, que o sujeito queira se retratar para deixar uma recordação a uma determinada pessoa querida, mas não pretenda que seu retrato vá girar pelo mundo, transformando-se em objeto visível a todos, ou que um sujeito, mesmo consentindo na publicação da sua imagem, o faça para um determinado fim e não para outro fim diferente, por exemplo, aquele da propaganda política”.

tutti, ovvero che un soggetto, pur consentendo alla pubblicazione della sua immagine, lo faccia per un fine determinato e non anche per altro e diverso fine, ad es., quello di propaganda politica”.

Na mesma linha do raciocínio desenvolvida pelo eminente Professor, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹⁴⁵ teve oportunidade de julgar caso no qual a imagem da pessoa foi utilizada para outras finalidades, ultrapassando os limites da permissão concedida.

“DIREITO À IMAGEM - Responsabilidade civil. Modelo que cede, gratuitamente, fotografias suas para entidade estatal de cultura e turismo. Utilização restrita, sem fins lucrativos. Transferência indevida para a empresa ré, que vende tais imagens em calendários por todo o país. Uso indevido. Indenização. Procedência. CF/88, art. 5º, X.

Direito à imagem. Fotografias. Reprodução não autorizada em calendários comerciais à indenização. O direito da imagem decorre de texto legal, que assegura à modelo recompensa indenizatória pela reprodução não autorizada de suas fotos”.

¹⁴⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 1º Câmara Cível. Apelação Cível-21.892-8. *Paraná Judiciário*. Curitiba: Juruá, 1982. v. 43, p.48. Ver anexo na p. 245.

Acrescenta, ainda, o Professor da Universidade de Roma¹⁴⁶, acerca dos limites do consentimento:

“E può darsi, altresí, che si consenta a determinati modi di diffusione della propria immagine, e non ad altri: cosí, ad es., il permesso di esporre un ritratto nella vetrina de un fotografo non autorizza a riprodurlo su cartoline postali. Ed infine, il consenso non comporta che la persona debba eternamente sopportare la pubblicità della propria immagine: se il limite del consenso non risulta esplicitamente, esso può ricavarsi con riferimento alla situazione di fatto esistente al momento dello stesso consenso”.

11 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

De tudo o que vem de ser exposto, pode-se concluir que o direito à imagem está expressamente assegurado no Direito brasileiro. Todavia, não pode ser exercido por seu titular de modo absoluto. Em algumas circunstâncias, a imagem não é protegida em nome de outros direitos e interesses que, às vezes, se revestem maior importância.

¹⁴⁶ DE CUPIS. Ibid., p.296. Tradução livre: “E pode ocorrer, ainda, que se consinta a determinados modos de difusão da própria imagem, e não de outros: assim, por exemplo, a permissão de colocar um retrato na vitrine de um fotógrafo não dá autorização a reproduzi-lo em cartões postais. Enfim, o consentimento não significa que a pessoa deva eternamente suportar a publicidade da própria imagem: se o limite do consentimento não resulta explicitamente, isso pode ser conseguido com referência à situação do fato existente no momento do consentimento”.

Mas, como saber quando a imagem pode ser protegida de modo absoluto ou sofrer restrições? Parece ser razoável se falar em uma ponderação de valores entre a imagem e o outro direito em conflito, a fim de se escolher, em cada caso, qual deve preponderar, o que conduz à necessidade de se estabelecer entre ambos uma proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade vem ganhando enorme importância no Direito alemão. A Corte Constitucional da Alemanha tem-no aplicado, com certa frequência, para solucionar casos que colocam frente a frente dois valores fundamentais.

Para que se possa falar em princípio da proporcionalidade devem estar presentes seus elementos ou subprincípios. São eles: a) pertinência ou aptidão; b) necessidade; c) proporcionalidade *stricto sensu*.

A pertinência ou aptidão, como elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, relaciona-se com o meio empregado e o fim a ser alcançado. Deve-se examinar a adequação, a conformidade ou a validade do fim e adequá-lo ao meio utilizado. Isso impede que o arbítrio se instale.

A necessidade está relacionada com a escolha do meio utilizado. Não se pode exceder os limites necessários para alcançar o fim colimado. Diante da hipótese inevitável de se ter que sacrificar um direito, dentre os dois que se defrontam, deve-se optar por sacrificar aquele que menor prejuízo causar. Havendo duas medidas, mas sendo possível tomar apenas uma, deve-se proceder de modo menos nocivo à pessoa. Escolhe-se o meio mais suave.

O princípio da proporcionalidade é composto por um terceiro elemento: a proporcionalidade *stricto sensu*. Deve-se considerar o conjunto dos interesses em jogo. Pierre Muller mostra que na utilização do princípio há uma obrigação

(fazer uso dos meios adequados) e uma interdição (não usar meios desproporcionais). E, citado por Bonavides¹⁴⁷, conclui:

“É em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptar em todas as suas atividades os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada se torna assim condição da legalidade”.

Não se pode confundir conflito de normas com colisão de princípios. Naquele, para solucionar a aparente antinomia basta aplicar um dos critérios já consolidados na doutrina: cronológico, hierárquico ou especialidade. Por outra forma se deve solucionar a colisão de princípios, conforme mostra Alexy¹⁴⁸:

“Las colisiones de principios deben ser solucionados de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión - tal

¹⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.361.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.89. Tradução livre: “As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão - tal como é o caso quando, segundo um princípio está proibido e, segundo outro princípio, está permitido - um dos princípios tem que ceder diante do outro. Porém, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado se tenha que introduzir uma cláusula de exceção”.

como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido - uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción”.

Quando o direito à imagem for limitado por um dos direitos antes mencionados, deve-se interpretar a colisão de princípios de tal modo que, no caso concreto, um abduque em favor do outro. Entre dois valores, ambos de fundamental importância para o sistema jurídico e para a sociedade, um deverá preponderar, tendo em vista o caso concreto.

A este respeito, escreve o Professor Bastos¹⁴⁹:

“A simples letra das normas será superada mediante um processo de cedência recíproca. No caso de dois princípios que, em face de determinado caso, mostrem-se, aparentemente, antagônicos, não de harmonizar-se. Devem esses princípios abdicar da pretensão de serem aplicados de forma absoluta. Prevalecerão, portanto, apenas até o ponto a partir do qual deverão renunciar à sua pretensão normativa em favor de um princípio que lhe é divergente”.

¹⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação na Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997. p.107.

Em harmonia com a lição acima, vem a advertência do Professor Reale¹⁵⁰:

“Não vivemos no mundo de maneira diferente, sem rumos ou sem fins. Ao contrário, a vida humana é sempre uma procura de valores. Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente, entre dois ou mais valores. Se suprimirmos a idéia de valor, perderemos a substância da própria existência humana. Viver é, por conseguinte, uma realização de fins. O mais humilde dos homens tem objetivos a atingir, e os realiza, muitas vezes, sem ter plena consciência de que há algo condicionando os seus atos”.

Em conclusão, embora o direito à imagem seja protegido em nosso ordenamento jurídico, há outros bens jurídicos que, em certas circunstâncias, requerem maior proteção, o que resulta em limitações àquele. E o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado para que a solução oferecida a cada caso seja a mais justa possível.

¹⁵⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 26.

CAPÍTULO V

PERSPECTIVAS DO DIREITO A CONSTITUIR

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Acredita-se que, à esta altura, já é tempo de tratar do Direito a ser constituído. A imagem, bem jurídico dotado de autonomia, precisa ser tutelado, de modo claro e objetivo, no plano da legislação ordinária. Já é tempo de o legislador, haurindo a vasta experiência jurisprudencial e as lições doutrinárias, estabelecer acerca da imagem as normas jurídicas que a sociedade necessita e espera.

Não se ignora que, tanto na órbita civil quanto na penal, vem se tentando caminhar nessa direção. A imagem vem merecendo atenção do legislador do futuro Código Civil brasileiro. Também está sendo acolhida pelo legislador penal, que busca tipificar a conduta lesiva a este bem jurídico. Neste Capítulo, buscar-se-á examinar o tema nos projetos existentes, que tramitam pelo Parlamento nacional, para, em seguida,

apresentar propostas no sentido de inovar o tratamento legislativo sobre o direito à imagem.

1.1 O PROJETO DO CÓDIGO CIVIL

Antes de se abordar o Projeto de Lei, que tramita no Congresso Nacional, cumpre anotar que essa não é a primeira tentativa de se editar um novo Código Civil, no Brasil.

Nos anos sessenta, por exemplo, o Professor Orlando Gomes elaborou um Anteprojeto de Código Civil, que foi convertido em Projeto de Lei, no ano de 1963. Neste Anteprojeto, ele tratou amplamente dos direitos da personalidade (arts. 29 a 37), mas cuidou, de modo específico, do direito à imagem. Nota-se que, nesse particular, sofreu forte influência do legislador italiano, estabelecendo normas jurídicas semelhantes à que constam no Código Civil daquele país (art. 10).

Assim preceitua o Anteprojeto Orlando Gomes:

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

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

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

É preciso observar que, embora signifique um avanço em relação ao atual Código Civil, o Anteprojeto, nesse tema, já nascia superado, prevendo indenização, somente no caso de dano à imagem “resultar atentado à honra, à boa fama, à respeitabilidade da pessoa ou se se destinar a fins comerciais”, o que significa dizer que não acolhia a tese da autonomia do direito à imagem.

Isso, aliás, está bem claro na justificativa do Anteprojeto, quando o eminente Professor da Bahia¹⁵¹ assim se

¹⁵¹ GOMES, Orlando. *Memória justificativa do anteprojeto de reforma do código civil.*

expressou: “A tutela desse direito há de orientar-se no sentido de reprimir o abuso no seu exercício, permitindo-se que impeça a publicação, mas tão-somente se, da reprodução, resultar atentado à sua honra, boa fama ou respeitabilidade”.

A tese da autonomia do direito à imagem, conforme examinado anteriormente, permite a indenização pelo só fato de violar o direito à imagem, quer o ato atinja ou não outros bens jurídicos, como a honra e a intimidade. Todavia, o Projeto que tinha por escopo instituir o Código Civil foi arquivado.

Embora França¹⁵² tenha destacado a posição de vanguarda do Anteprojeto elaborado pelo Professor baiano, a verdade é que o direito projetado, neste particular, não acolhendo a autonomia do direito à imagem, precisaria ser revisto, antes mesmo de entrar em vigor, caso ainda pudesse ser aprovado.

Tramita, atualmente, no Congresso Nacional, outro Projeto de Lei cujo objetivo é ser convertido em Código

Código Civil: anteprojetos, Brasília, Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989. V. 2, p.162.

¹⁵² FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da Personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 567, p.12, 1983

Civil. Aprovado pela Câmara dos Deputados, aguarda a manifestação do Senado Federal.

O Anteprojeto de 1972, elaborado pelo Professor Miguel Reale e revisado por uma Comissão¹⁵³, foi alvo de muitas críticas, o que ensejou sua revisão e republicação em 1973, com o acolhimento de 700 (setecentas) emendas, aproximadamente. Enviado ao Congresso Nacional, em 1975, o Projeto foi aprovado somente em 1983 e publicado no ano seguinte. Remetido ao Senado Federal, aguarda discussão final e aprovação, para posterior sanção do Presidente da República.

É tido como mais moderno, em relação ao anterior, elaborado pelo Professor Gomes. Todavia, no que tange ao direito à imagem, parece ter cometido o mesmo equívoco, ao não reconhecer sua autonomia, conforme se observa da redação do respectivo dispositivo.

“Art. 21. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à

¹⁵³ A Comissão é composta por Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Avim, Silvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro.

manutenção da ordem pública, a difusão de escritos, a transmissão da palavra ou da publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que lhe couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

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

Da análise do *caput* do artigo, podemos verifica-se que a indenização do dano à imagem fica condicionada à presença de, pelos menos, um dos requisitos que menciona: a) violação à honra; b) violação à boa fama ou à respeitabilidade; c) exploração comercial da imagem sem o consentimento da pessoa.

Além do mais, não é enfático em proibir o uso indevido da imagem, apenas facultando à pessoa o poder de proibir que sua imagem seja publicada, exposta ou utilizada. É como se, ao reverso, tudo fosse permitido, até o momento em que a pessoa titular do bem jurídico imagem tome a iniciativa de proibir, devendo provar ainda que está sofrendo algum dano à

honra, à boa fama ou à respeitabilidade, ou que o uso da imagem tenha fins comerciais.

Esta norma jurídica, constante do Projeto de Lei do Código Civil prestes a ser aprovado, 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. A persistir neste equívoco - grave equívoco! -, o legislador do futuro Código Civil perderá enorme oportunidade de editar norma jurídica dotada de conteúdo compatível à doutrina moderna e à jurisprudência que, embora de modo lento, vai se formando.

Ao analisar este dispositivo do direito projetado, o Professor Rodrigues¹⁵⁴ decodifica o que nele está contido acerca da proteção ao direito à imagem: “*A primeira permitindo esse uso se necessário à administração da justiça ou à*

¹⁵⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 94.

manutenção da ordem pública; *a segunda* restringindo a proibição às hipóteses de a divulgação da palavra ou da imagem atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais”.

Em conclusão, pode-se afirmar que este Projeto de Lei, a exemplo do que já ocorrera com o Anteprojeto Orlando Gomes, não acolheu a tese da autonomia do direito à imagem, merecendo as mesmas críticas feitas àquele.

1.3 O ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL (PARTE ESPECIAL)

No campo do Direito Penal, a imagem tem sido um bem jurídico quase ignorado. Afora a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que tipificou condutas em dois artigos, nada mais se teve. Fora daquele campo - trata-se de lei especial, que vincula como sujeitos passivos da norma jurídica apenas crianças e adolescentes -, violar o direito à imagem é conduta atípica.

O Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal brasileiro parece não trazer normas incriminadoras com o objetivo de suprir esta lacuna.

O Anteprojeto de Lei trata da *pornografia infantil*, tipificando condutas e cominando penas, quando estiverem envolvidos crianças e adolescentes.

“Pornografia infantil

Art. 178. Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente.

Pena - Reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Art. 179. Produzir ou dirigir representação teatral, circense, televisiva ou cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica.

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, nas circunstâncias referidas neste artigo, contracenar com criança ou adolescente”.

Com se pode notar, o legislador do futuro Código Penal incriminou condutas lesivas ao direito à imagem,

mas limitou sua abrangência de modo injustificável. Protegeu apenas a imagem da criança e do adolescente, perdendo ótima oportunidade para tipificar a conduta em relação a todas as pessoas e atender a um anseio da sociedade.

CAPÍTULO VI

CONCLUSÃO¹⁵⁵

1 PRINCIPAIS ASPECTOS

01 A imagem é bem valioso que necessita proteção jurídica, face ao avanço tecnológico conhecido pela sociedade atual.

02 A jurisprudência e a doutrina, de modo reiterado e decisivo, pavimentaram o longo caminho, até que este direito passasse a ser reconhecido pela legislação de vários países.

03 Várias teorias surgiram para identificar a natureza jurídica do direito à imagem, prevalecendo hoje a tese segundo a qual se trata de direito autônomo, passível de indenização independentemente de violação a outro direito, como honra, intimidade, moral, propriedade, etc.

¹⁵⁵ Do presente trabalho, foram extraídas várias conclusões. Todavia, o termo *conclusão* vem grafado no singular para atender a recomendações da Associação Brasileira de Normas Técnicas.

04 A imagem tem características próprias. Trata-se de direito essencial, inato, absoluto, indisponível, extrapatrimonial, intransmissível e imprescritível. Todavia, a extrapatrimonialidade deve ser vista com temperamentos, uma vez que é freqüente a comercialização de imagem de pessoas.

05 A imagem é direito fundamental, compondo o vasto rol de direitos, liberdades e garantias assegurados pela Carta de 1988. É *cláusula pétrea*, estando vedado o legislador até mesmo de discutir a possibilidade de sua abolição. Sua tutela jurídica pode ser localizada em vários quadrantes do direito, embora ainda de modo tímido.

06 O Direito Constitucional consagra o direito à imagem. A partir de 1988, pela primeira vez, foi consagrado, de modo expresse, em seara constitucional.

07 Estas teorias foram superadas pelo reconhecimento da autonomia do direito à imagem, o qual passou a ser juridicamente protegido, sem que haja a necessidade de lesão a outros bens

jurídicos, como propriedade, intimidade, direito autoral, honra, identificação pessoal e patrimônio moral.

08 A imagem tem as seguintes características: é essencial, inata, absoluta, indisponível, extrapatrimonial, intransmissível, irrenunciável e imprescritível.

09 A extrapatrimonialidade do direito à imagem é característica que sofre exceção, podendo-se mesmo afirmar que a regra é sua patrimonialidade, tamanha a facilidade com que, na sociedade atual, a imagem é comercializada.

10 O direito à imagem está protegido - às vezes de modo expresso, às vezes implicitamente - nos mais variados campos do Direito brasileiro, embora esta proteção necessite maior amplitude e eficácia.

11 O Código Civil brasileiro protegeu-a em vários dispositivos legais: art. 159, art. 160, inciso I, e art. 666, inciso X, além de outros. Por longo tempo, entendeu-se que o art. 666, inciso X, do

Código Civil, protegeu o direito à imagem, embora sua finalidade fosse proteger direitos autorais. Esta norma jurídica foi revogada pelo art. 49 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

12 Algumas leis, embora de modo indireto, também protegeram a imagem no campo do Direito Civil: Lei nº 5.772/71 e Lei nº 9.279/96, relacionadas aos Direitos Autorais. A Lei nº 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente também cuidou do tema.

13 O Direito Penal pouco tem se ocupado da proteção ao direito à imagem. O Código Penal não tem nenhuma norma jurídica neste sentido. Apenas a Lei nº 8.069/90, que trata da criança e do adolescente, incriminou algumas condutas.

14 O Direito Eleitoral, em várias leis, protege o direito à imagem: Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) e Lei nº 9.504/97 (que estabelece outras normas de Direito Eleitoral).

15 O Direito Processual Penal protege o direito à imagem, embora o faça de modo reflexo, não o tratando de modo expresso.

16 No campo do Direito Processual Civil, o direito à imagem é amplamente protegido, principalmente quando há a exigência de apresentação de negativos. Há, também, vários instrumentos processuais que podem ser manuseados em defesa deste direito, tais como: interpelação e notificação, ação de indenização, ação cautelar de busca e apreensão, ação de reintegração de posse, ação de interdito proibitório, ação declaratória, ação cautelar inominada, tutela antecipatória, ação de mandado de segurança e outros.

17 O direito à imagem, a exemplo de outros direitos, pode sofrer várias limitações. Citam-se algumas delas a seguir: no interesse da segurança nacional, no interesse da investigação criminal, no interesse da História, no interesse científico, didático ou cultural, no interesse sobre figuras públicas, no interesse sobre eventos públicos, no interesse da informação e face ao consentimento do interessado.

18 Havendo colisão entre o direito à imagem e outro princípio igualmente protegido, deve-se fazer uma ponderação de valores e, sem eliminar um dos direitos, afastá-lo em benefício daquele que, no caso concreto, deva prevalecer.

19 O princípio da proporcionalidade, com largo uso em outros países, como na Alemanha, por exemplo, deve ser aplicado para resolver a colisão de princípios.

20 Os anteprojetos de lei, até aqui elaborados no Brasil, protegem expressamente o direito à imagem. Todavia, fazem-no de modo não muito adequado, pois ignoram sua autonomia, o que é reconhecido pela doutrina, pela jurisprudência e, agora, pela Constituição.

21 Propõe-se nova redação ao art. 21 do Anteprojeto de Código Civil, no sentido de consagrar a autonomia do direito à imagem, obrigando que, quem fez uso desta, responda com fulcro na teoria objetiva.

22 Propõe-se também a tipificação de condutas lesivas ao direito à imagem, de modo a tornar crime sua utilização indevida.

2 PROPOSTAS

No sentido de inovar na ordem jurídica, propõe-se uma mudança no Projeto de Código Civil e a tipificação de condutas lesivas ao direito à imagem, a ser consagrada pelo Código Penal.

O direito à imagem está a reclamar outro tipo de disciplina. Ficou amplamente demonstrado, com apoio na doutrina e na jurisprudência, que a imagem não pode ser protegida se e quando o ato lesivo atingir concomitantemente outro bem jurídico: propriedade, intimidade, direito autoral, honra, identidade pessoal e moral que são bens jurídicos autônomos e já protegidos pelo ordenamento jurídico.

A imagem é direito dotado de autonomia. Há dano quando ela é atingida, independentemente de violação a outro direito. O Projeto de Lei - cuja luta para transformá-lo em Código Civil tem sido incessante - traz no artigo acima reproduzido normas jurídicas que provocarão um atraso na compreensão do direito à imagem.

E para que isso seja evitado, é imperioso tratar o direito à imagem de modo mais adequado. Por isso, considera-se que as normas jurídicas sobre o direito à imagem poderiam ser redigidos da forma que abaixo se sugere.

“Art... A imagem é direito inviolável, estando proibida sua captação, publicação, exposição ou utilização para qualquer fim, sem o consentimento de seu titular.

Par. 1º... A imagem poderá ser utilizada por terceiros em caso de comprovada necessidade, respondendo pelo excesso quem a utilizou indevidamente.

Par. 2º... A violação do direito à imagem deve ser indenizada independentemente da lesão a outro bem jurídico.

Par. 3º... Os direitos relativos à reprodução da imagem podem ser exercidos pelo cônjuge, descendentes e ascendentes, se estiver morta ou ausente”.

No que tange ao Direito Penal, também se faz necessário a instituição de uma norma incriminadora. Os tipos penais inseridos no Anteprojeto de Código Penal (Parte Especial) representam um passo tímido do legislador penal, pois não há qualquer progresso em relação ao que foi consagrado pela Lei nº 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, constatada a injustificável deficiência, propomos que a matéria seja tratada de modo mais amplo. A tipificação das condutas lesivas ao direito à imagem poderiam se dar nos seguintes termos:

“Art... Fotografar ou filmar uma pessoa, mesmo em eventos do qual tenha legitimamente participado.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Par. 1º... Na mesma pena incide quem utilizar ou permitir que se utilize a imagem da pessoa, mesmo que lícitamente obtida.

Par. 2º... Se o uso indevido da imagem não tiver finalidade lucrativa, a pena poderá ser diminuída de 1/6 a 1/3”.

Par. 3º... O consentimento do titular do direito à imagem exclui a ilicitude.

A imagem é bem jurídico que requer proteção em todas as suas dimensões e em todos os quadrantes do Direito. É verdade que não tem ficado ao desamparo absoluto, havendo já alguns raios de luz que fazem vislumbrar o caminho para se chegar à solução ideal para o preenchimento deste vazio existente no Direito brasileiro. É preciso caminhar mais. Cuidar juridicamente da imagem não significará despertar no alvorecer, mas fazer com que o sol, prestes a surgir por sobre os montes, brilhe com mais intensidade.

E sempre que o sol desperta, anunciando um novo dia, é hora de caminhar.

ANEXO I**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

“RECURSO ESPECIAL Nº 46.420 - 0 - SP

(Registro nº 94.0009355-1)

**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 5.989/73, artigo 100; Lei nº 8.672/93.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a

seguir, por unanimidade, não conhecer de ambos os recursos. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

Brasília, 12 de setembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

RELATÓRIO

O SR. Ministro RUI ROSADO DE AGUIAR:

Clodoaldo Tavares de Santana e outros ajuizaram ação ordinária de indenização contra a Confederação Brasileira de Futebol e Editora Abril S/A, por exploração indevida da imagem em álbum de figurinhas “Os Heróis do Tri”.

Julgado precedente a ação, as vencidas apelaram e a Eg. 7ª Câmara Civil do TJSP, por votação unânime, rejeitou as preliminares e negou provimento aos recursos, basicamente por entender tratar-se de direito à imagem, cuja

violação enseja indenização, prescindindo da intenção de lucro.

Consta da fundamentação do acórdão:

“O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, ou reproduzido, sem o consentimento dela, com as exceções apontadas pela doutrina (Orlando Gomes - “Introdução Civil”- Forense - 1979 - pág. 177). É uma decorrência do direito à própria imagem, atributos da pessoa física, um desdobramento do direito da personalidade (Jean Carbonnier - “Droit Civil - vol. 1 - PUF - 1971 - pág. 252). O direito à imagem se consubstancia no vínculo que une uma pessoa à sua expressão externa, ou seja, ao conjunto de traços e caracteres que a distinguem e a individualizam (Carlos Alberto Bittar - “Contornos Atuais do Direito do Autor - 1992 - pág. 185).

Hoje é objeto de preocupação constitucional (art. 5º, X e XXVIII, cf/88), embora não estivesse esse bem jurídico ao desamparo anteriormente (Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins - “Comentários à Constituição do Brasil”- 1989 -

vol. 2º - pág. 63). A imagem é protegida e sua utilização desautorizada, enseja indenização.

Assim se tem julgado.

Necessária a autorização. “A reprodução fotográfica que ilustra nova publicação, com conotação comercial, não autorizada, quer explícita, quer implicitamente, gera para a pessoa fotografada o direito à indenização pelo uso indevido de sua imagem”- TJ/SP - 4ª CC - Rel. Des. Alves Braga - J. un. de 20.6.85).

Prescinde-se do instituto de lucro. “A utilização de fotografia em editorial de revista dirigido a determinada classe de consumidores sem autorização do fotógrafo constitui, por si só, violação de direito relativo à própria imagem, cabendo, portanto, ao lesado o pagamento de indenização, independentemente do fato de não ter havido lucro direto nessa divulgação”(RT vol. 626/106 - TJ/SP - 5ª CC - Rel. Des. Jorge Tannus - J. un. de 18.2.88).

Defende-se como direito autônomo do direito autoral. A reprodução de fotografia não autorizada pelo modelo não ofende apenas o direito do autor da obra fotográfica, mas o direito à imagem, que decorre dos direitos essenciais da personalidade. Se a imagem é reproduzida sem autorização do retrato há locupletamento ilícito, que impõe a reparação do dano”(RT vol. 634/221 - RE nº 115.838-7-SP - Rel. Min. Carlos Madeira - em que há referência ao aresto publicado na RTJ vol. 104/801, sobre o mesmo assunto).

Somem-se a esses outros acórdãos desta Eq. Casa a propósito do mesmo tema (RJ TJ/SP - vols. 127/148, 135/153, 138/176 etc.), além de inúmeros outros lembrados por prestigiados autores (Antônio Chaves - “Tratado de Direito Civil - Responsabilidade Civil” - 1985 - págs. 667 e ss. e Carlos Alberto Bittar - op. cit. - págs. 187/188).

Não se confunde o direito à imagem aqui em exame com o direito de arena (art. 100, da Lei nº 5.988/73).

Assim a questão dos autos já foi resolvida, em demanda idêntica, proposta por outros jogadores, pelo Eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Ap. Cív. nº 4.452/90 - 6ª CC - Rel. Des. Cláudio Vianna de Lima, J. de 7.2.91, fls. 108/113)". (fls. 224/246).

“Observe-se, finalmente, que “não é a onerosidade da publicação para terceiros que gera o direito à indenização (...), mas a simples divulgação de sua fotografia sem a respectiva autorização”, por outro lado “o quantum da indenização (...) não pode ser arbitrário, mas arbitrado”, o que deve ser feito em liquidação (RT vol. 629/106).

“O prejuízo se consubstanciou no uso indevido da imagem” e, no momento próprio, “disporão as partes de oportunidade para debater a questão já em termos de quantias que atenderão à notoriedade (...) e as conseqüências que lhe acarretam a comercialização não autorizada de sua imagem”(RJTJ/SP, vol. 127/148)". (fls. 248/249)

Inconformada, a CBF interpôs recursos extraordinário e especial, este com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF. A Editora Abril interpôs também recurso especial, por meio de procurador não habilitado (certidões de fls. 301 e 332), com fulcro no art. 105, III, a, da CF.

Sustenta a CBF, em resumo: a) trata-se de direito de arena, e não de imagem, aplicando-se ao caso o art. 100, da Lei 5.988/72, verbis: “À entidade a que esteja vinculado o atleta pertence o direito de autorizar, ou proibir a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos, de espetáculo desportivo público, com entrada paga. “Parágrafo único - salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo”(fl. 178); tem direito de divulgar as imagens, sem necessidade de autorização dos atletas, que não teriam sofrido prejuízo; c) havia interesse público na divulgação das imagens, por serem atletas famosos; d) houve violação aos arts. 24, parágrafo 1º, e 25, da Lei 8.672/93, a qual ratifica a Lei

5.988/73, verbis: “Art. 24 - Às entidades de prática desportiva pertence o direito de autorizar a fixação, transmissão ou retransmissão de imagem do espetáculo desportivo de que participem. Parágrafo 1º - Salvo disposição em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo. Art. 25 - Na comercialização de imagens decorrentes de contrato com a entidade de administração de desporto, as entidades de prática desportiva participarão com vinte por cento do resultado da contratação, de modo proporcional à quantidade de atletas que cada um cedeu, ressalvados os direitos assegurados no artigo anterior”(fl. 279); não ficou demonstrado qualquer prejuízo aos atletas, que não decorre da simples publicação de suas fotografias, conforme já decidiu a 1ª Turma do TARJ, decisão apontada como divergente.

A Editora Abril insiste na sua legitimidade *ad causam* e alega ofensa aos arts. 3º, vi e 396 do CPC, bem como ao art. 100, da Lei 5.988/73.

As contra-razões aos recursos especiais vieram aos autos (fls. 309-310; 313-314).

Rejeitado o recurso extraordinário, conformou-se a CBF.

Admitimos os recursos especiais na origem (fls. 316-319), subiram os autos a este Eg. STJ.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. Não conheço do recurso interposto pela Editora Abril, uma vez que apresentado por advogado sem procuração nos autos, conforme vem sendo certificado desde o processamento no Tribunal a quo. A Jurisprudência firme da 2ª Seção é pela inexistência dos atos praticados por profissional que não tenha juntado aos autos o instrumento do mandato.

2. A primeira e principal argumentação da recorrente CBF está centrada na conceituação que faz do “direito de arena”, assim como definido no artigo 100, da Lei 5.988/73, sobre direitos autorais, e nos artigos 24 e 25 da Lei 8.672/93, chamada “Lei Zico”. Sustenta a recorrente que a imagem dos jogadores de futebol que tenham participado de uma competição graças aos recrutamento e remuneração patrocinados pela entidade esportiva está incluída no direito que esta tem de fixar a imagem do espetáculo esportivo em que atuam os atletas.

Para responder negativamente a tal proposição, devo iniciar dizendo que o direito de arena é a subtração do direito de imagem daquele que participa do espetáculo para transferi-lo à entidade esportiva, que fica com o direito de autorizar a fixação, transmissão, e retransmissão de imagem do espetáculo, distribuindo aos atletas apenas 30% do preço da autorização (art. 24, par. 1º, da Lei Zico). O direito de imagem é amplo e pertence por inteiro ao seu titular. Abre-se, no entanto, uma exceção para o atleta que participa de um

espetáculo, reservando-se um percentual maior para a remuneração das entidades esportivas, que afinal são que organizam, investem e remuneram para garantir o êxito do empreendimento. Nesse ponto, os atletas são apenas aqueles que ajudam a criar o espetáculo, e tudo o que for feito para a sua fixação, transmissão se insere dentro da regra do artigo 100 da Lei 5.988/73 e nos artigos 24 e 25 da Lei Zico. Isso explica porque a primeira regulamentação desse direito apareceu na lei sobre direitos autorais, pois vinculada de algum modo à criação artística dos que atuam no espetáculo.

Contudo, tal limitação feita ao direito do atleta deve ser interpretada restritivamente, excluindo do seu campo de incidência todas as demais situações onde a reprodução ou a divulgação da imagem não decorram diretamente da existência do espetáculo, pois o direito de arena se limita ao “próprio espetáculo que não pode ser fixado, transmitido ou retransmitido, sem autorização da entidade a que estiver vinculado o atleta”(José de Oliveira Ascensão - “Direitos dos outros intervenientes, além dos atletas, em caso de fixação, transmissão ou retransmissão de

espetáculo desportivo público”, Rev. de Dir. Civil, v. 35, pág. 24). No caso, a reprodução se deu em circunstâncias alheias ao espetáculo propriamente dito, há muito encerrado, ao qual se vincula apenas como um efeito mediato.

Sendo a imagem “toda a expressão formal e sensível da personalidade de um homem” (Walter Moraes, Direito à própria imagem, RT, 443), e assim objeto de um direito subjetivo privado, espécie de direito da personalidade, dá ao seu titular o poder dizer de si mesmo: “A minha figura, sendo exclusivamente minha, só eu posso usá-la, desfrutá-la e dela dispor, bem assim impedir que qualquer outro a utilize”(Walter Moraes, “Como se há de entender o direito constitucional à própria imagem”, Repertório IOB de Jurisprudência, 3/80).

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, com as exceções referidas pelos doutrinadores, como a da figura que aparece numa fotografia coletiva, a reprodução da imagem de personalidades notórias, a que é feita para atender a um interesse público, com o fito de informar, ensinar, desenvolver a ciência, manter a ordem pública ou necessária à administração da justiça. No caso dos autos, apesar de serem notórias as figuras dos jogadores, a reprodução de suas imagens não aconteceu em razão do propósito de informar, esclarecer ou atender a algum interesse de ordem pública. Houve a utilização da imagem simplesmente para satisfazer interesse predominantemente comercial, como está dito no v. acórdão recorrido. Tratava-se, portanto, de situação sobre a qual incide a regra geral: a reprodução, uso da imagem dependia de consentimento dos titulares, pois “o uso comercial da imagem de pessoa célebre é totalmente vedado sem o seu consentimento”(Álvaro Antonio do Cabo Notaroberto Barbosa, Direito à própria imagem, Saraiva, pag. 82).

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. Além disso, também poderia ocorrer o dano patrimonial, pela perda dos lucros que tal utilização poderia acarretar, seja pela utilização feita pelas demandas, seja por inviabilizar ou dificultar a participação em outras atividades do gênero. A exigência de demonstração do prejuízo afeiçoa-se aos sistemas em que o direito de imagem está ligado a outros direitos, quando então se torna indispensável o reconhecimento de que o ato de reprodução da figura trouxe prejuízos à honra, à privacidade, etc. Quando, no entanto, se entende o direito à imagem como um direito que “por sua própria natureza opõem-se erga omnes, implicando o dever geral de abstração”(Orlando Gomes, Introdução do Dir. Civ., pág. 132), o prejuízo já está na própria violação.

A orientação aqui exposta está em harmonia como o que vem sendo decidindo no Brasil, como se pode ver no RE 91.328, de 1981, Rel. Min. Djaci Falcão; RE 95.872, Rel. Min. Rafael Mayer; Ac. do Trib. Alçada da Guanabara, 1974, RF 250/269, o que permitiu que a persistência dessa orientação parece ser de molde a conduzir à formação de um costume na ordem jurídica brasileira”(op. loc. cit.) . Hoje, tal direito tem suporte constitucional (artigo 5º, incisos X, XI e XXVIII).

Não vejo, portanto, configurada a alegada violação ao artigo 100 da Lei 5.988/72, ou aos artigos 24 e 25, da Lei 8.672/93, porquanto estas normas referem apenas aos direito de arena e, no caso, a exploração da imagem dos autores ocorreu fora desse âmbito.

Também não conheço do recurso por divergência jurisdicional, pela dessemelhança entre o v. acórdão recorrido e o paradigma. Enquanto no acórdão recorrido ficou expressamente reconhecido tratar-se de exploração com finalidade comercial, e daí a existência de prejuízo, no acórdão paradigma

tratou-se de situação em que não houve interesse comercial predominante, conforme ali registrado. Essa diversidade de situações pode levar a conclusões diversas, como de fato aconteceu.

Isto posto, não conheço dos recursos.

VOTO - VOGAL

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR

(Presidente) : Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar, V Exa. falou que estaria caracterizado, no caso, interesse comercial dos recorridos?

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE

AGUIAR (Relator): Não. Das empresas que divulgaram: no caso da Editora Abril e da CBF, ou seja, das recorrentes. Esse interesse consistia em exploração econômica - figurinhas.

MATÉRIA DE FATO

O DR. HUGO MOSCA (Advogado) : Senhor Presidente, esse álbum, chamado “Os Heróis do Tri”, é distribuído gratuita, não havendo interesse comercial.

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator) : No acórdão constou expressamente que havia interesse comercial. Apesar de não terem vendido, de qualquer forma, o acórdão viu interesse das entidades.

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente) : O acórdão viu interesse comercial?

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator) : Viu interesse comercial.

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR

(Presidente) : Isso é matéria de fato que não podemos desconsiderar.

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR

(Presidente) : Senhores Ministros, diante desse pormenor, a respeito do qual foram prestados esclarecimentos, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, porque não vislumbro, nesta publicação, vínculo com o direito da arena. Trata-se realmente, da exploração de imagem, agora matéria elevada ao patamar constitucional.

Acompanho o Sr. Ministro Relator, não conhecendo, também, do recurso da Editora Abril pelo mesmo motivo exposto por S. Exa.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Não conheço do recurso da Editora Abril, uma

vez que despido do instrumento de procuração, na linha do entendimento deste Tribunal.

Quanto ao recurso da CBF, sem embargo da bela sustentação do ilustre Advogado, também acompanho o Ministro Relator, observando, em primeiro lugar, que não se trata de incidência da denominada “Lei Zico”, porque esta é de vigência recente. Em segundo lugar, trata-se, conforme salientou com a precisão de sempre o Ministro Relator, de direito à imagem e não de direito de arena. Em terceiro lugar, porque, segundo acentuou o Sr. Relator, as instâncias ordinárias assentaram o interesse econômico. Logo, de fato e não de direito.

Aduzo, finalmente, que neste Tribunal examinei, em nível de agravo, caso que envolvia outros participantes da “Jornada do TRI”. Naquela oportunidade, não acolhi o recurso interposto, pelo mesmo fundamento ora exposto pelo Ministro Relator.

Com estas considerações, em face do entendimento exposta, acompanho S. Exa.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO:

Sr. Presidente, acompanho o Voto do eminente Ministro Relator, com os acréscimos ora aduzidos por V. Exa. e pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

EXTRATO DA MINUTA

Resp nº 46.420-0 - SP (94.0009355-1) -

Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recte.: Confederação Brasileira de Futebol - CBF. Advogados: Hugo Mosca e outro. Recte.: Editora Abril S/A. Advogados: Luiz Carlos Paschoalique e outros. Recdos.: Clodoaldo Tavares Santana e outros. Advogados: Laurindo Vaz e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Mosca, pelo 1º Recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu de ambos os recursos (em 12.09.94 - 4ª Turma).
Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR”.

ANEXO II**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ**

“DIREITO À IMAGEM - Responsabilidade civil. Modelo que cede, gratuitamente, fotografias suas para entidade estatal de cultura e turismo. Utilização restrita, sem fins lucrativos. Transferência indevida para a empresa ré, que vende tais imagens em calendários por todo o país. Uso indevido. Indenização. Procedência. CF/88, art. 5º, X.

Direito à imagem. Fotografias. Reprodução não autorizada em calendários comerciais à indenização. O direito da imagem decorre de texto legal expresso, que assegura à modelo recompensa indenizatória pela reprodução não autorizada de suas fotos.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 15ª Vara Cível da Comarca de Curitiba, que julgou improcedente a ação ordinária de indenização proposta por M. C. A. contra Distribuidora C. Ltda, condenando a autora a pagar custas

processuais e os honorários advocatícios arbitrados em 12% sobre o valor.

Alegou a apelante, em síntese, que no desempenho de seu mister, de modelo e manequim, em manequim, em fevereiro de 1986, cedeu alguns direitos de imagem (fotografia) à extinta Empresa Paranaense de Turismo (Paranatur), para divulgação das mesmas sem quaisquer fins lucrativos; que as imagens cedidas graciosamente à Paranatur deveriam divulgar apenas os aspectos étnicos, mais precisamente, os caracteres da cultura italiana em nosso País; que a cessão de direitos de divulgação da imagem da recorrente para a Paranatur foi verbal, portanto, ao arrepio do contido no art. 53, caput, da Lei nº 5.988/73, que todavia conduz à ilação segura que jamais poderia ser transferida a terceiros; que considerando-se a natureza e as peculiaridades da cessão verbal, é evidente que ficou reservado à recorrente o direito de examinar todas as fotos cedidas, no intuito de obter a melhor qualidade do trabalho profissional, bem assim, todos os direitos sobre as imagens que extrapolassem o âmbito e os objetivos da cessão feita à Paranatur.

Aduziu que tais fotos jamais poderiam ter sido cedidas ou transferidas a terceiros, sem autorização expressa da recorrente, máxime quando foram cedidas gratuitamente à Paranatur para divulgação dos étnicos; que a empresa recorrida, valendo-se das imagens da recorrente, sem qualquer espécie de autorização passou a imprimir milhares de calendários, conforme se deduz das peças de fls., referentes aos anos de 1990 e 1991, comercializando-os em todo o território nacional; que a área de comercialização da recorrida é, sem dúvida, incomensurável, tal como é incógnito o lapso temporal de exploração de tais imagens, anteriores a 1990, quando chegou ao conhecimento da apelante, eis que, considerando-se que as fotos foram obtidas em fevereiro de 1986, aprioristicamente chega-se à ilação, que a indevida utilização da imagem poderá ter sido explorada por mais de cinco anos, o que demonstra o locupletamento ilícito da recorrida; que o direito da recorrente emerge do art. 5º, X, da CF.

Salientou que a prova material produzida às fls. não dá margem a possíveis divagações sobre a utilização das

imagens da recorrente, sendo que a prova oral só veio confirmar os fatos narrados pela apelante.

Requeriu o provimento do recurso.

Em contra-razões, sustentou a apelada que a apelante foi fotografada por um profissional do ramo, de nome O. J., a serviço da Paranatur; que a Lei nº 5.988/73 em seu art. 82 dispõe que o autor da obra fotográfica tem o direito de reproduzi-la; que o direito autoral sobre a fotografia, adquirido pela Paranatur, fora acedido à apelada, com uma única exigência: deveria constar na reprodução das fotos o logotipo da cedente, o que foi cumprido, conforme se verifica das folhinhas onde foram reproduzidas as fotos; que tal reprodução não constitui ofensa aos direitos autorais enumerados no art. 49 da citada lei, como também não foi violado o direito às imagem.

Argumentou que ao se deixar fotografar, a mando do grupo folclórico ao qual pertencia, a apelante cedeu os slides gratuitamente, não impondo restrições à divulgação da sua

imagem, que era pública; que as fotos reproduzidas não foram captadas na sua vida privada e sim no exercício da sua atividade profissional.

Pediu o improvimento do recurso.

O recurso ora interposto merece provimento.

Versam os autos sobre um tema bastante controvertido no campo jurídico, qual seja o direito à imagem, que vem sendo objeto de estudo por muitos juristas e estudiosos do Direito, e tomando vulto, que pela legislação pertinente, quer pelo entendimento jurisprudencial.

Rodrigo Garcia da Fonseca define:

“... o direito à própria imagem como direito da pessoa de só ter a imagem divulgada da maneira e nas condições em que concordar com esta exposição”.

E mais, comentando à própria imagem no Brasil, salienta:

“O mais importante, porém, foi o decisivo apoio oferecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal à defesa do bem jurídico da imagem”.

É assim que decidiu-se, segundo a orientação do relator Ministro Rafael Mayer:

“Direito autoral. Fotografia não autorizada em propaganda comercial. Locupletamento ilícito a embasar a indenização”.

Mas não foi apenas esta a intervenção do Pretório Excelso no campo das proteção à imagem. Há um belíssimo aresto da lavra do Ministro Djaci Falcão que coloca a questão com propriedade: “Direito à proteção da própria imagem, diante da utilização de fotografias, 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”.

E do corpo do acórdão podemos destacar a seguinte constatação: “A imagem é a emanção da própria pessoa, e, pois de elementos visíveis que integram a personalidade humana, de caracteres físicos que individualizam a pessoa. A reprodução da imagem, conseqüentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a quem pertence, não compelindo indagar se a publicação produziu ou não dano moral, ou se constitui causa de enriquecimento ilícito”(RDC 55/92-107 jan./mar. 1991, ano 15).

Muitos autores classificam o direito à imagem como um direito privado da personalidade, sendo, por isso, sua reprodução e vinculação subordinadas à anuência do artista retratado.

“Firmada a natureza pessoal do direito à imagem, inserido entre um dos direitos da personalidade, a limitação imposta a seu uso coloca dependência da expressa anuência do artista retratado, ou no estudo em foco, do modelo publicitário, desde que o material a ser divulgado não venha, no decorrer do tema a ferir direito individual, ou mesmo influir negativamente em sua imagem como ser social exposto às regras de moral e de bons costumes”(RDC 41/125).

“Quando surgiu a fotografia, o problema foi intensamente questionado; no entanto, por mais que se atribuisse ao fotógrafo um direito autoral, esse direito sempre teve que ceder ao do modelo...

Trata-se de um direito personalíssimo equivalente ao sigilo epistolar ou aos diários íntimos” (A Fotografia e o Direito do Autor, Newton Paulo Teixeira Santos, 1990, 2ª ed., p. 68, Leud).

“Quando surgiu a fotografia o problema foi intensamente questionado; no entanto, por mais que se atribuisse ao fotógrafo um direito autoral, esse direito sempre teve que ceder ao do modelo...

Trata-se de um direito personalíssimo equivalente ao sigilo epistolar ou aos diários íntimos”(A Fotografia e o Direito do Autor, Newton Paulo Teixeira Santos, 1990, 2ª ed., p. 68, Leud).

No caso ora submetido à prestação jurisdicional, a apelada, servindo-se das fotografias cedidas à Paranatur pela apelante, imprimiu vários calendários dos anos de 1990 e 1991, comercializando-os, sem qualquer espécie de autorização.

Inquestionável, segundo o direito pátrio, que o uso e a comercialização indevida e não autorizada das imagens fotográficas da apelante asseguram à modelo a pleiteada indenização.

Tal direito emerge do art. 5º, X, da CF que dispõe:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Portanto, ao contrário do que afirma o MM. juiz em sua sentença, o direito à imagem decorre de texto legal expresso, constitucional, devendo, por isso, a apelante receber a recompensa indenizatória pela sua violação.

O fato de tratar-se a modelo de pessoa desconhecida, não dá o direito à apelada de utilizar-se de suas fotos, principalmente com fins comerciais.

Insubsistente, também, o argumento esposado na r. sentença de que “o objetivo da utilização da imagem da autora não foi retratar sua identidade, mas integrá-la a um conjunto fotográfico, em que se sobressai outra finalidade, onde a figura humana é posta em plano secundário”.

Ora, os calendários impressos pela apelada destacam a figura humana em plano principal, com destaque, não constatando-se neles nenhuma alusão ao turismo ou ao próprio evento para a qual a modelo havia fotografado.

Existe, sim, uma palpável diferença entre os impressos feitos pela Paranatur, cujo objetivo era divulgar o evento denominado 4 Giorni in Itália (fls), onde ficariam evidenciados os aspectos turísticos do bairro de Santa Felicidade, em Curitiba, e os calendários, objeto da discussão, onde a modelo aparece em evidência.

Outrossim, pelos princípios mais elementares da Justiça, não se pode admitir que uma pessoa, modelo profissional, fotografe graciosamente para a Paranatur, objetivamente a divulgação do aspecto turístico do seu Estado, e suas fotos sejam irresponsavelmente cedidas a uma empresa comercial, a qual, utilizando-se das mesmas, passou a comercializá-las, auferindo lucros, sem que a modelo ou mesmo o fotógrafo, autor da obra fotográfica, fossem respeitados nos seus direitos.

“No plano jurídico há no retrato de posse o concurso de dois direitos; o do titular da imagem e o do nome (direitos da personalidade) e do fotógrafo, em que o direito autoral deste cede àquele”(Direito à Imagem, Hermano Duval, Saraiva, 1988, p. 138).

“A lei brasileira de direitos autorais confere, então, ao autor da obra o direito de reproduzi-la, difundi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição,

reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos do autor sobre a obra reproduzida, se de artes figurativas (art. 82 da Lei nº 5988/73)”(O Direito do Autor nos Meios Modernos de Comunicação, Carlos Alberto Bittar, Revista dos Tribunais, p. 50).

Acompanhado as lições doutrinárias dos juristas, a jurisprudência vem se consubstanciando no sentido de reconhecer o direito à indenização das pessoas lesadas pela publicação desautorizada de suas fotos:

“Direito à imagem. Fotografia. Publicidade comercial. Indenização.

A divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial implica locupletamento ilícito à causa de outrem, que impõe a reparação do dano. Recurso extraordinário não conhecido”(STF, RE 95.872-0-DF, 1º TJ, 10.9.82, rel. Min. Rafael Mayer) (A Lei de Direitos

Autorais na Jurisprudência, Carlos Alberto Bittar, Revista dos Tribunais, p. 138).

“Direito à imagem. A reprodução da fotografia não autorizada pelo modelo não ofende apenas o direito do autor da obra fotográfica, mas o direito à imagem, que decorre dos direitos essenciais da personalidade. Se a imagem é reproduzida sem autorização do retratado, há locupletamento ilícito que impõe a reparação do dano. Recursos não conhecidos” (RE 115.838-7, STF, j. em 10.5.88, rel. Min. Carlos Madeira, JB 137/270, Juruá Editora).

“É inato o direito à própria imagem, que constitui um bem jurídico autônomo. Havendo violação desse direito quando é feita a reprodução pública da imagem sem autorização do seu titular, surge a obrigação de indenizar” (Ap. 63.355, TARJ, rel. Juiz Júlio da Rocha Almeida, RT 576/249).

De tudo que foi exposto e pelo mais que consta dos autos, deve a r. sentença recorrida ser reformada em

todos os seus termos, para garantir à apelante o direito à indenização pelo uso indevido e não autorizado da imagem, remetendo-se à apuração do quantum devido pela ré à oportuna liquidação da sentença.

Deixa-se de condenar a apelada em custas e honorários por ser beneficiária da justiça gratuita conforme pedido deferido pelo MM. Juiz a quo em audiência realizada em 1.4.91 (fls.).

Isto posto:

Acordam os integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

Curitiba, 5 de outubro de 1993 - Oto Sponholz, presidente, sem voto. Osiris Fontoura, relator. Accácio Cambi, revisor. (Ap. CV. 21.892-8, PJ 43/48.)”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 7. ed. São Paulo: Ícone, 1989.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. V.1.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1987.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. V.2

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

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais*

nas atividades empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. *O direito de autor nos meios modernos de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 91.328-9. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: v. 558, 1983.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 46.420-0. *Revista do STJ*, v. 68, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 95.872-0. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: v 568, 1983.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMARGO, Isaac Antônio. *Reflexões sobre o pensamento fotográfico*. Londrina: Editora UEL, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1987.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985. V., VIII

_____. *Código civil brasileiro interpretado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. V., III.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. V. 1, T 1.

_____. Imprensa, captação audiovisual. Informática e os direitos da personalidade. *Revista Forense*, São Paulo Forense, v. 338. 1995

_____. Direito à própria imagem. *Revista Forense*,
Rio de Janeiro: v. 240, 1970.

COSTA Junior, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. edición. Buenos Aires: Editorial Astra, 1995.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Doot. A. Giufrè, 1967.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*, São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *A publicidade e a lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Comentários à constituição brasileira de 1988*.
São Paulo: Forense, 1990, V. 1.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1989. V. 1.

Folha de Londrina/Folha do Paraná. Londrina, 10 ago. 1998, Caderno de Esportes, p. 3.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 567, 1975.

_____. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. V. 1.

FURTADO, Adroaldo Fabrício. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. V. 8, T 3.

GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Direitos de personalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: 1966, nº 11, 1966.

Grande Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Plural, 1998, v.1.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIPSZYC, Carlos A. Villalba & Delia. *Protección de la propia imagen*. *Revista Interamericana de Direito Intelectual*. São Paulo, v. 2. 1979.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 56 1977.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1988. T.4.

MÔNACO DA SILVA, José Luiz. *Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 444, 1972.

MOTES, Carlos Maluquer de. *Derecho de la persona y negocio juridico*. Barcelona: Bosch, 1993.

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

OLIVEIRA, Moacyr de. Evolução dos direitos da personalidade.
Revista dos Tribunais, v. 402, 1969.

OLIVER, Paulo. *Direito autoral, fotografia e imagem*. São Paulo:
Letras & Letras, 1991.

ORGAZ, Alfredo. *Derecho civil argentino: personas
individuales*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 3.
ed. Rio de Janeiro: Forense, V. 4, 1994.

_____. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro:
Forense, 1993.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria
Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fortes,
1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de
direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. T. VII.

_____. *Comentários à Constituição de 1967 com a
emenda nº 1 de 1968*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,
1974, T 4.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. V. 1.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Direito natural/ direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

REIS, Sebastião. Ex-jogadores devem ganhar indenização por álbum. *O Estado de São Paulo*. São Paulo. 18. set. 1997.

RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. 11. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1997.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro. Apelação Cível. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 576, 1983.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSMINI, Enrico. *Diritti d'autore sulle opere dell'ingegno di scienza, letteratura ed arte*. Milano: Società Editrice Libreria. 1996.

SANTORO-PASSARELI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1997.

_____. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Atlântida, 1967.

SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. V. III.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara). *Apelação Cível 288.054. Revista dos Tribunais*. São Paulo : v. 536, 1980.

O Estado de São Paulo. 1. ago. 1998. Ano 78, Caderno de Esportes, p.11

SERPA LOPES. Miguel Maria de. *Curso de direito civil. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 11, p.43, 1966.

_____. *Curso de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, V. 1.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1994.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 16. ed. São Paulo: Leud, 1995.

TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Ltr, 1998.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di diritto civile*, 36. ed. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1995.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.