

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DIREITO À IMAGEM DE PESSOAS PÚBLICAS

ANA PAULA DE OLIVEIRA MOREIRA

RIO DE JANEIRO

2017.2

ANA PAULA DE OLIVEIRA MOREIRA

DIREITO À IMAGEM DE PESSOAS PÚBLICAS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Leonardo de Andrade Mattietto**.

RIO DE JANEIRO

2017.2

DIREITO À IMAGEM DE PESSOAS PÚBLICAS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em: ____ de ____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Leonardo de Andrade Mattietto - UNIRIO

AGRADECIMENTOS

Chegar ao final de uma graduação não é tarefa das mais fáceis, conto (e sempre contei), com muito apoio. Portanto, por ser este um trabalho realizado a muitas mãos, nada mais justo do que agradecer.

Primeiramente, minha família. Em todos os momentos, eram vocês que estavam presentes, me ajudando a superar todos os obstáculos. A minha mãe, Cláudia, meu pai, Paulo, e meus avós, Miriam e Nelson, o meu muito obrigada, meu amor, admiração e gratidão. Vocês são tudo para mim. Jamais estaria onde estou se não tivesse tido todo apoio e base que vocês me dão.

Agradeço ainda, aos meus irmãos, Guilherme e Gustavo, que, assim como meus pais e avós, são motivo de muito orgulho para mim. Cada um a seu modo, me ensinam diariamente a encarar a vida de outra forma e a ver que, apesar dos percalços, sempre teremos uns aos outros.

Além disso, meu muito obrigada as minhas amigas, Juliana e Marina, que empreenderam comigo nessa jornada de 5 anos na UNIRIO; passando por todos os momentos, pessoais e profissionais, ao meu lado. Minha faculdade não teria sido a mesma sem vocês.

Por fim, mas não menos importante, meu especial agradecimento aos mestres que tanto me ensinaram e inspiram, minha gratidão por terem me dado os meios para realizar este sonho, que está apenas começando.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo do direito imagem no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque principalmente na tutela e aplicação do referido direito em relação a pessoas públicas. No primeiro capítulo, faz-se uma introdução ao conceito de imagem, passando pela análise da evolução histórica e jurídica do direito à imagem. Ainda na mesma oportunidade, realiza-se estudo sobre as principais teorias que basearam o direito à imagem, focando, em principal, nas teorias que vinculam o referido direito a outro direito da personalidade. Finalmente, atinge-se a ideia de direito à imagem que vigora hoje no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a de direito autônomo, constitucionalmente tutelado. A segundo, estuda-se os limites e violações do direito à imagem. Para tanto, é estudado o modo em que se dá o exercício do direito à imagem, bem como a forma de autorização para uso dessa e os meios de divulgação. Posteriormente, são trabalhados os limites impostos ao direito à imagem. Por último, tendo com o tópico a violação ao direito à imagem, faz-se breve análise dos meios previstos no ordenamento jurídico brasileiro que visam “solucionar” a crescente onda de lesão à imagem das pessoas, sendo eles a legítima defesa, tutela reparadora e tutela preventiva. No terceiro e último capítulo, já tendo sido feito todos os esclarecimentos concernentes ao instituto do direito à imagem, passa-se a estudar a aplicação do direito à imagem em relação a pessoas públicas. Primeiramente, trabalha-se o conceito de pessoa pública, seguido da diferenciação entre pessoa pública e pessoa privada. Em seguida, busca-se estabelecer as situações que tornam pública a vida privada. Esclarece-se, então, que o direito à imagem é flexibilizado quando diz respeito a pessoas públicas, tendo em visto o conflito existente entre o direito à imagem e os direitos à informação e expressão. Conclui-se, por fim, que apesar da esfera secreta da vida privada de pessoas públicas ser mais restrita do que a de pessoas privadas, ela existe e deve ser respeitada. Dito de outra forma, é necessário cuidado quanto a tutela da imagem de pessoas públicas, visto que não existe uma forma pré-estabelecida para decidir qual direito deve prevalecer, devendo sempre ter em mente que a mídia tem o dever de informar, nada além disso.

ABSTRACT

The present dissertation aims to study the picture right according to the Brazilian law, especially in reference to public persons. In the first chapter, is made a brief introduction to the concept of picture/image. After that, it is examined the theories that based the picture right, especially the theories that link this right to another right of the personality. Finally, one reaches the idea of right to the image that prevails today in the Brazilian legal system, that is, the autonomous right, constitutionally protected. In the second chapter, is made a study about the limits and violations of the picture right. For this purpose, it is examined how happens the exercise to the picture right, and which is necessary to authorize the use of the picture. Subsequently, it is analyzed the limits imposed to the picture right. Lastly, is made a brief introduction to the means provided for in the Brazilian legal system, which are intended to protect the picture right. In the third and final chapter, having already made all the clarifications concerning about the institute of the picture right, we proceed to study the application of the picture right to public persons. Firstly, the concept of public person is worked, followed by the differentiation between public person and private person. Next, they are established the situations that make private life public. Finally, it is clarified that the picture right is relaxed when it concerns about public persons, in view of the conflict between the picture right and the rights to information and expression. Finally, it is concluded that although the secret sphere of the private life of public persons is more restricted than that of private persons, it exists and should be respected.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. DIREITO À IMAGEM.....	11
1.1. Conceito de imagem.	11
1.2. Evolução.	13
1.3. Natureza Jurídica	16
1.3.1. Teoria Negativista.....	18
1.3.2. Teorias que vinculam a tutela da imagem a outro bem jurídico	19
1.3.2.1. Teoria que vincula a tutela da imagem à honra	20
1.3.2.2. Teoria que vincula a tutela da imagem à propriedade	22
1.3.2.3. Teoria que vincula a tutela da imagem à intimidade	23
1.3.2.4. Teoria que vincula a tutela da imagem à identidade.....	27
1.4. Imagem como bem jurídico – a autonomia do direito à imagem	29
2. LIMITES E VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM.....	35
2.1. Exercício do Direito à Imagem.....	35
2.2. Autorização para o uso da imagem.....	37
2.3. Meios de divulgação da imagem	39
2.3.1. Desenho	39
2.3.2. Pintura.....	40
2.3.3. Fotografia.....	40
2.3.4. Internet	41
2.4. Limites do direito à imagem	43
2.5. Violação do direito à imagem.....	46
2.5.1. Legítima defesa.....	46
2.5.2. Tutela Reparadora.....	48
2.5.3. Tutela preventiva	50
3. PESSOAS PÚBLICAS E DIREITO À IMAGEM.....	54
3.1. Conceito de pessoa pública.....	54
3.2. Diferença entre pessoa pública e pessoa privada.....	55

3.3. Circunstâncias que tornam pública a vida privada	58
3.4. Conflito entre direitos fundamentais	61
3.4.1. O princípio da ponderação aplicado para solucionar o conflito entre direitos fundamentais.....	64
3.4.2. Pessoas públicas e o abuso do direito à informação e liberdade de expressão ...	66
3.5. Caso Cicarelli.....	69
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo do direito à imagem no ordenamento jurídico brasileiro, com foco em sua aplicação quanto a pessoas públicas.

Como será demonstrado a seguir, o direito à imagem integra o rol dos chamados direitos da personalidade e ganhou mais espaço e importância no século XX, em função do extraordinário avanço tecnológico, especialmente com o advento da internet, a qual tornou a captação, reprodução e divulgação da imagem processo extremamente célere. Exatamente por conta da fácil circulação, atualmente, a deturpação e abuso da imagem tornou-se constante, impondo-se, dessa forma, que o ordenamento jurídico concedesse plena e integral proteção à tutela da imagem.

Ao longo dos anos, o direito à imagem esteve vinculado a outros direitos da personalidade, tais como a honra, intimidade, propriedade. No entanto, todas as teorias vinculativas mostraram-se frágeis, vez que, a bem da verdade, não tutelavam o direito à imagem em si, mas sim outros direitos da personalidade. Assim, ganhou força a corrente que defende a autonomia do direito à imagem.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, que tem como princípio balizador a maior valorização da pessoa humana, pela primeira vez desvinculou o direito à imagem dos demais direitos da personalidade, tratando-o como direito autônomo que é. Todavia, seguindo na contramão da previsão constitucional, e em claro retrocesso, o Código Civil de 2002, acabou por vincular o direito à imagem à lesão à honra ou utilização para fins econômicos.

Na primeira parte do presente estudo, será elaborado um breve retrospecto da evolução do direito à imagem, delimitando seu conceito e conteúdo. Além disso, buscar-se-á analisar as principais teorias ligadas ao direito à imagem, em especial as que vinculam a sua tutela a outro bem jurídico, para, então, atingir a autonomia constitucionalmente prevista do *ius imaginis*.

O segundo capítulo deste trabalho será dedicado a esmiuçar os limites e violações do direito à imagem. Para tal, primeiramente, será feito breve esclarecimento acerca do exercício do direito em comento, passando pelos modos de autorização do uso da imagem, e os meios de divulgação dessa.

Em seguida, ainda no segundo capítulo, será feita análise dos principais limites impostos ao exercício do direito à imagem pelo ordenamento jurídico vigente. Atingindo, ao

fim, o estudo das violações do *ius imaginis* e, principalmente, das formas que o titular dispõe para protegê-la, tais como a autodefesa, tutela reparadora e tutela preventiva.

Na terceira e última parte da dissertação será dado enfoque ao tema central do trabalho, qual seja, a tutela da imagem de pessoas públicas. Para tanto, serão analisados o conceito de pessoa pública e a diferenciação entre pessoa pública e pessoa privada. Além disso, serão feitos apontamentos de algumas circunstâncias que tornam pública a vida das pessoas.

Finalmente, ao fim do terceiro capítulo, com enfoque na sociedade atual e nas pessoas públicas, será analisado o corriqueiro conflito existente entre os direitos fundamentais, decorrente do fato de que a ordem jurídica tutela tanto a liberdade de imprensa e direito à informação, quando o direito à privacidade, à intimidade, à imagem. Concluindo com o estudo do abuso do direito à informação e liberdade de expressão recorrente quase se trata de pessoas públicas.

1. DIREITO À IMAGEM

1.1. Conceito de imagem.

Inicialmente, é de extrema importância para o presente trabalho que, desde já, se esclareça o conceito de imagem existente por detrás do direito à imagem. Como bem apontado por Walter Moraes¹, iniciar o estudo do direito à imagem sem antes alocar corretamente a imagem no ordenamento jurídico pátrio configura erro grave, vez que nos leva a interpretações e conceitos equivocados, como se o direito à imagem se confundisse com honra, identidade, intimidade, vida privada, etc.

Ao conceituar imagem, o i. Autor esclarece que “toda expressão formal e sensível da personalidade é imagem para o direito. A ideia de imagem não se restringe, portanto, à representação visual da pessoa (...)”, e vai além ao afirmar que “imagem não é só o aspecto físico total do sujeito (...) [mas] também as partes destacadas do corpo, desde que por elas se possa reconhecer o indivíduo são imagem na índole jurídica.”²

Por muito tempo, tinha-se na imagem apenas um aspecto visual, sendo tão somente a representação da pessoa. Todavia, hoje sabe-se que esse conceito necessariamente deve ser ampliado. A imagem não se restringe a projeção fotografia da pessoa, ela é também a forma pela qual o indivíduo é visto pela coletividade, é a expressão de sua personalidade. Isso porque a imagem “carrega consigo não só um fator de identificação, mas também de comunicação, de tal sorte que a representação do aspecto físico pode evocar uma série de sentimentos e associações, bem como é capaz de por si só transmitir uma mensagem”.³

Assim, ao se conceituar imagem, não só a o aspecto físico da pessoa, em sua manifestação exterior, deve ser contemplado, mas também, no entendimento de parte da doutrina, a sua reputação, suas expressões distintivas.

Seguindo tal entendimento, a doutrina diferenciou dois conceitos de imagem: a imagem-retrato e a imagem-atributo do ser humano.

Fala-se em imagem-retrato quando o que é levado em consideração é a aparência da pessoa, sua figura física, que pode vir a ser representada por uma fotografia,

¹ Moraes, Walter. Direito à própria imagem (I). *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*. vol. 2, ago., 2001. P. 201.

² Idem. *Direito à própria imagem I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 443/61, setembro de 1972. p. 64

³ PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (coords.). *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. II, p. 370.

desenho, caricatura, escultura.

Porém, a imagem também pode ser caracterizada como a forma como as pessoas veem o indivíduo. Em inúmeras situações o indivíduo se apresenta de determinada maneira às pessoas, passando a ser reconhecido dessa forma por elas, sendo exemplo, a forma com que ele conduz sua vida profissional, se é organizado ou desorganizado, se é extrovertido etc. Nesses casos, se está diante da imagem-atributo, porque se trata da forma como as pessoas veem esse indivíduo, qual é o prestígio que ele goza perante a sociedade.

Em outras palavras, enquanto a imagem-retrato é compreendida como “o aspecto visual da pessoa em sua projeção exterior como seus gestos, sua voz, atitudes, traços fisionômicos”, a imagem-atributo “seria o conjunto de características pelas quais o indivíduo é reconhecido, ou seja, através das quais a sua personalidade é apreendida pela coletividade, no sentido do conceito social que desfruta”.⁴

No mesmo sentido, defende-se que a Constituição Federal também faz tal diferenciação, estando a imagem-atributo protegida pelo seu art. 5º, V; e a imagem-retrato estaria amparada no inciso X, do mesmo dispositivo.⁵

De todo modo, como bem destaca Luiz Alberto David Araújo⁶, a imagem-retrato e a imagem-atributo não estão obrigatoriamente correlacionadas, de modo que recebem tratamentos distintos. Assim, não necessariamente haverá violação à imagem-retrato quando a imagem-atributo for ofendida, e vice-versa. Tal ponto será devidamente abordado mais à frente no presente trabalho.

Feito o breve esclarecimento acerca do conceito de imagem, mostra-se necessário linear a evolução do direito à imagem, de modo a permitir sua correta compreensão.

⁴ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 18.

⁵ Conforme mencionado no textos de Rodrigo Santos Neves: “O direito à imagem está previsto na Constituição Federal de 1988, no rol dos direitos fundamentais, no art. 5.º, V e X. No inc. V o direito à imagem aparece em sua feição de imagem atributo, pois concede direito de resposta à pessoa violada, além do direito à indenização. O direito à imagem-retrato está previsto no art. 5.º, X, da CF/1988 (LGL\1988\3), quando estabelece à pessoa violada direito à indenização pelo dano moral e material dele decorrente.” (NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Autolimitação do direito à privacidade*. Revista trimestral de direito civil 34/98) [NEVES, Rodrigo Santos. *Direito à imagem como direito da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 4].

⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A imagem-retrato e a imagem-atributo: conceitos distintos na Constituição Federal de 1998*. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 525.

1.2. Evolução

A preocupação com a imagem sempre foi tema corrente entre os homens. Desde a idade da pedra têm-se registros de pinturas e desenhos rupestres usados por aqueles povos como forma de deixar para a posterioridade a imagem de si próprio, suas atividades e cultura. No entanto, na sociedade atual, na qual a imagem tem poder imensurável, em função da grande influência das redes sociais e mídias de modo geral, tornou-se ainda mais urgente e acalorada os debates e a proteção do direito à imagem.

Antes da invenção da fotografia, em 1829, pelo químico francês Niceforo Niepce⁷, o direito à imagem era tema praticamente inexistente entre os juristas, vez que, para ter sua imagem captada, o seu titular se dispunha a ficar muitas horas diante do pintor ou escultor e a produção ou reprodução em série do trabalho era quase impossível.

A primeira decisão de que se tem notícia de proteção ao direito à imagem foi exarada pelo Tribunal Francês em 1858⁸, envolvendo Rachel, famosa atriz francesa que foi retratada em seu leito de morte. A fotografia foi entregue indevidamente à pintora O'Connel, que reproduziu e distribuiu a imagem sem o consentimento dos familiares da atriz falecida. O Tribunal, à época, atendendo à reclamação, determinou a apreensão e destruição da imagem, fundamentando a decisão na impossibilidade de reprodução de imagem de pessoa no leito de morte, sem o consentimento da família, mesmo que se tratasse de pessoa famosa.⁹

Já na esfera doutrinária, como bem ressalta Maria Affornalli¹⁰, a produção específica do tema iniciou-se com o alemão Kohler, em 1880, sendo seguido por Keissber, em 1896, e por inúmeros outros doutrinadores italianos, culminando na elaboração do art.10 do Código Civil Italiano de 1942¹¹, que representou o primeiro dispositivo legal que outorgou proteção ao direito à imagem¹².

⁷ Idem, *A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 22.

⁹ AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem*. 5.a tiragem. Curitiba: Juruá, 2007. p. 28.

¹⁰ Ibid., p. 27/29.

¹¹ "Art. 10: Quando a imagem de uma pessoa ou dos pais, do cônjuge ou dos filhos tenha sido exposta ou publicada fora dos casos em que a exposição ou a publicação é permitida pela lei, ou então com prejuízo do decoro ou da reputação da própria pessoa ou dos mencionados parentes, a autoridade judiciária, a pedido do interessado, pode determinar que cesse o abuso, sem prejuízo da indenização por danos." [CHAVES, Antonio. *Direito à própria imagem*. Revista Forense, Rio de Janeiro, Ano 68, v.240, Fasc. 832-833-834, out/nov/dez. 1972. p.37].

¹² Acerca deste dispositivo comenta Walter Moraes: "O advento do Código Civil de 1942, que em seu art. 10 inclui um dispositivo de tutela da imagem contra o abuso alheio, representou novo alento para a multiforme produção científica italiana, que continua, até nossos dias, a dar bons frutos, enquanto que a doutrina

Seguindo na breve análise da evolução universal do direito à imagem, é de se evidenciar a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1948¹³, indiscutivelmente como o marco inicial da proteção dos direitos do homem, preocupando-se com os princípios de cunho universal, não mais só com os individuais. Apesar de não ser explícito, entende-se que, sem dúvida, ao proteger o direito do homem, de modo amplo e irrestrito, nasceu também a proteção à imagem.

Deve ser também lembrado o Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966, que consagrou que toda pessoa terá direito à liberdade de expressão, receber e difundir informações de qualquer natureza, ressalvando o respeito à reputação das demais pessoas.

No Brasil, o caso precursor em direito à imagem foi o da Miss Brasil de 1922, a Rainha da Beleza, Zezé Leone, que teve a sua imagem indevidamente captada para a produção de um filme¹⁴. Segundo relatos de Duval Hermano, há época foi proferida sentença compreendendo que o grande objetivo da proteção legal é o resguardo da personalidade do retrato, estendendo, assim, o núcleo da proteção cinematográfica à cinematografia, “quando acolheu o Interdito Proibitório a favor da Miss Brasil, Justo de Moraes, (Zezé Leone) contra um cinegrafista de filme de atualidades, que captura sua imagem em ângulos inconvenientes à sua reputação de moça”.¹⁵

O precursor legislativo no direito brasileiro da proteção à imagem, mesmo que não de forma expressa, foi o art. 666, X, do Código Civil de 1916, inspirado na lei autoral do direito alemão de 1907, que dispunha que não ofende os direitos do autor “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 a reprodução ou publica exposição do retrato ou busto”.

No entanto, com o advento das novas tecnologias, por meio das quais em

germânica nada mais oferecia ou divulgava depois dos primeiros anos do século". [MORAES, op. cit. p. 66]

¹³ O art. 12 desse texto assegura que “ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência nem a ataques à sua honra e reputação”.

¹⁴ Essa decisão, consoante com Walter Moraes, realçou cinco aspectos importantes do direito à imagem: (i) colocou o problema no terreno do direito da personalidade; (ii) reconheceu a tutela dos próprios traços físicos originais do sujeito; (iii) tratou da indevida captação da imagem, com a extração de cópias que foram negociadas, sem o consentimento da fotografada; (iv) estendeu a tutela jurídica à imagem dinâmica, e (v) sentenciou, de forma inédita, com fundamento no art. 666, X, do CC/16. [MORAES, op. cit, p. 22]

¹⁵ DUVAL, Hermano. *Filmagem e televisionamento de espetáculo público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.446, dez. 1952. p.52.

frações mínimas de segundos pode-se captar a imagem de alguém e transmiti-la para o mundo inteiro sem que o titular sequer tenha ciência da captação dessa, fez-se necessário que o direito passasse a dar a devida importância à proteção deste bem jurídico de suma importância.

Nesse passo, em função do mundo globalizado em que vivemos, a faculdade da imagem de “tudo comunicar com um só golpe de vista é vital em nossos dias, e basta olhar em volta para constatar o bombardeio de que somos alvos: televisão, cinema, revistas fartamente ilustradas, vitrines^{16,17}. O Ditado “uma imagem vale mais que mil palavras” nunca fez tanto sentido quanto faz nos dias de hoje.

Não por outro motivo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à imagem foi erigido ao *status* de direito autônomo, o prevendo em dois tópicos do art. 5º, incisos V (imagem-atributo), e inciso X (imagem-retrato).¹⁸

Antes da Constituição de 1988, não existia regramento no Brasil que outorgava explicitamente proteção jurídica da imagem do cidadão¹⁹. A elevação da tutela da imagem, como direito autônomo, demonstra que o legislador tomou ciência da importância do direito à imagem e o dotou de proteção legal, independentemente da ofensa ou não de outro direito da personalidade.

Além disso, a proteção constitucional do direito à imagem demonstra também a importância conferida pelo ordenamento jurídico à tutela integral e plena da pessoa humana. Sobre o Tema, Antonio Chaves destaca que “dentre todos os direitos da personalidade, não existe outro tão humano, profundo e apaixonante como o direito à própria imagem. (...). Levamos a nossa imagem conosco por toda a existência, selo, marca, timbre, reflexo indelével da nossa personalidade com que nos chancelou a natureza (...)”²⁰.

Seguindo na esteira constitucional, o direito à imagem ganhou novo ânimo com a promulgação do Código Civil de 2002, que trouxe no art. 20²¹ o regramento

¹⁶ Hoje em dia, é evidente que a *internet* é o principal precursor de imagens, em frações de segundos milhares de pessoas já tem acesso a qualquer conteúdo.

¹⁷ BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.03.

¹⁸ Há quem defenda que o direito à imagem também está protegido no art. 5º, XXVIII, “a” da Constituição Federal, o qual abarca a proteção da imagem no que concerne ao criador da obra.

¹⁹ A não ser de modo indireto pela Lei de Direitos Autorais – Lei nº 5.988/1973, ou inicialmente pelo art. 666, X do Código Civil revogado.

²⁰ CHAVES, op. cit. p.36.

²¹ Art. 20, CC. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

infraconstitucional da matéria, ao disciplinar a proteção específica do direito em análise, ressaltando que a divulgação da imagem só poderá ser feita com o consentimento de seu titular, prevendo, por outro lado, a possibilidade de indenização quando violado.

É interessante perceber que, apesar do mundo ter ciência do “poder” conferido à imagem, mesmo nos dias atuais, poucas são as Constituições que preveem normas como as do art. 5º, V e X, da Constituição Federal do Brasil. Em recente estudo, Georgenor de Sousa Franc Filho concluiu que de 198 Estados que tiveram suas Constituições examinadas, apenas sete, e não mais que isso, contém regras dessa natureza: dois países europeus; três africanos e dois asiáticos. As demais cuidam de privacidade e intimidade em geral, mas não especificamente da imagem, seu uso e sua proteção²².

1.3. Natureza Jurídica

A natureza jurídica do direito à imagem foi alvo de acalorado debate. Por um lado, existiam os mais extremistas que negavam a existência do próprio direito à imagem; enquanto outros defendiam a existência do direito à imagem vinculado, no entanto, a algum outro direito. Consolidou-se, então, a posição doutrinária de que o direito à imagem é, de fato, um direito autônomo da personalidade, assim como é o direito à vida, à intimidade, à privacidade, etc.

Sobre tal assertiva, Walter de Moraes afirma que:

“Como bem essencial, a imagem determina uma regra categórica, isto é, uma regra de dever geral de não violação e preservação, correspondente a um direito absoluto cujo exercício constante é intrinsecamente garantido pela essencialidade do bem e concomitante irrenunciabilidade do direito. Nisso, aliás, distinguem-se os direitos reais dos de personalidade: em que estes são imprescindíveis para o sujeito porque têm por objeto um bem jurídico essencial à personalidade, e daqueles pode prescindir-se pois importam em objetos estranhos à estrutura pessoal [...] pela estrutura, pelo conteúdo, o *ius imaginis* qualifica-se exatamente como um direito de personalidade. É este um ponto sobre o qual a doutrina logrou chegar a consenso que se pode dizer unânime: de que o direito à própria imagem é um direito da

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

²² “Na Europa, existe referência à proteção expressa ao direito de imagem nas Constituições do Principado de Andorra, de 28.04.93 (art. 14), e do Reino da Espanha, de 27.12.78 (Seção 18). Na África, a preocupação se iniciou na República do Togo. Já em 27.12.04, a República Centro-Africana adotou Constituição, cujo art. 13 garante a liberdade de divulgar sua imagem, sem prejuízo dos direitos dos outros, e, na República de Angola, o art. 32,1, da Constituição de 21.01.10, reconhece a todos o direito à imagem. Na Ásia, os dois registros constitucionais existentes são do Reino da Tailândia e da República Democrática do Timor-Leste. A Constituição tailandesa de 24.08.07 é rigorosa na Seção 35, quando admite apenas em caso de benefício ao público a circulação de imagem que viole ou afete os direitos da pessoa, sua reputação, dignidade ou direito de privacidade”. [FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Direito de imagem e o novo civil*. São Paulo: Revista Jurídica Lex, v. 67/2014. p. 32/33].

personalidade”.²³

Não restam dúvidas, portanto, de que o direito à imagem é um direito da personalidade que merece proteção plena do ordenamento jurídico, buscando englobar toda a integralidade do ser humano.

Objetivando a melhor compreensão do presente trabalho, que defende o direito à imagem como direito autônomo, será realizada uma breve análise de algumas das muitas teorias que se desenvolveram ao longo da evolução da tutela da imagem, tais como a teoria negativista, a teoria que vincula a proteção da imagem a outro bem jurídico (honra, intimidade, patrimônio moral, direito autoral).

Antes, porém, cabe expor breve síntese acerca da denominada “Teoria das Esferas” ou “Teoria dos Círculos Concêntricos”, estudo desenvolvido pelo direito alemão, através de Heinrich Hubmann, que buscou demonstrar a relação existente entre os direitos da personalidade. Em suma, defende-se que a personalidade possui “camadas” ou “esferas” distribuídas do centro para as periferias, de modo que o grau de proteção seria decrescente à medida que se afastasse do centro.²⁴

Apesar da grande valia da teoria das esferas, e de sua importância no debate jurídico da tutela da imagem, a Constituição Federal de 1988 acolheu os institutos de maneira diversa, vez que os enumerou, expressa e separadamente, no art. 5º, X²⁵, afinal, “os conceitos

²³ MORAES, op. cit, p.66.

²⁴ A nomenclatura atribuída a cada esfera, bem como o número dessas varia de autor para autor. Sobre o tema, José Adércio Leite Sampaio ensina da seguinte forma:

“*Privatshähare* (mais externa): abarcam tudo aquilo que não esteja incluído na esfera privada, sobretudo, o campo de atuação política e social do cidadão. Se desenrolam acontecimento que, embora compartilhados por diversas pessoas, não se deseja seja o seu domínio público.

Vertraulichkeitssphäre/Vertrauenssphäre ou Esfera da Confidencialidade/ Esfera da Confiança (intermediária): A esfera da vida privada é formada por grupos sociais bem delimitados, dos quais o indivíduo participa: a família, os parentes, os amigos, os colegas, os colaboradores. Os assuntos, as notícias, as cenas que envolvam a pessoa em tais grupamentos devem, em princípios, ficar alheios aos interesses de outras pessoas, grupos sociais ou Estado. Nessa esfera, sublinha-se a necessidade de um respeito do mandato da proporcionalidade para que se promova alguma restrição em seu âmbito de proteção.

Geheimsphäre ou Esfera Secreta (mais interna) Para alguns é a esfera da intimidade (*intimshphäre*), para outros a do segredo (*Geheimspäre*), a ela o tribunal Constitucional alemão já se referiu como o “âmbito último intangível da liberdade humana”, “âmbito mais íntimo”, “esfera íntima intangível”, “núcleo absolutamente protegido da organização da vida privada”, concentrando-a como esfera mais íntima do indivíduo, em que não interage, com o seu ser ou seu comportamento, com os outros e que, portanto, não afeta a esfera pessoal dos congêneres ou os interesses da vida em comunidade”, terminando assim, ali onde sua atuação passasse a afetar o outro. Em princípio seria um âmbito a ser isolado: limitado de pessoas, imediatamente correlacionadas” [SAMPAIO, José Adércio de Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 257].

²⁵ “Art. 5, X, CF - 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”

jurídicos tem esta função, servem para permitir e facilitar os aplicadores do Direito”²⁶. Passemos, então, ao estudo das teorias acerca do direito à imagem, de fato.

1.3.1. Teoria Negativista

O conceito de imagem, inserido por Walter de Moraes, “como toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem”²⁷, gerou intenso e acalorado debate entre os juristas, pois esses questionavam-se como seria possível a tutela jurídica de algo tão íntimo e pessoal.

Dentre os doutrinadores que defendiam essa corrente, negando a existência do direito à própria imagem, estão Schuster, Kohler, Covelli e outros tantos, tendo como seu maior expoente o autor italiano Paolo Vercellone, que fundamentava seu entendimento da seguinte forma:

Existe pessoa, com as suas feições, a sua fisionomia, as suas dimensões. Esta pessoa, isto é, o corpo da pessoa, como todos os corpos materiais expostos à luz, pode ser vista, ou seja; suscitar nos órgãos visuais de outra pessoa uma sensação que naturalmente será diferente cada vez, em relação à luz existente, ao ângulo visual, quer dizer, à relação entre a posição do corpo visto e aquele da pessoa que vê, e finalmente ao 'modo de ver' desta última pessoa. Conclui que não se poderia afirmar que existe a imagem de uma pessoa, mas um indefinido número de imagens, relativas todas ao mesmo corpo, tantas imagens diferentes para cada corpo terá sido visto no futuro por outras pessoas²⁸

Nos dias correntes, por certo, ninguém põe em dúvida o direito à imagem, uma vez que, como bem salienta Pontes de Miranda, “aos poucos foi-se revelando que a negação do direito de personalidade à própria imagem era atitude impertinente; mais: que se insistia em manter o direito abaixo do nível de cultura do nosso tempo”²⁹.

Os estudos e entendimentos sobre o tema em análise evoluíram e, como dito, passou-se a admitir a existência de um direito que tutela a imagem. Todavia, nesse segundo estágio – ou seja, o de reconhecer o direito à imagem -, inicialmente, condicionou-se a tutela a

²⁶ MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 130.

²⁷ MORAES, op. cit, p. 344/345.

²⁸ CHAVES, op. cit. p.36.

²⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v.7. p.82.

lesão ou vinculação a algum outro bem jurídico. Em outras palavras, reconheceu-se o direito à imagem, mas não como o direito autônomo que temos hoje.

1.3.2. Teorias que vinculam a tutela da imagem a outro bem jurídico

Como já mencionado acima, atualmente, resta vencida a teoria negativista, de modo que não mais se questiona a existência do direito à imagem. No entanto, grande debate foi travado acerca da natureza jurídica do direito em análise.

Diversas teorias surgiram vinculando o direito à imagem a outro bem jurídico (honra, privacidade, intimidade etc). Embora tenham representado grande avanço na tutela da imagem, essas teorias a reduziram “incoerentemente o direito à imagem a um capítulo do direito à honra, do direito ao próprio corpo, à intimidade, à identidade, à liberdade, etc., o que vale dizer, confunde imagem com honra, identidade, etc”³⁰.

De modo geral, todas as teorias que serão a seguir tratadas são criticadas por reduzir a imagem (*ius imaginis*) a outro bem jurídico, de modo que o ordenamento jurídico não estaria protegendo a imagem em si, mas sim a honra, da intimidade, a identidade, a liberdade. Em outras palavras, não se estaria admitindo proteção autônoma a imagem, de modo a não estar apta a receber proteção do direito positivo.

Nesse sentido, citando mais uma vez o i. mestre Walter Moraes:

“Se há quem negue o direito exclusivo de permitir a divulgação ou a exploração comercial da própria imagem no âmbito do direito da personalidade porque isto não fere a identidade pessoal de ninguém, é porque reduz-se imagem a identidade; se há quem negue o mesmo direito exclusivo quando não haja invasão da esfera íntima do indivíduo, é porque reduz-se imagem a intimidade. Todavia, uma e outra interpretação afasta-se flagrantemente do conteúdo normativo dos textos legais, diz coisas que as leis não disseram, distingue onde as leis não distinguiram. Sacrifica, portanto, a clara objetividade da norma jurídica para não sacrificar um apriorismo subjetivista que entendeu necessário o pressuposto da identidade ou da intimidade para justificar a existência de um direito à imagem. O mesmo se diga das teorias da honra, do próprio corpo, da liberdade, do patrimônio moral, esta última defensável, pelo menos, enquanto derrama a ideia de “patrimônio”³¹.

³⁰ MORAES, op. cit. p. 67.

³¹ Ibidem. p. 3

Apesar de estarem todas na contramão da ordem constitucional vigente, será, agora, realizado breve estudo acerca das principais teorias vinculativas do direito à imagem.

1.3.2.1. Teoria que vincula a tutela da imagem à honra

Ressalvadas as críticas feitas a todas as teorias vinculativas, não é possível, no entanto, negar a importância da teoria que vincula a tutela da imagem à honra, vez que foi a primeira esfera na qual a imagem se manifestou³².

Para tal teoria, em suma, o *ius imaginis* está contido dentro da honra, vez que se entendia que aquele estava inserido nesse. Em outras palavras, a lesão da imagem somente estaria protegida juridicamente se, ao mesmo tempo, também ocorre lesão à honra do titular da imagem.

Nessa linha, a imagem não seria um bem juridicamente protegido, mas simplesmente um meio de se lesionar a honra, essa sim objeto de tutela do ordenamento jurídico. Como bem ressaltou Walter Moraes “Nessa concepção a imagem não é, pois, mais do que um instrumento de manifestação da personalidade moral do homem, cujo decoro e reputação podem vir a ser violados através dela”³³.

É inegável que a imagem e a honra são bens essenciais ao homem, e, apesar de próximos, não se confundem, ensejando, portanto, proteção jurídica distinta. A honra “é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação”³⁴.

Mais ainda, “honra significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal”³⁵.

Sobre o tema, Tercio Sampaio assevera que:

“Tanto a honra quanto a imagem, possuem um sentido constitucional que

³² Não obstante tal assertiva, é importante frisar que há certa divergência entre os doutrinadores que advogam a tese de que a teoria que vincula a proteção à imagem à propriedade teria sido a primeira teoria que em tese consagrou o direito à imagem como bem juridicamente protegido.

³³ MORAES, op. cit. p. 68.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 208

³⁵ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 121.

envolve terceiros, pois ambos, especialmente a imagem, são situações personalíssimas perante os outros. Direito à honra é, assim, direito de sustentar o modo pelo qual cada um supõe e deseja ser bem visto pela sociedade. É uma combinação entre auto-respeito e respeito dos outros. A honra se projeta na imagem que, embora de alguém, é sempre como alguém julga e quer aparecer para os outros"³⁶

Como bem ressalta Walter Mores, muito embora essa teoria tenha o seu valor, por ter significado representativo avanço em relação à teoria negativista, ela é também “suicida”, vez que “instituir um direito sem objeto próprio: um direito à imagem cujo bem tutelado é a honra”³⁷, tende a esvaziar a importância da imagem, retirando sua proteção integral e a submetendo a necessária lesão da honra para, só então, ter proteção jurídica.

Em seu projeto de Código Civil, Orlando Gomes adotou a teoria que vincula o direito à imagem à ofensa da honra, em seu art. 35, ao dispor que:

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

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

§ 2.º Os direitos relativos à reprodução da imagem podem ser exercidos pelo cônjuge ou pelos filhos, se estiver morta ou ausente a pessoa³⁸.

A Constituição Federal de 1988, como já mencionado, confere à imagem proteção autônoma. Todavia, existe acalorado debate e ferrenhos defensores que entendem que o Código Civil de 2002, em seu art. 20, seguiu na contramão da ordem constitucional e filiou-se à teoria que vincula a proteção à imagem à lesão da honra, ou destinado a fins comerciais.

É inegável que em grande parte das vezes, quando ocorre a violação da imagem, essa acarreta, concomitantemente, uma lesão à honra do indivíduo ou a outro bem jurídico, já que existe “estreita ligação entre a privacidade, a imagem e a honra”³⁹.

No entanto, prevalecer essa teoria, significaria que a imagem do homem estaria desprotegida quando a violação dessa não lesasse também sua honra, o que, por certo, não está de acordo com os ditames constitucionais.

³⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Disponível em: [www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28]. Acesso em: 18.10.2017.

³⁷ MORAES, op. cit. p. 69.

³⁸ Ibidem. p. 344/345

³⁹ FACHIN, Antonio Zulmar. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 64.

Luiz Alberto David Araújo exemplifica de maneira brilhante exatamente tudo que foi defendido nesse tópico:

“Imaginemos, para seguir a teoria expendida, a possibilidade de alguém se opor, com base no direito à honra, à veiculação de um comercial de televisão onde o indivíduo é representado como homem virtuoso, pleno de qualidades, bom chefe de família, etc. A pessoa representada teve seus dados pessoais elevados e elogiados; sua honra não foi nem de longe arranhada. Ao contrário, sua honradez e bom comportamento social foram ressaltados. No caso, outro fundamento que não o da violação da honra serviu de base para a proteção do indivíduo”.⁴⁰

Nota-se, pelo brevemente exposto, que apesar do seu devido respeito, a teoria que vincula a imagem à honra torna àquela um simples instrumento dessa, não sendo suficiente, no entanto, para proteção da imagem que a sociedade e ciência jurídica atual demandam.

1.3.2.2. Teoria que vincula a tutela da imagem à propriedade

A tese ora em apreço foi muito defendida pelos juristas do século XIX⁴¹, vez que detinham segurança e domínio teórico do direito à propriedade, e a proteção da imagem já havia começado a se tornar uma preocupação.

Em suma, os defensores dessa teoria vinculativa defendiam que o titular detinha o direito de propriedade sobre o seu corpo e, conseqüentemente, a sua imagem também era englobada pela proteção⁴².

Nota-se, todavia, que assim como a teoria que vincula o direito à imagem à honra, a teoria que vincula a tutela da imagem à propriedade o trata como se esse fosse um bem material como outro qualquer. Desse modo, só haveria lesão há imagem se também houvesse lesão ao direito de propriedade. Em outras palavras, tutelava-se não a imagem em si, mas o direito de propriedade de seu titular.

⁴⁰ BERTI, Silvio Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 69.

⁴¹ Como relata Silma Berti, foi com base nessa teoria que, inicialmente, o Tribunal Francês outorgou proteção à imagem [BERTI, op. cit. p. 70/71]

⁴² No mesmo sentido, Zulmar Fachin leciona que “Entendeu-se, por muito tempo, que a imagem deveria ser juridicamente protegida com base no direito de propriedade. A pessoa, por ser proprietária do seu corpo, tinha o direito de ser proprietária de sua própria imagem, pois esta nada mais seria do que uma manifestação do corpo. [...] Deste modo, quando violada a imagem da pessoa, esta (porque era proprietária de seu próprio corpo) poderia invocar a norma jurídica garantidora do direito de propriedade para pleitear a reparação do dano sofrido em sua imagem”. [FACHIN, op. cit. p. 59]

Em claro equívoco, os defensores dessa vinculação sobrepunham um direito patrimonialista à proteção de um direito da personalidade do homem. Sérgio Cruz Arenhart é enfático ao alertar que “nunca um direito patrimonial pode sobrepor-se a um direito da personalidade. Esta é uma das peculiaridades essenciais dos direitos da personalidade, valendo essa advertência, também para os direitos à honra e à imagem”⁴³.

Atualmente se está cada vez mais afastado do paradigma patrimonialista de modo que, por evidente, essa teoria não encontra mais respaldo no ordenamento jurídico. Não restam mais dúvidas de que as características e preceitos aplicáveis à propriedade não podem ser simplesmente transportados e aplicados à imagem.

Pelas razões aqui trazidas de forma sucinta, assim como a teoria que vincula a imagem à honra, a teoria que vincula a tutela da imagem à propriedade também se mostra insuficiente para a proteção do ser humano.

1.3.2.3. Teoria que vincula a tutela da imagem à intimidade

Para os defensores dessa teoria, a proteção da imagem limita-se à violação da intimidade de seu titular. Ou seja, mais uma vez, a tutela da imagem estaria sendo submetida à proteção de outro bem jurídico, nesse caso, a intimidade.

Para melhor compreensão dessa teoria, que é de extrema valia para o foco principal do presente trabalho – análise do direito à imagem de pessoas públicas – faz-se mister tecer breves esclarecimentos acerca dos conceitos de privacidade, intimidade e vida privada, por muitos confundidos.

Em sentido amplo, entende-se que a privacidade seria “o conjunto de informações acerca do indivíduo, que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”⁴⁴. Ou seja, a privacidade seria o reflexo de todas as manifestações da personalidade, tanto as íntimas como as da vida privada.

Já em relação à vida privada, como bem expôs o grande doutrinador Milton Fernandes:

⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela inibitória da vida privada. São Paulo: RT, 2000. p.67.

⁴⁴ SILVA, op. cit. p. 188.

“É o direito de excluir razoavelmente da informação alheia ideias, fatos, dados pertinentes ao sujeito. Esse poder jurídico atribuído à pessoa consiste, em síntese, em opor-se à divulgação de sua vida privada e a uma investigação nesta. A este poder corresponde o dever de todas as outras pessoas de não divulgar a intimidade alheia e de não se imiscuir nela. E é neste poder que está o conteúdo do que seja intimidade”⁴⁵

Quanto à intimidade, entende-se que essa se encontra entre o “eu” e o “outro” “de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos. Assim, o direito de intimidade tem importância e significação jurídica na proteção do indivíduo exatamente para defendê-lo de lesões a direitos dentro da interpessoalidade da vida privada”⁴⁶.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva, afirma que a intimidade integra a esfera íntima da pessoa, na medida em que comporta seus pensamentos, desejos, convicções, enquanto a vida privada significa o direito do indivíduo de ser e viver a própria vida, relacionando-se com quem bem entender.⁴⁷

Pelo pouco exposto já é possível notar que não se confunde privacidade com intimidade, apesar da segunda poder ser incluída na primeira. Maria Helena Diniz, elucida brilhantemente que os direitos ora em questão devem ser tratados de maneira distinta, uma vez que a privacidade se volta para aspectos externos da existência humana, enquanto a intimidade diz respeito aos aspectos internos do viver da pessoa.⁴⁸

Do mesmo modo, não se pode confundir o direito à vida privada com o direito à intimidade, pois mesmo sendo muito próximos, existe um grau de exclusividade entre as expressões, já que a "intimidade possui campo mais restritivo do que a vida privada, pois enquanto nesta pretende a pessoa estar só, recolhida à própria individualidade, na vida privada a proteção parte de formas exclusivas de convivência onde a comunicação é inevitável, todavia estrita a pessoas do relacionamento".⁴⁹

⁴⁵ FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 99.

⁴⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 117

⁴⁷ SILVA, op. cit. p. 205-206.

⁴⁸ "A privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela. Por isso, as tratamos de modo diverso, apesar de a privacidade voltar-se a aspectos externos da existência humana, como o recolhimento em sua residência, sem ser molestado, escolha do modo de viver, hábitos, comunicação via epistolar ou telefônica (CF (LGL\1988\3), art. 5.o, XII) etc.; e a intimidade dizer respeito a aspectos internos do viver da pessoa, como o segredo íntimo ou pessoal, amizades, relacionamento amoroso, situação de pudor" [DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 182]

⁴⁹ SIMÃO FILHO, Adalberto. *O direito da empresa à vida privada e seus reflexos no direito falimentar*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JR., Antonio Jorge (coords.), op. cit., p. 340.

Feitas as breves ressalvas acima, passará a ser feita a breve análise deste tópico, ou seja, da teoria vinculativa da tutela da imagem à intimidade.

Como bem observou Milton Fernandes, a proteção da intimidade insere-se na questão mais ampla da tutela da personalidade⁵⁰. Por tal motivo, o para os defensores dessa corrente doutrinária, como já exposto, a imagem da pessoa compõe a sua esfera de intimidade, entendendo que aquela é apenas e tão somente uma expressão e continuidade desta. Assim, estaria sendo violada a intimidade de outrem quem capta imagem de terceiros sem o seu consentimento, enquanto estiver em momento íntimo.

Proteger a imagem, então, significaria proteger a vida íntima das pessoas. [...] O direito à imagem seria um dos aspectos de um direito mais abrangente: o direito à intimidade. Noutras palavras, o direito à imagem estaria contido no direito à intimidade. Assim, quando a intimidade fosse violada, estariam violados também todos os direitos que a integram e, dentre eles, o direito à imagem.⁵¹

De tal modo, os defensores desta teoria entendem que a captação, reprodução ou publicação de imagem de alguém representa uma intromissão indevida na esfera privada da pessoa, o que seria o *right of privacy* norte americano, ou o *diritto ala riservatezza* italiano⁵². Não por outro motivo, tem-se que, ao reproduzir uma imagem sem autorização do representado, estar-se-ia violando a sua intimidade.

Ressalta-se que, em momento algum, se está negando a conexão e proximidade entre a tutela da intimidade e a proteção do direito à imagem. É inegável que ambas outorgam ao particular o direito exclusivo de autorizar tanto o uso de sua imagem, quanto a intromissão em sua vida íntima e privada. Todavia, apesar de próximos, são direitos diversos.

Tal qual as outras teorias vinculativas acima tratadas, a ideia de que a proteção da imagem estaria ligada a lesão do direito à intimidade, demonstra que, também nesse caso, não se está protegendo a imagem em si, mas sim a intimidade de seu titular.

Nesse sentido:

⁵⁰ FERNANDES, op. cit., p. 12.

⁵¹ FACHIN, op. cit. p. 60.

⁵² "Hay una quinta posición que confunde a la imagen con la intimidad, el right of privacy o diritto di riservatezza. Vale decir que, sin deja de señalar las salientes y molduras propias, se considera em ciertos casos afectado aquel derecho a la vida privada, a la reserva personal, y, por tanto, carece de total autonomia el de la imagen." (CIFUENTES, op. cit., p.505). Tradução livre: "Há uma quinta posição que confunde a imagem com a intimidade, o *right of privacy* ou *diritto à riservatezza*. Vale dizer que, sem deixar de ressaltar as características próprias, considera-se em certos casos atingido o direito à vida privada, à reserva pessoal e, portanto, falta total autonomia à imagem".

Desta forma, levando apenas em conta um dos possíveis aspectos do direito à própria imagem (sua atinência à esfera privada do indivíduo, esta teoria o reduz a mera expressão de outro valor distinto, como é a intimidade. (...). É teoria reducionista no que tange à proteção jurídica da imagem, e por tal insuficiente.⁵³

Claramente é possível que a violação do direito à imagem acarrete também a violação do direito à intimidade do indivíduo. No entanto, equivocava-se quem defende que há uma subjunção da imagem na intimidade. Como demonstrado, tratam-se de institutos jurídicos diversos, de modo que devem ser tutelados em separado, vez que “a hipótese de usurpação da imagem requer para si uma posição independente da imagem, conquanto fira valor que adere diretamente à personalidade”⁵⁴.

A diferenciação entre os institutos se torna mais fácil quando se analisa o exemplo dado por Walter Moraes⁵⁵, que, em seu brilhantismo habitual, solicita que se considere a hipótese de uma republicação, não autorizada, de um retrato já antes publicado. Ora nesse caso, a republicação estaria violando o direito à imagem, mas a intimidade de pessoa permaneceria intacta. Restando evidente a independência entre os direitos ora em tela.

Seguindo a mesma linha, Maria Affornali leciona que:

Enquanto o direito à intimidade visa amparar seu titular contra a intromissão em sua vida privada, o direito à própria imagem atenta para a proibição da fixação da imagem por qualquer meio apto, sua divulgação e publicação (elemento moral, extrapatrimonial) e, ainda, faculta a exploração econômica da própria imagem, nas condições estabelecidas pelo representado (elemento material, patrimonial, right of publicity)⁵⁶

Ainda sobre o tema, vale atentar-se aos apontamentos feitos por Paulo José da Costa Junior que ressalta que:

“Consideram-se manifestações do direito à intimidade o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, ao segredo (doméstico, epistolar, documental, profissional). São estes alguns dos aspectos dos direitos à intimidade, mas não todos. Mesmo porque a tutela da intimidade poderá ser estendida a outros atributos da personalidade, como a voz. Embora o direito à imagem não se esgote no direito à intimidade, irradiando-se para outros setores do Direito, quase todos consideram a imagem como uma das manifestações do direito à intimidade”⁵⁷.

⁵³ BARBOSA, op. cit. p.39.

⁵⁴ MORAES, op. cit. p. 71.

⁵⁵ Ibendim. p. 346.

⁵⁶ AFFORNALLI, op. cit. p.28.

⁵⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Agressões à intimidade. O episódio Lady Di*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 42

Por todo exposto, não restam dúvidas quanto as falhas da teoria que vincula a proteção da imagem à intimidade. Como já apontado, tratam-se de bens jurídicos distintos e, como bem pontuado pelo legislador constitucional, merecem que o ordenamento jurídico os proteja com tutelas específicas. Em razão disso, assim como as demais doutrinas já tratadas, essa teoria não encontra mais força na atualidade.

1.3.2.4. Teoria que vincula a tutela da imagem à identidade

Para os defensores da teoria vinculativa da imagem à identidade, a imagem nada mais é do que o reflexo da identidade do indivíduo, merecendo, portanto, a proteção jurídica decorrente da identificação da pessoa. Desse modo, assim como as demais teorias, a imagem não é tratada como bem jurídico distinto, mas sim como direito decorrente do direito à identidade. Somente haveria lesão à imagem caso o direito à identidade também fosse ferido.

O maior defensor dessa corrente, conforme destaca Walter Moraes, foi Rietschel, para quem a “imagem é a contra-senha da identidade pessoal; é a individualização figurativa da pessoa [e em função disso]; autoriza a oposição contra toda injusta divulgação desta contra-senha da própria individualidade e contra toda vulgar indiscrição alheia”⁵⁸.

E prossegue:

O que a teoria da identidade postula, em última análise, é que a imagem pessoal constitui bem tutelado na ordem do direito, enquanto fator de identificação individual. Por conseguinte, há lesão do direito à imagem quando houver usurpação, contrafação, adulteração, etc., da identidade pessoal.⁵⁹

Tendo em vista o entendimento formulado por seus defensores, a indevida utilização da imagem, até mesmo sua veiculação com conteúdo econômico, só estaria juridicamente protegida se junto causasse lesão à identidade pessoal do indivíduo.

No Brasil, a teoria ora em análise teve em Pontes de Miranda seu grande defensor, ao ensinar que:

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

⁵⁸MORAES, op. cit. p. 71

⁵⁹Ibidem. p. 71

identidade pessoal, ao lado do nome. [...]

O *ius imaginis* supõe a identidade pessoal; de modo que usar a imagem de alguém para se indicar, ou indicar outrem, é ofensa ao direito (de personalidade) à própria imagem.⁶⁰

Todavia, o grande doutrinador brasileiro, ressalta que “pertence à pessoa identificada, porém não é direito da personalidade; é direito que se confere ao sujeito porque ele tem interesse em que não se use, a líbito, a sua imagem. Daí precisar-se do consentimento do retratado, salvo se, conforme os costumes, não seria de exigir-se”⁶¹.

É inegável que todas as pessoas possuem sinais identificadores e que a imagem é um dos principais. Como famosa frase de Keissner afirma, “podemos imaginar uma pessoa sem nome, mas não sem fisionomia”⁶². Todavia, seria um equívoco reduzir a imagem a simples função identificadora, o que justificaria que ela não recebesse proteção jurídica autônoma.

Como bem destaca Walter Moraes, “tal entendimento, sobre incorrer no vício comum às teses da honra e da intimidade, pois que denega valor autônomo ao bem da imagem, esbarra com dificuldades invencíveis na área da experiência”⁶³. Para corroborar sua assertiva, o ilustre doutrinador usa como exemplo o caso de alguém utilizar a imagem de outrem sem que houvesse usurpação da identidade. Caso prevalecesse a doutrina que vincula o direito à imagem à identidade, esta utilização não autorizada não seria protegida juridicamente. E finaliza afirmando categoricamente que “a tese da identificação pessoal falha porque lança como fundamento universal o que não vale senão como causa contingente de valorização da imagem”⁶⁴.

Seguindo a mesma linha, Luiz Alberto David de Araújo critica a teoria em análise, afirmando que:

Para contestar tal corrente, não há que se alongar. Basta recordarmos do exemplo já citado por Santos Cifuentes, em que o modelo permite a reprodução de sua imagem, que é repetida por empresa não autorizada a fazê-lo. Ora, há violação da imagem, mas, em nenhum momento, perda da identidade. Não houve contrafação da imagem. A pessoa retratada é facilmente identificada. Não há qualquer má utilização de identidade. Há, isto sim, uso indevido da imagem, não coberto pela tese da identidade.⁶⁵

⁶⁰ MIRANDA, op. cit. P. 80

⁶¹ Ibidem, p. 54

⁶² MORAES, op. cit. p. 374

⁶³ MORAES, op. cit. p. 72

⁶⁴ Ibidem, p. 72

⁶⁵ ARAUJO, op. cit. p. 40

Pelo acima exposto, não restam dúvidas de que a tese que vincula a tutela da imagem à identidade não tem força e, por tal, não se sustenta no ordenamento jurídico vigente.

1.4. Imagem como bem jurídico – a autonomia do direito à imagem

Conforme foi demonstrado com o breve estudo feito acima, todas as teorias que vinculam a tutela do direito à imagem a outro bem jurídico mostraram-se, a seu modo, insuficientes, visto que não garantem a proteção e satisfação integral do instituto de proteção à imagem. Tal feito significaria a não aplicação do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, visto que, como bem destacado por Maria Affornalli, “enquadrar o direito à imagem em qualquer instituto jurídico preexistente é dar a ele um enfoque limitado, é enxergá-lo por apenas uma das várias facetas que apresenta”⁶⁶.

Não por outro motivo, a Constituição de 1988 conferiu proteção autônoma ao direito à imagem, em seu art. 5º, V e X, visando garantir a melhor forma de atingir e dar efetividade à dignidade humana. Desvinculando, assim, a tutela da imagem de qualquer outro direito da personalidade ou patrimonial.

Importante destacar, como feito por Notaroberto Barbosa, que:

Não cabe desprezar as teses até aqui estudadas: afinal, estas são as provas cabais de uma evolução de um direito recente como o da própria imagem. Entretanto, nos dias que correm, este direito ganhou contornos e características tais que não mais permitem seu enquadramento de forma simplista no âmbito de qualquer dos direitos da personalidade preexistentes, mas sim determinam o enquadramento da proteção jurídica da imagem como direito autônomo, merecedor de disciplina própria. Vem-nos à mente portanto o sempre atual juízo de Louis Nizer, neste caso extremamente oportuno e que sintetiza muito do exposto: "Velhos nomes não acomodam novos Direitos."⁶⁷

Como já mencionado anteriormente neste trabalho, a tutela do direito à imagem tornou-se de extrema importância nos dias atuais. Com o desenvolvimento das tecnologias, tais como jornais, televisão e, principalmente, internet, o direito à imagem foi se investindo de características próprias, desvinculando-se de qualquer outro instituto já existente, e, assim, ganhando autonomia.

Não por outro motivo, conferiu-se à imagem autonomia plena, exaurindo a sua proteção integral, vez que se trata de direito da personalidade e elemento dignificante da

⁶⁶ AFFORNALLI, op. cit. p. 46/47.

⁶⁷ BARBOSA, op. cit. p. 51.

pessoa humana. Cabe, aqui, ressaltar que, muito embora se reconheça o vínculo existente entre a imagem e outros bens jurídicos (honra, intimidade, identidade e etc.), esta relação não é de subordinação, mas sim de coordenação, conforme disposto no texto constitucional.

Nota-se, portanto, que, com o advento da Constituição de 1988, foi conferida proteção à imagem independentemente da sua lesão gerar concomitantemente lesão a outro bem jurídico. Sendo, portanto, possível afirmar que a imagem é um direito autônomo, oponível *erga omnes*.

Walter Moraes, com seu usual brilhantismo, esclarece o que seria a autonomia ora consagrada ao *ius imaginis*:

Com a palavra autônomo quero dizer: que tem regra própria, que determina por si, e não por subsunção em outros bens, uma ordem de comportamento. Ou a imagem é bem relevante para o direito, capaz de determinar por si conduta que implique a disciplina de uma norma jurídica, e então há consistência na faculdade de agir em razão deste bem – ou não o é, e então não há falar de um direito subjetivo.⁶⁸

Assim, ao admitir a autonomia do direito à imagem, admite-se que a imagem será sempre tutelada pelo ordenamento jurídico, bem como haverá responsabilização civil de quem lesar a imagem de outrem. Frente a isso, a doutrina é quase unânime⁶⁹ ao admitir a autonomia objetiva do direito à imagem.

O Supremo Tribunal de Justiça, também coaduna com o entendimento firmado pela doutrina majoritária. Em caso emblemático⁷⁰, a Suprema Corte reconheceu a autonomia do direito à imagem de ex-jogadores da seleção brasileira de futebol, tricampeã mundial em 1970. O conflito deu-se em função do lançamento de álbum de figurinhas, pela Editora Abril, denominado de “Heróis do Tri”, usando a imagem dos craques sem que esses tivessem anuído ao seu uso. Em fundamentada análise, o e. Tribunal desvinculou o direito à imagem de qualquer outro bem jurídico, decidindo que:

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

⁶⁸ MORAES, op. cit. p. 67

⁶⁹ Em oposição à corrente majoritária, Danilo Doneda nega, ao seu modo, a autonomia objetiva do direito à imagem, defendendo que: “*ao estabelecer requisitos para que uma pessoa impeça a divulgação de aspectos de sua imagem, abre-se a reserva de que esta divulgação é lícita quando não lhe macule a honra ou quando tenha finalidade lucrativa*” [DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no novo código civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos nas perspectivas civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 52]

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1245111- RS.

específico, cuja disponibilidade é inteira do seu titular e cuja violação se concretiza com o simples uso não consentido ou autorizado, [...] Alegou-se a inexistência de prejuízo, indispensável para o reconhecimento da responsabilidade civil das demandas. Ocorre que o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só aí já está o dano moral. [...] A orientação aqui exposta está em harmonia com o que vem sendo decidido no Brasil, [...], o que permitiu que a persistência dessa orientação parece ser de molde a conduzir à formação de um costume na ordem jurídica brasileira. Hoje, tal direito tem suporte constitucional (artigo 5.o, incisos X, XI e XXVIII).⁷¹

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal também já se posicionou sobre a questão, ao reformar um julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que havia negado o pedido da Autora em condenar a Ré ao pagamento de danos morais sob o fundamento de que a "reparação a esse título não se concede se a publicação não ofende a reputação da autora, em nada abalada pelo uso indevido". O e. Tribunal, com fundamento no art. 5º, X, da CRFB, afastou a necessidade de lesão a outro bem jurídico, reconhecendo a autonomia do direito à imagem nos seguintes termos:

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

I - Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5.o, X.

II - R. E. conhecido e provido.⁷²

Frente ao exposto até o momento, é fácil notar que o constituinte conferiu proteção no mesmo patamar e de forma individualizada para os valores consagrados na sociedade, tais como intimidade, honra, identidade e imagem, não havendo subordinação entre eles, haja vista que todos são dotados de autonomia.⁷³

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 46420-0-SP..

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 215.984-1. Rel. Ministro Carlos Velloso. Recorrente: Cássia Kis. Recorrida: Ediouro S/A. Julgamento ocorrido em 04.06.2002. DJU, 28 jun. 2002.

⁷³ Sobre o tema, Luiz Alberto Davis sintetiza a questão de forma brilhante, ao escrever que “*O constituinte cuidou de forma distinta de cada um desses bens e, ao colocá-los lado a lado, deu autonomia à imagem, resolvendo questão que atormentava a doutrina. Imagem, dessa forma, é distinta de intimidade, de honra, de vida privada. Se não pretendesse dar autonomia à imagem, não a colocaria ao lado de outros bens, bastando assegurar a proteção. Ao garantir imagem e honra, pretendeu, o constituinte, significar que são bens distintos, independentes. O mesmo se pode dizer da intimidade e da vida privada. A imagem, portanto, deve ter disciplina própria, ao lado da intimidade, da honra e da vida privada. Qualquer posicionamento, a partir do novo texto constitucional, que pretenda negar autonomia à imagem, deve ser rejeitado. Por força do novo ordenamento constitucional, pode-se afirmar, com tranquilidade, que a imagem é bem distintamente protegido, merecendo regulamentação própria e autônoma*” [ARAUJO, op. cit. p. 74]

A questão não geraria maiores polemicas não fosse a previsão do art. 20 do Código Civil de 2002, que, como mencionado nos primeiros tópicos desse trabalho, andou na contramão de todo o desenvolvimento jurídico do tema e da previsão constitucional, e vinculou a proteção do direito à imagem à honra ou divulgação com fins econômicos.

Não se está por ora negando o mérito do Código Civil em ter inovado ao prever no ordenamento infraconstitucional a proteção dos direitos da personalidade. No entanto, no que concerne o direito à imagem, há que ser dito que seria preferível que o referido Código tivesse mantido se silente, vez que o que tutelou não foi o direito à imagem, mas sim a honra do seu titular, e o resguardou de eventual conteúdo econômico na divulgação de sua imagem. Desse modo, haveria tão somente a previsão constitucional, capaz de suprir todas as necessidades de proteção aventadas pela imagem.

A previsão do Código Civil nos leva ao intrínseco problema elencado nas teorias vinculativas tratadas no tópico anterior, uma vez que estaria infraconstitucionalmente desprotegido o indivíduo que teve sua imagem capta (não divulgada), mas isso não acarretasse lesão à sua honra ou tivesse fins econômicos.

Mais que isso, ao assim dispor, o Código Civil fere o princípio da Supremacia Constitucional⁷⁴. Como não poderia deixar de ser, muitos doutrinadores nacionais teceram fervorosas críticas ao art. 20, vez que “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.”⁷⁵

⁷⁴ Acerca do Princípio da Supremacia Constitucional: "Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas, como também delimita o conteúdo que possam ter. Como consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material. A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. O princípio não tem conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela." [BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.370/371].

⁷⁵ FACHIN, op. cit. p. 127/128.

No mesmo sentido, posicionou-se Caio Mario da Silva Pereira: “A regra pertinente ao direito à imagem, contida no artigo 20 do Código Civil, peça de sensível obscuridade. Ao se referir à proibição das divulgações, alude a requerimento. Não pode ser interpretado como requisito, pois que a lei, na defesa da privacidade, proíbe que sejam publicadas, salvo autorização. O requerimento somente pode ser entendido no sentido de conferir à pessoa a faculdade de, na via administrativa ou judicial, promover as medidas contra quem quer que atente contra o direito à intimidade. Não se subordina o direito à privacidade a prévio requerimento. Não se compreende, também, que a divulgação seja proibida somente quando atinja a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo, ou para fins comerciais. A divulgação é proibida sempre, salvo autorização, e o indivíduo tem o direito de coibi-la. No caso de atentar contra aqueles atributos, sujeita o infrator às sanções que no caso couberem. Haverá, pois, necessidade de demonstrar a lesão, no caso de postular o interessado uma indenização” [PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.1. p. 108]

Frente ao descompasso existente entre a previsão constitucional e infraconstitucional, nos encontramos em uma encruzilhada. Caso o interprete entenda que a imagem somente é passível de proteção nos termos do art. 20, do Código Civil, essa estará sujeita à lesão concomitante da hora; por outro lado, interpretando-se a previsão constitucional, tem-se que a imagem está plenamente protegida, independentemente de dano a outro bem jurídico, seja a honra ou estar relacionada a outros fins comerciais.

Diante disso, as respostas serão diferentes para cada caso. Em caso hipotético, imagine-se alguém que tem a sua imagem, sem autorização, captada por uma máquina digital particular de pessoa que, não pretendendo a sua publicação, também não fere a sua honra. Poder-se-á impedir que aquele particular capte e/ou possua a imagem da pessoa independentemente de seus motivos e intenções, vale dizer: o direito tutela a opção da pessoa de não ter a sua imagem captada por estranhos? Ou ainda, o titular de determinada imagem captada, que de forma alguma é lesiva a sua honra, poderá impedir que terceiros, que não têm fins econômicos, divulguem ou reproduzam a sua imagem na internet, como por exemplo, no youtube ou facebook?

A resposta correta, segundo a tese defendida neste trabalho, seria a de que se impõe ao titular do *ius imaginis* o direito de se opor a captação, divulgação, reprodução de sua imagem, independentemente de vinculação a qualquer outro bem jurídico, conforme prevê os preceitos constitucionais que efetivamente outorgam autonomia objetiva ao direito à imagem.

Constata-se, assim, que, ao condicionar a tutela da imagem à lesão da honra e a utilização para fins comerciais, o Código Civil violou a previsão constitucional, razão pela qual muitos consideram que o art. 20 deveria ser considerado inconstitucional.

Em vista de tal fato, existe uma corrente de doutrinadores que – partindo do art. 35 do Anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes - defendem que, para que haja tutela integral do direito à imagem no plano infraconstitucional, seria necessária alteração do art. 20, do Código Civil, que passaria a ser aplicável apenas para a regulamentação da divulgação de escritos e transmissão de palavras, e seria incluído no Código novo dispositivo para tutelar a imagem (art. 20-A⁷⁶)

⁷⁶ Art. 20-A: A captação, reprodução, divulgação, exposição e utilização da imagem não autorizadas podem ser proibidas pelo titular sem prejuízo da indenização por danos morais e materiais.

§ 1.o único: Em se tratando de morto ou ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge ou companheiro³⁴³, os ascendentes ou os descendentes.

§ 2.o - A autorização de que trata o *caput* deste artigo é dispensável quando a utilização da imagem for necessária para a manutenção da ordem pública ou à administração da justiça.

§ 3.o - Não constitui violação ao direito à própria imagem a captação e/ou reprodução de pessoa que se encontra em local público, desde que o sujeito não for o foco central da captação, nem de pessoa de notoriedade social,

Atualmente, não há mais qualquer discussão sobre o fato da imagem ser dotada de autonomia objetiva plena. Por tal fato, a imagem se constitui na faculdade exclusiva de seu titular de autorizar, revogar a autorização, recusar, impedir, proibir a captação, divulgação, exposição e utilização de sua imagem, independentemente de qualquer relação com outro bem jurídico, sendo, ainda, assegurado o direito de o titular impedir a lesão ou, quando isso se mostrar impossível, de obter indenização pelos danos morais e materiais.

Pelo exposto ao longo do capítulo, foi possível compreender melhor o conceito, histórico, natureza jurídica e atual *status* do direito à imagem no ordenamento jurídico. Passará, agora, a ser feita análise das situações que acarretam a violação do direito da imagem.

2. LIMITES E VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM

2.1. Exercício do Direito à Imagem

Para que seja possível entender os casos em que há violação do direito à imagem, faz-se mister, primeiro, pontuar como se dá o exercício de tal bem jurídico.

Como já salientado no capítulo anterior, o *ius imaginis* é a faculdade que tem o titular de autorizar ou proibir, de modo exclusivo, a captação ou exploração de sua imagem, podendo seu exercício ocorrer de duas formas: a) negativa; b) positiva.

Está-se diante do exercício negativo do direito à imagem quando seu titular proíbe a sua captação e/ou reprodução, pois, sendo o sujeito o dono de sua aparência, ele é dotado do direito de desejar ou não que ela seja captada ou reproduzida. Em outras palavras, nessa concepção, o direito à imagem “visa a impedir que terceiros, sem a autorização da pessoa, registrem sua imagem ou a reproduzam, qualquer que seja o meio: fotos, filmes etc. A proibição da reprodução não autorizada da imagem alcança a proibição de sua publicação ou exposição pública”⁷⁷.

Além do direito de proibir a captação e utilização de sua imagem., ainda na concepção negativista, existe também o direito de “retratação”, que consiste no direito de o titular da imagem poder a qualquer tempo revogar a autorização dada para que terceiros pudessem captar e/ou utilizarem a sua imagem.

Já no que diz respeito ao exercício positivo do direito à imagem, é necessária maior cautela, já que, como visto, se trata de direito da personalidade, e, como tal, é extrapatrimonial, indisponível, irrenunciável, imprescritível, tem caráter absoluto e vitalício.

A primeiro, é extrapatrimonial, pois, embora atualmente a imagem seja utilizada largamente com propósito patrimonial, a princípio sua essência não é essa, visto que se trata principalmente, de proteção do interesse moral do indivíduo e aplicação do princípio da dignidade humana. Em outras palavras, como bem sintetizado por Renan Lotufo, os direitos da personalidade são extrapatrimoniais, "porque não se reduzem a dimensionamento de interesses nem a avaliações econômicas"^{78,79}.

⁷⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.157.

⁷⁸ LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 49.

⁷⁹ Existem doutrinadores que se posicionam contrariamente ao entendimento aqui tratado, por considerar que a imagem tem como característica a patrimonialidade, vide FACHIN, op. cit. p. 72.

É de extrema importância que se entenda que o sujeito não pode alienar ou vender o direito de sua imagem, conquanto possa ceder a outrem o exercício de certos direitos que formam o conteúdo de seu direito. Todavia, essa pequena parcela do direito à imagem que pode ser destacada, por assim dizer, e, com isso, gozar de certa “disposição patrimonial”, por possibilitar seu uso econômico, não lhe retira a sua característica preponderante de extrapatrimonialidade.⁸⁰

A segundo, diz-se que o direito à imagem é inalienável, ou como preferiu o e. Supremo Tribunal de Justiça, é dotado de disponibilidade parcial ou relativa, pois a imagem do indivíduo não pode ser vendida, doada ou passada a terceiro. Ora, pode-se sim alienar a matéria sobre a qual incide o direito à imagem, mas não o direito em si. De tal forma, as vantagens patrimoniais podem ser auferidas com a exploração da fixação e reprodução da imagem de determinada pessoa, mas não se pode alienar a própria imagem⁸¹.

Muito embora o direito à imagem seja dotado das características de extrapatrimonialidade e indisponibilidade, a sua exploração econômica, atualmente, é cada vez mais comum. Para que a utilização da imagem seja regular e válida, o titular tem que anuir não só com a captação, mas também com a forma que ocorrerá a sua reprodução e veiculação⁸².

Há muito o ordenamento pátrio manifesta a necessidade do consentimento para a exploração da imagem de outrem, haja vista que, de fato, o "uso desconsentido, em qualquer situação em que seja colhida, ou fixada a pessoa, para posterior divulgação, com ou sem finalidade econômica, é ilícito, porque a pessoa é o arbítrio para se revelar ou não"⁸³. Além disso, aquele que recebe consentimento para utilização da imagem, deve exercê-la dentro dos

⁸⁰ Nesse sentido, Maria Cecília Affornalli assevera que “os reflexos econômicos não tem o condão de afastar a predominância do interesse moral e surgem diante da possibilidade de veiculação da imagem nos meios publicitários e jornalísticos, por modelos, manequins, artistas, personalidades da sociedade, atletas; bem como em casos de violação do direito à imagem na forma de indenização pecuniária” [AFFORNALLI, op. cit. p. 51].

⁸¹ O Conselho da Justiça Federal, por intermédio dos enunciados 4 e 139 da primeira e terceira jornada de Direito Civil, respectivamente, versam sobre a disponibilidade parcial e transitória da matéria sobre a qual incidem os direitos da personalidade:

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

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

⁸² “A aquiescência ao uso da imagem é decisão incoercível e necessária sem a qual a utilização dessa projeção pessoal não adquire licitude. É a própria pessoa que escolhe se quer divulgar ou ver flunar sua imagem, a ocasião em que assim quer fazê-lo ou permiti-lo e a maneira pela qual, com ou sem contrapartida financeira, concebe adequada a autorização” [JABUR, Gilberto Haddad. *Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil*. In: DELGADO, Mario; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Novo código civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003. v.1. p. 39]

⁸³ JABUR, op. cit. p. 22.

limites da autorização concedida, sob pena dessa se tornar ilícita.⁸⁴

Nesse ponto, cumpre lembrar que, como já destacado anteriormente, o titular da imagem tem o direito de a qualquer tempo retirar a autorização que anteriormente havia concedido para que a sua imagem fosse captada, explorada.

Como assevera Capelo de Souza, mesmo quando autorizada pelo titular a utilização da matéria sobre a qual recaem os direitos da personalidade, estas autorizações são "sempre revogáveis, discricionárias e unilateralmente", obrigando-se, no entanto, ao pagamento dos "prejuízos causados às *legítimas expectativas* da outra parte"⁸⁵. Dessa forma, mantém-se o equilíbrio entre o direito personalíssimo do titular da imagem, com o direito de terceiro de não sofrer prejuízos pela vontade daquele que consentiu e posteriormente retratou-se.

Tendo sido brevemente explicado como se dá o exercício do direito à imagem, passa-se, agora, a analisar os meios de divulgação da imagem, para que possamos melhor compreender os limites e causa de violação do direito objeto de análise desse trabalho.

2.2. Autorização para o uso da imagem.

Antes, porém, de analisar os meios de divulgação da imagem, julga-se importante breve explanação sobre a autorização para o uso da imagem, de modo que a pessoa retratada tenha seu direito constitucional à imagem preservado.

Como supracitado, o direito à imagem é inalienável e extrapatrimonial, de modo que, para que seu uso seja lícito, é necessária a autorização do titular da imagem. Desse modo, a autorização para o uso da imagem do seu titular, trata-se de requisito básico para a divulgação e propagação dessa imagem. Sem essa autorização, o uso da imagem é considerado ilícito. Sendo de caráter ilícito, pode gerar responsabilidades e o dever de indenizar.

É importante frisar que a autorização para uso da imagem deve ser sempre demonstrada de maneira clara, usualmente feita por escrito, e deve ser específica quanto ao fim que visa atingir com seu uso, de modo que se for utilizada com fins diversos estar-se-á encoberta de ilicitude.

⁸⁴ "Em outras palavras, usar a imagem para fins além daqueles previstos significa violar o direito à imagem: é como se a tivesse utilizado sem autorização e sem remuneração." (FACHIN, op. cit., p.53/54).

⁸⁵ SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 409.

Além disso, o uso da imagem também é limitado pelo tempo e modo consentidos, isso é, poderá ser divulgada a imagem até a data acordada entre as partes do contrato, como por exemplo um contrato firmado com uma modelo para que ela divulgue determinado produto por determinado tempo; assim, a divulgação da imagem da modelo deverá ser feita até a data que estiver constando no contrato para o fim da divulgação. Não podendo, também, ser identificada nenhuma alteração na imagem oficial.

No entanto, existem algumas situações em que a captação e divulgação da imagem não depende de consentimento, como é o caso daquele fotografado em locais públicos, ou em festas folclóricas, desfile de moda e etc – desde que essa captação e divulgação não cause qualquer tipo de constrangimento, vexame ou afligir o retratado de qualquer forma.

O uso da imagem com consentimento não traz nenhum tipo de problema para a pessoa retratada, seja ela pública ou privada, pois, por vontade própria concordou com a divulgação. Porém, a utilização dessa imagem só poderá ser feita se estiver dentro dos fins para os quais foi anuído pela pessoa autorizada. Havendo um desvirtuamento na finalidade da divulgação, a pessoa retratada poderá valer-se de ação de reparação de danos, caso não tenha sido comunicada e caso o dano tenha sido efetivado.

O consentimento para uso da imagem pode ser dar por autorização tácita (implícita), ou por autorização expressa. O consentimento tácito é aquele que o titular da imagem não autoriza expressamente o seu uso, mas deixa-se fotografar tendo conhecimento de que, de alguma forma, aquela foto vai ser divulgada, como por exemplo quando uma pessoa participa de eventos públicos ou campanhas beneficentes; o fato da pessoa expor sua imagem indica que ela consente com a publicação da mesma. Exemplo típico da autorização tácita é a participação de artistas famosos em campanhas como a do combate ao câncer de mama ou à erradicação do analfabetismo no país.

Por outro lado, o consentimento expresso para a propagação de uma imagem, diferentemente do consentimento implícito, pode ser verbal ou escrito, isso se dá quando o titular da imagem expressamente autoriza o uso da sua imagem por terceiros. Mesmo com o consentimento expresso, é preciso que seja especificado todos os detalhes por detrás da divulgação da imagem do indivíduo, buscando, assim, preservá-la.

No próximo capítulo será tratada a questão da pessoa pública e pessoa comum (“privada”), de todo modo, cabe neste tópico destacar que, salvo algumas exceções, a imagem

das pessoas, sejam elas públicas ou comuns, somente poderão ser divulgadas quando dotadas de autorização do retratado. Consentindo o titular com o uso de sua imagem, não ocorrerá violação desse direito, como também, não haverá ofensa quando se tratar de divulgação de imagem de pessoas públicas, ou em locais públicos, ou que seja, fato de interesse da sociedade.

2.3. Meios de divulgação da imagem

Na sociedade globalizada em que vivemos e com o desenfreado surgimento de novas tecnologias, os meios de divulgação e reprodução são cada vez mais diversificados. O que antes levava meses para ser repassado a alguém, hoje chega em menos de 1 segundo ao conhecimento de milhares de pessoas ao redor do mundo.

Como mencionado em tópico anterior, hoje, a preocupação com a tutela do direito à imagem é cada vez maior, exatamente em função desses vários modos que propiciam a divulgação da imagem do indivíduo. Dessa forma, nesse item, buscar-se-á elencar algumas entre tantas formas utilizadas para divulgar a imagem, demonstrando, ainda, as condições em que ocorre a violação ao direito à imagem em função do meio em que foi usado para noticiá-la.

2.3.1. Desenho

Segundo o dicionário Aurélio, a definição de desenho nada mais é do que a representação de formas sobre uma superfície, por meio de linhas pontos e manchas, com o objetivo lúdico, artístico e científico; trata-se da arte e a técnica de representar, com lápis, pincel, pena, etc, um tema real ou imaginário, expressando a forma e a cor⁸⁶.

Desde os primórdios da humanidade o desenho é usado como meio de expressar externamente a imagem. Os homens pré-históricos desenhavam nas paredes das cavernas para deixarem as gerações futuras e para as demais espécies a sua imagem. Apesar de muito ter se desenvolvido, hoje, o desenho continua sendo uma forma de retratar a imagem de algo ou alguém.

Corriqueiramente esbarrasse-se com algum desenho que retrata algum indivíduo, de modo que a tutela do direito à imagem é a ele aplicável. Não poderia ser

⁸⁶ Disponível em <https://dicionariodoaurelio.com/desenho> [acesso em 21.10.2017]

diferente, em muitos dos casos, o desenho humano – caricatura - realça alguma característica marcante do indivíduo, que passa a ser por ela identificado. O A imprensa faz comum uso dessa ferramenta, sendo possível dar como exemplo as charges constantes em todos os jornais de grande circulação, ou até mesmo os famosos “memes” da geração moderna.

Conforme esclarece Alcides Leopoldo e Silva Junior, desde que a caricatura não seja ofensiva à honra , e não realce defeitos físicos ou partes do corpo que importem ao retratado vexame ou humilhação, deve ser tolerada independentemente do consentimento do caricaturado, caso contrário poderá propiciar ações indenizatórias⁸⁷.

Nota-se, portanto, que se a caricatura/desenho permanece dentro dos limites do lícito, é de se entender que não há ofensa ao direito à imagem do indivíduo. Nesse caso, a pessoa caricaturada não poderá mover ação de indenização somente porque a sua imagem foi reproduzida em uma caricatura.

2.3.2. Pintura

No âmbito das pinturas, as violações ao direito imagem se intensificaram no início do século XX, quando a corrente do expressionismo era a majoritária dentre os pintores. Nessa época o artista pintava influenciado por sua subjetividade de modo que, muitas das vezes, o indivíduo não era retratado com sua real imagem.

Como destaca José Serpa, a pintura retratando a imagem de um indivíduo pode advir de um modelo que posa para ser pintado, ou através de foto, podendo o retratado reivindicar caso não concorde com a pintura.

Atualmente, são poucas as ações intentadas por ofensa ao direito à imagem em pinturas, sendo mais comuns os casos que dizem respeito ao direito do autor⁸⁸.

2.3.3. Fotografia

Como já dito inúmeras vezes, a imagem constitui um direito da personalidade e

⁸⁷ SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo. *A pessoa pública e seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores e socialites*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 47.

⁸⁸ Conforme conclusão da Professor Vera Campos, em sua tese de mestrado sobre o Direito à imagem como Direito Humano Fundamental no Ordenamento Jurídico Brasileiro [CAMPOS, Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois. *Do direito à imagem como direito humano fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*. 2003. p. 178 - Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2003]

sua proteção jurídica ganhou principal importância com o surgimento da fotografia e sua consequente circulação. Em tempos de whatsapp, instagram, facebook e tantos outros, em que em um piscar de olhos uma foto chega ao outro lado do mundo, a proteção da imagem em casos de circulação de fotografia tornou-se imperiosa.

Um rápido adendo faz-se necessário, vez que existem dois direitos inerentes à fotografia: o direito à imagem – objeto do presente estudo -, e o direito do autor, que é o próprio fotógrafo. Não se buscará, aqui, esmiuçar o estudo e causas de incidência do direito do autor da fotografia, apenas esclarecendo que a fotografia tirada por fotógrafo profissional só poderá ser utilizada se autorizada pela pessoa fotografada. Ademais, a fotografia, enquanto obra de arte, é protegida pela Lei de Direitos Autorais (Lei 9610, art. 7, VII⁸⁹), que dispõe que ao fotógrafo cabe apenas os direitos patrimoniais, de modo que os direitos morais cabem ao fotografado.

É importante, ainda, destacar que se estivermos diante de uma pessoa pública, um cantor ou ator famoso, um político renomado, um escritor de projeção, sua imagem pode ser usada, desde que não seja ofendido ou exposto a escárnio ou execração pública. Ou seja, a fotografia é lícita. Difere a situação quando a imagem é de uma pessoa comum, que não pode ser utilizada graciosamente, porquanto atributo irrenunciável da personalidade. Trata-se do direito do retratado.

Tornou-se recorrente, nos dias de hoje, escândalos de publicação indevida de fotografias envolvendo pessoas públicas. É evidente que, até mesmo quando se trata de célebres indivíduos, existem limites para divulgação de fotos, visto que, caso não sejam respeitados, estar-se-á violando os direitos fundamentais à imagem, à honra, à intimidade, à vida privada.

2.3.4. Internet

Sem dúvida, a internet, nos dias de hoje, é o veículo pelo qual ocorre o maior número de violações ao direito à imagem. São incontáveis os casos em que alguma pessoa, na maioria das vezes pública, teve sua imagem divulgada e lesada na internet, seja por fotos que invadem a esfera da intimidade, seja por “memes” maldosos, seja pela publicação de notícias falsas.

A primeira função da internet foi à troca de correspondência, o e-mail eletrônico, permitindo a troca de informações de um usuário para outro, atingindo, de início, um número restrito de pessoas. Com o avanço tecnológico, a internet se expandiu, e as homepages foram criadas,

⁸⁹ “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;”

tendo evoluído para famosas redes sociais, que atingem um número incalculável de pessoas ao redor de todo o mundo.

As imagens e informações que são veiculadas pelas “homepages”, têm provocado inúmeras ações no campo do direito à honra, à imagem e aos direitos autorais, isso porque a internet teve uma evolução muito rápida, dificultando a solução de determinados conflitos causados virtualmente.

Apesar de o direito estar em constante evolução, ele não consegue acompanhar o ritmo das inovações tecnológicas, de modo que, quando uma lei referente a determinado assunto da web é aprovada, novos problemas já surgiram, necessitando, com isso, de novas leis.

Alcides Leopoldo e Silva⁹⁰ defende que para a inclusão da imagem em qualquer “homepage”, a prévia autorização do retratado, mesmo que essa imagem tenha sido obtida em revista ou jornal, ou até mesmo em outro site, onde tenha sido autorizada, pois não caracteriza autorização tácita a anterior publicação, com exceção das hipóteses em que pode ser presumida a autorização ou em que a divulgação seja legal.

Ações indenizatórias poderão ser intentadas caso a divulgação da imagem ocorra sem autorização do titular desse direito, mas, para que sejam propostas no judiciário faz-se necessário o conhecimento de quem as divulgou; é aí que encontramos o grande problema, qual seja: a dificuldade de identificar quem são os autores das divulgações.

O cidadão, ao buscar amparo junto à justiça, sente-se seguro de que serão empregados todos os meios eficientes para que, quando tiver um bem jurídico ofendido, possa ser devidamente ressarcido, mas nem sempre é assim, principalmente quando se trata de ofensas decorrentes da internet, pois os autores das divulgações das imagens usam o anonimato, tornando muito difícil sua identificação para que possam ser responsabilizados. Muito tem se evoluído a esse respeito, no entanto, ainda existe um longo caminho a ser percorrido.

Procurou-se nesses breves tópicos mencionar alguns dos principais meios de divulgação da imagem, sem evidente que não se restringe apenas a esses, existindo outros tanto, como a escultura, imprensa escrita, televisão. Porém, não há cabimento em se estender nesse ponto. Assim, agora, passará a ser tratada a questão central desse tópico, qual seja os limites e casos de violação ao direito à imagem.

⁹⁰ SILVA JUNIOR, op. cit. p. 203.

2.4. Limites do direito à imagem

Como mencionado em momento oportuno, o exercício lícito do direito à imagem se dá com o consentimento do retratado, sendo apenas ele o detentor de tal poder. Em outras palavras, somente o titular da imagem é capaz de consentir com a captação, reprodução e/ou divulgação dessa, sempre dentro dos seus interesses.

Além disso, como dito ao longo deste trabalho, o titular da imagem pode a qualquer tempo revogar a autorização que conferiu para que terceiros fizessem uso de sua imagem, tendo, sempre, que arcar com os prejuízos que isso vier a gerar para outrem.

Apesar disso, é notoriamente sabido que nenhum direito é absoluto e ilimitado, havendo situações em que se faz preciso ceder. Com o direito à imagem não seria diferente. Nesse sentido, Renan Lotufo faz muito bem ao lecionar que:

É pacífica, entre os doutrinadores, a posição de que nenhum direito é absoluto, visto que tem seu campo de atuação limitado pelo campo de atuação de outro direito. Nesse sentido, bem coloca Pedro Frederico Caldas, em seu livro *vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*: "Exercício de direito vulnerador de uma situação jurídica, ou de outro interesse juridicamente protegido, configura despotismo ou abuso de direito, configurações que trincam a ordem jurídica, o equilíbrio e a harmonia social, demandando a reparação devida".⁹¹

Como será exposto neste tópico, em alguns casos, não ocorre violação ao direito à imagem quando essas são utilizadas sem autorização de seu titular. Nesses casos, estar-se-á diante dos limites ao direito à imagem.

A primeiro, de modo aparentemente paradoxal, insta destacar que, no presente trabalho, entende-se que não se trata de limitação ao exercício do direito à imagem a captação/divulgação de imagem de pessoa pública que se encontra em local público, se dentro dos limites legais. Defende-se, aqui, que se tratar, a bem da verdade, do próprio exercício do direito à imagem.

No entanto, não se pretende estender, aqui, o delicado debate acerca dos limites do direito à imagem de pessoas públicas, visto que isso será esmiuçado em capítulo próprio. Apenas cumpre destacar que, em função de seu papel, as pessoas públicas não precisam consentir com a captação/divulgação de sua imagem, quando em captas em local pública, haja vista que, ao se expor à vida pública, elas outorgam um consentimento prévio e tácito para

⁹¹ LOTUFO, op. cit. p. 49.

que suas imagens possam ser captadas e utilizadas, desde que nos limites da sua publicidade e notoriedade.

É importante frisar que a imagem sempre deve estar vinculada a notícia, não podendo a mídia usa-la com o intuito de fofoca, isso porque o liame entre a notícia e a publicação de imagem é estreito, sob pena de se configurar publicação indevida.

Outro limite imposto ao direito à imagem, nesse caso em relação a pessoas comuns, ocorre com aquele que se encontra em local público e tem sua imagem captada e divulgada sem seu prévio consentimento. Não haverá lesão à imagem se o retratado não for o foco central da notícia, ou retrato, estando sua imagem inserida apenas de forma acessória; sendo necessário também que haja vinculação entre a imagem e a notícia.

A assertiva acima exposta parte do princípio de que aquele que se expõe publicamente autoriza de modo implícito a utilização de sua imagem, desde que, como já ressaltado acima, essa utilização se dê de forma secundária no fato retratado.

Sobre o tema:

Por estar em lugar público e estar dentro de um quadro que integra a notícia, não pode insurgir-se contra a publicação de sua imagem. Imaginemos a hipótese de uma pessoa que caminha pela praia, sem qualquer preocupação, numa manhã ensolarada. Sua foto, no dia seguinte, é veiculada pelos jornais, noticiando a volta do bom tempo, ausente nos últimos dias. O indivíduo, no caso, não foi o centro da notícia, nela aparecendo circunstancialmente, como centenas de outras pessoas que estavam (ou que poderiam estar) na praia naquele instante. Mas, imaginemos que a publicação da sua imagem, na notícia acima mencionada, causasse dano ao indivíduo. Poderia pretender uma reparação? A resposta é negativa, já que, ao permanecer em lugar público, o indivíduo, implicitamente, autorizou a veiculação de sua imagem, dentro do liame notícia-imagem.⁹²

Coadunando com linha acima, Zulmar Fachin assegura 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”⁹³.

Todavia, não são apenas nesses dois casos supramencionados que o direito à

⁹² ARAUJO, op. cit. p. 98.

⁹³ FACHIN, op. cit. p. 117.

imagem pode sofrer reservas – não se tratam de limitações, pois, como já dito, entende-se que são o próprio exercício do direito à imagem.

A bem da verdade, existem duas situações em que o direito à imagem está, de fato, sujeito a limitações, sendo elas: a) quando for necessária para a administração da justiça, ou b) quando for necessária para a manutenção da ordem pública⁹⁴. Em ambos os casos, o titular da imagem não terá seu direito lesado, caso essa venha a ser divulgada, não fazendo jus, portanto, a indenização por qualquer título.

Nos dois casos acima, em que o direito à imagem é limitado em prol da administração da justiça e ordem pública, aplica-se a “regra maior” de que o interesse individual deve ceder ao interesse geral e coletivo⁹⁵.

De maneira esclarecedora, David de Araujo exemplifica o até aqui dito:

Caso típico dessa espécie é a segurança nacional [ordem pública]. O indivíduo não pode pretender se opor à publicação de sua imagem, se o bem que será sacrificado é maior, e causará prejuízo bem mais amplo do que aquele que teria o indivíduo com a violação de sua imagem. A publicação de imagem de determinado indivíduo que afeta a segurança nacional, ou mesmo a manipulação de arquivos fotográficos, desde que relacionados logicamente com o bem protegido, não poderá ser objeto de oposição do indivíduo. [...] O interesse do indivíduo não pode prevalecer sobre o social. Na mesma linha de raciocínio está a publicação da imagem decorrente de investigação criminal ou atividade investigatória do Estado. [...]. Cessada a razão da divulgação, a publicação passa a ser indevida.⁹⁶

Importante destaque é dado pelo doutrinador acima, visto que, o uso lícito e não consentido da imagem alheia se restringe a poucas situações, estando restrito as necessidades dessas e cessando tão logo findem os motivos que permitiram tal utilização. "Em resumo, a descompressão da imagem tem duplo efeito: de um lado, libera a imagem ao conhecimento do público em geral e, de outro lado, cessada a interferência do limite, restaura o controle da imagem pelo seu titular ou seus herdeiros"⁹⁷.

⁹⁴ Feitas as devidas ressalvas ao art. 20, CC, entende-se que o legislador civil andou bem ao prever tais limitações.

⁹⁵ Sobre o tema, Adriano de Cupis assevera que: “*As necessidades da justiça ou de polícia, os fins científicos, didáticos ou culturais, constituem outras tantas hipóteses especificamente determinadas, nas quais o sentido da individualidade deve ceder, em face de exigências opostas de caráter geral. O mesmo sentido da individualidade deve, do mesmo modo, ceder quando a reprodução esteja ligada a fatos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público ou realizadas em público. A quem participa em um acontecimento ou em uma cerimônia de interesse público, ou ocorrida em público, pode mesmo atribuir-se o consentimento tácito da reprodução da sua imagem em várias cópias enquadradas nos ditos acontecimentos ou cerimônias*”. [CUPIS. op. cit. P. 149]

⁹⁶ ARAUJO. op. cit. p. 95/96

⁹⁷ DUVAL. op. cit. p. 146.

Finalmente, é importante mencionar que, em muitos casos, o direito à imagem entra em conflito com outros dois direitos fundamentais: direito à informação e direito à liberdade de expressão; acabando por ser flexibilizado – não se entende isso como uma limitação, em si. No entanto, como a ocorrência desse conflito diz respeito, principalmente, à imagem de pessoas públicas, o mesmo será analisado em capítulo próprio.

2.5. Violação do direito à imagem

Como insistentemente mencionado neste trabalho, a captação, divulgação, utilização, bem como a extrapolação da autorização dada, viola o direito à imagem. Além disso, já se esclareceu que não é necessário que haja qualquer outro dano para que se configure a lesão à imagem (o direito à imagem é direito autônomo, conforme dispõe a Constituição Federal).

Notaroberto Barbosa entende que a causa da violação à imagem se subdivide em três tipos: (i) quanto ao consentimento; (ii) quanto ao uso, e (iii) quanto à ausência de finalidades que justifiquem a exceção⁹⁸.

Seja qual for tipo de violação, é inquestionável que aquele que tiver seu direito à imagem lesado deverá ter respaldo legal para coibir tal violação e, caso não seja possível impedi-la, espera-se que o ordenamento jurídico preveja reparação ao dano eventualmente sofrido.

Não por outro motivo, neste tópico buscar-se-á realizar breve análise dos meios previstos no ordenamento jurídico brasileiro que visam “solucionar” a crescente onda de lesão à imagem das pessoas.

2.5.1. Legítima defesa

Inicialmente frisa-se que nem de longe objetiva-se fazer análise aprofundada do instituto da legítima defesa. Muito pelo contrário, a intenção nesse item é apenas fazer uma pequena exposição dos dispositivos legais que asseguram maior proteção ao direito à imagem, respaldando os indivíduos lesados.

Maria Helena Diniz define a legítima defesa como:

⁹⁸ Notaroberto Barbosa leciona que existem três tipos de violação ao direito à imagem: “1º quanto ao consentimento: quando o indivíduo tem a própria imagem usada sem que tenha dado qualquer consentimento para tal; 2º quanto ao uso: quando, embora tendo sido dado consentimento, o uso feito da imagem ultrapassa os limites da autorização concedida; 3º quanto à ausência de finalidades que justifiquem a exceção: quando, embora se trate de pessoa célebre, ou fotografia de interesse público, a maneira de uso leva à inexistência de finalidade que se exige para a limitação do direito da imagem” [BARBOSA. op. cit. p. 88].

“Excludente de responsabilidade civil (CC, art. 188, I, 1.a parte; RT, 756:190, 808:224, 780:372) e criminal (CP, art. 25), se com o uso moderado de meios necessários alguém repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, legítimo será o prejuízo infligido ao agressor pelo agredido, não acarretando qualquer reparação por perdas e danos, sendo improcedente qualquer pedido de indenização formulado pelo prejudicado”.⁹⁹

O direito à legítima defesa encontra-se previsto no art. 188, I¹⁰⁰, do Código Civil. Já o Código Penal Brasileiro, em seu art. 25,¹⁰¹ e exige, para que haja legítima defesa, que quatro requisitos estejam cumulativamente presentes, sendo eles: (i) agressão injusta; (ii) atual ou iminente; (iii) utilização dos necessários e moderados, e (iv) proteção do próprio direito ou de outrem.

No tocante ao direito à imagem, existe que estaria configurada a legítima defesa nos casos em que o indivíduo teve a sua imagem captada de forma não consentida de retirar do fotógrafo, cinegrafista etc. o seu aparelho e de alguma forma destruir a imagem captada, nem que para isso seja necessário destruir também o próprio aparelho¹⁰².

Todavia, é preciso que haja muita cautela quanto a aplicação da legítima defesa em casos que envolvem o direito à imagem, vez que qualquer excesso poderá inverter os papéis, fazendo com que o indivíduo inicialmente lesado cause danos a outrem, que a princípio era quem responderia pela violação.

Nesse sentido, a doutrinadora Jacqueline Dias¹⁰³ menciona em seu livro um caso famoso em que houve inversão dos papéis, quando da ideia de legítima defesa e direito à imagem. Trata-se do caso de Jacqueline Onassis que, tentando fugir de fotógrafos, acabou tendo que responder por prejuízos matérias pela destruição de equipamentos de fitografia.

Haja vista que não existe fórmula para afirmar se determinada conduta constitui ou não legítima defesa, mais uma vez, faz-se necessária a análise de caso à caso. De

⁹⁹ DINIZ. op. cit. p. 552/553.

¹⁰⁰ “Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”[Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm]. Acesso em: 23.10.2017.

¹⁰¹ “Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm]. Acesso em: 23.10.2017.

¹⁰² Walter Moraes encontra-se dentre os doutrinadores que defendem o cabimento da legítima defesa no caso exemplificado: “*Seria legítima a defesa privada que consistisse em inutilizar imediatamente os meios mecânicos da fotografia, da cinematografia, da fonografia e dos demais processos de gravação magnética audiovisual que violasse tal direito*”. [MORAES. op. cit. p. 58].

¹⁰³ DIAS, Jacqueline Sarmiento. *O direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 148.

todo modo, é possível concluir que a legítima defesa deve ser usada de forma excepcional na proteção da imagem, sendo preferível resguarda-se na tutela preventiva do Poder Judiciário – impedindo que aquele que teve sua imagem violada passe a ser tido como agressor, não mais como agredido.

2.5.2. Tutela Reparadora

Tradicionalmente, a lesão ao direito à imagem, no ordenamento jurídico brasileiro, recebe proteção com base na tutela reparadora. Ou seja, ao lesar a imagem de outrem, o causador estará obrigado a reparar os danos causados ao lesado. Trata-se da clássica responsabilidade civil que, na medida do possível, visa reestabelecer o *status quo ante*¹⁰⁴.

Seria utópico, no entanto, acreditar que o lesado conseguiria reestabelecer o estado anterior em que se encontravam antes da lesão, surgindo dessa forma a obrigação de indenizar o dano causado.

Na sociedade atual, em que, de fato, “uma imagem vale mais que mil palavras”, a situação narrada acima ocorre com muita frequência, de forma que a tutela reparatória tem sido, na maior parte das vezes, a proteção conferida pelo poder judiciário àquelas pessoas que tem sua imagem utilizada de forma ilícita.

Nessa esfera, cabe pontuar que a reparação civil de dano causado à imagem encontra previsão nos art. 12; 186 e 927¹⁰⁵, do Código Civil - além, além, claro, dos dispositivos específicos do direito à imagem da Constituição Federal e do próprio Código Civil.

¹⁰⁴ “O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-la inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in *Daños*, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados”. [CAVALIERI FILHO. op. cit. p. 13].

¹⁰⁵ “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. [Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm]. Acesso em: 23.10.2017]

É importante notar que, como estudado, para que seja configurada lesão à imagem não há necessidade de ter sido causado dano – caso da legítima defesa e da tutela preventiva, que será objeto do próximo item. Todavia, para que haja dever de indenizar é imprescindível que tenha ocorrido dano material e/ou moral. Nesse sentido:

O texto constitucional pretendeu definir o campo de reparação da imagem. Ocorrerá violação desde que cause ao indivíduo algum tipo de dano, quer seja patrimonial ou moral. Assim, para que haja violação da imagem, deve haver dano. Isso significa que a reparação do dano, pelo novo texto constitucional, deve ser plena, a mais ampla possível, não se limitando à reparação apenas do dano patrimonial. [...] A Constituição deixa claro que a reparação deve ser ampla: autoriza a indenização pelo dano material como pelo dano moral.¹⁰⁶¹⁰⁷

Diante disso, como tratado no capítulo inicial, apesar de ser um direito essencialmente extrapatrimonial, alguns atributos da imagem podem ser explorados economicamente, de modo que sua exploração não consentida pode acarretar, também, indenização de ordem patrimonial, já que essa deverá englobar a integralidade do dano.

Portanto, a utilização indevida da imagem de alguém gera para o agente o dever de indenizar integralmente os danos causados, englobando, como dito, o dano emergente e o lucro cessante (danos materiais) e os danos morais.

No concernente aos danos morais, existe acalorado debate doutrinário, pois parte dos autores entendem que não basta condenar o causador do dano ao pagamento do mesmo valor que a imagem teria custado, caso tivesse sido autorizada; devendo majorar a condenação, como medida educativa, incentivando que não se repita mais a violação à imagem de outrem¹⁰⁸. Contrariamente, existem aqueles que defendem a tese de que o valor da indenização pelos danos materiais deve ser exatamente o que se pagaria pela utilização regular da imagem sob pena de enriquecimento sem causa da vítima¹⁰⁹.

¹⁰⁶ ARAUJO. op. cit. p. 99/100.

¹⁰⁷ Conforme entendimento consolidado do STJ, o dano moral pode ser cumulado com o dano patrimonial – súmula nº 37 “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. [Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf]. Acesso em 23.10.2017].

¹⁰⁸ Sérgio Cavalieri defende essa corrente, ao afirmar que “Se assim não for, a ilicitude passará a ser um estímulo e ninguém mais respeitará a imagem de ninguém. Com ou sem o consentimento do titular, a sua imagem será utilizada e as conseqüências serão as mesmas. O efeito do ato vedado não pode ser o mesmo do ato permitido, sobretudo quando há implicações de ordem moral”. [CAVALIERI. op. cit. p. 102].

¹⁰⁹ Maria Affornali encontra-se dentre as defensoras da segunda corrente: “Diante do dano de ordem econômica, chamado de dano patrimonial ou material, a apuração do montante do prejuízo sofrido é tarefa simples, bem mais fácil do que a quantificação da indenização do dano moral; devendo-se pautar pelo cálculo do quanto a pessoa representada perdeu ou deixou de ganhar com o uso indevido. O valor a ser atribuído deverá levar em consideração diversos fatores, tais como o tamanho do anúncio publicitário, a popularidade do retratado, o faturamento ou o aumento de lucro que o violador teve em função da utilização da imagem etc. Ou ainda, de maneira mais simples, o valor dos “contratos de imagem” similares”. [AFFORNALLI. op. cit. p. 72].

Muito embora seja procedente a preocupação demonstrada por Sérgio Cavallieri Filho no sentido de que somente a indenização pela violação do direito à imagem no valor em que se obteria pela utilização consentida da mesma significa um estímulo ao desrespeito ao *ius imaginis*, com devida vênia, neste trabalho defende-se que há que se levar em conta que a majoração do dano material, da forma apresentada, afrontaria o art. 944¹¹⁰ do Código Civil, que restringe a indenização à extensão do dano. Desse modo, a indenização deve se pautar pelo princípio da restituição integral, ou seja: nem mais nem menos do que a vítima teve de dano.

Com efeito, é na fixação do *quantum debeatur* da indenização pela lesão exclusiva de cunho extrapatrimonial que o julgador terá que se utilizar de prudência e de razoabilidade para estabelecer o justo montante da lesão, valendo-se de alguns critérios estabelecidos pela doutrina, tais como: a intensidade do dolo do ofensor, a qualificação das partes, a condição financeira do ofensor e da vítima, as consequências da lesão.

Diante disso, ante uma lesão de cunho extrapatrimonial, notadamente em relação aos danos causados à personalidade, como é o caso da lesão causada à imagem, deve o juiz arbitrar o valor correspondente à necessária compensação pela ofensa sofrida pela vítima, utilizando-se de seu prudente arbítrio e forma motivada.¹¹¹

Pelo aqui exposto, é possível concluir que, sempre que o direito à imagem de outrem for lesado haverá obrigação de indenização da vítima, seja pelos danos materiais, seja pelos danos morais, podendo, ainda, haver a cumulação de ambos.

2.5.3. Tutela preventiva

Nos tópicos acima, foi realizada breve análise expositiva da legítima defesa e tutela reparadora, aplicáveis aos casos de violação ao direito à imagem. Todavia, nem sempre

¹¹⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” [Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm]. Acesso em: 23.10.2017]

¹¹¹ “Dado que a personalidade humana do lesado não integra propriamente o seu patrimônio, acontece que da violação da sua personalidade emergem directa e principalmente danos não patrimoniais ou morais, isto é, prejuízos de interesses de ordem biológica, espiritual, ideal ou moral, não patrimonial, que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, apenas podem ser compensados, que não exatamente indenizados, com a obrigação pecuniária imposta ao agente. É o caso da perda de vida e da saúde, das dores e incomodidades físicas, dos sofrimentos, constrangimentos e desgostos morais e afectivos, dos complexos e frustrações de ordem estética e psicológica, dos vexames e humilhações, da privação ou redução da liberdade, da perda ou diminuição do bom nome, do prestígio, da reputação e consideração social, das contrafacções da identidade e da imagem, etc.” [SOUZA. op. cit. p.458].

essas duas formas de proteção são suficientemente eficazes para a plena proteção da imagem. Não por outro motivo, somada as duas formas acima trabalhadas, existe ainda a tutela preventiva do direito à imagem, por meio da qual o indivíduo que estiver na iminência de ter sua imagem violada poderá impedir que ocorram danos ou fazer com que os efeitos da violação cessem, impedindo sua repetição.

Luiz Guilherme Marinoni entende que a tutela preventiva é “a única capaz de impedir que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia, através de uma inconcebível expropriação de direitos fundamentais para a vida humana”.¹¹²

Segundo Joaquim Spadoni, a tutela preventiva é obrigação do Estado, haja vista que o ente público é obrigado a prestar não só uma tutela formal, mas uma tutela jurisdicional “adequada, útil e eficaz”. Neste aspecto, a tutela repressiva ou reparadora se mostra de todo inadequada em termos de direitos da personalidade.¹¹³

Assim sendo, a tutela inibitória permite que o titular da imagem ameaçada de ser captada, divulgada ou de qualquer forma violada provoque o Poder Judiciário e lhe solicite uma resposta expedita no sentido de fixar multa ao agressor pela utilização não consentida da imagem, busca e apreensão do material, remoção de coisas, dentre outras providências que se revelem necessárias¹¹⁴ à remoção do ilícito, não dispensando, se necessário, o uso de força policial.

Além disso, cabe ressaltar que a concessão da tutela inibitória pode se dar por meio de requerimento do indivíduo que teve seu direito à imagem ameaçado, ou de ofício – quando já existe medida jurisdicional em tramite –, ou ainda por meio da antecipação de tutela, conforme prevê o art. 300 do Código de Processo Civil¹¹⁵ vigente.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 24.

¹¹³ "A tutela jurisdicional prestada pelo Estado deve ser, assim, não apenas uma resposta formal, mas uma resposta qualificada, apta a atender e realizar o interesse juridicamente protegido, que foi constatado e reconhecido no desenrolar da atividade jurisdicional. A tutela jurisdicional que o Estado está obrigado a prestar ao titular do direito é, assim, uma tutela *adequada, útil e eficaz*." [SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória: ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2.ed. São Paulo: RT, 2007. p.23].

¹¹⁴ "Usando da criatividade – e tendo como limite restrições de ordem legal e mesmo constitucional (a exemplo das prescrições das regras previstas na Constituição Federal, nos arts. 5.o, XX, XLVII, LI e LXVII, 6.o, XXXIII, 15 entre outras) –, dispõe o juiz de amplos poderes para fixar o meio coercitivo mais idôneo para atingir a efetividade da ordem emanada." [ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutela Inibitória da Vida Privada*. São Paulo: RT, 2000, p.206].

¹¹⁵ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1o Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2o A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3o A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade

Note-se que a tutela preventiva visa a proteção do porvir, objetivando prevenir condutas futuras que violem algum direito legalmente previsto; ao contrário do que ocorre com a tutela reparadora, que visa recompor pecuniariamente a lesão já sofrida.¹¹⁶

Sobre o tema, a doutrina já empossou entendimento de que os direitos não patrimoniais não podem ser protegidos por tutelas que atuem somente após a lesão já ter ocorrido¹¹⁷. Desse modo, a tutela preventiva se mostra a melhor forma para proteção de direitos da personalidade, tal como o direito à imagem, vez que visa impedir que a lesão se concretize, se repita, se perpetue.

Seguindo na mesma linha, o art. 497¹¹⁸ do Código Civil vigente prevê que o Juiz determinará as providências devidas para que seja assegurada a tutela do direito por resultado prático equivalente.

Face ao exposto, é possível assegurar que a tutela inibitória dispensa, ao contrário da reparatória, a ocorrência do dano, basta somente a existência do ilícito; tal característica revela-se importante para a proteção do *ius imaginis*, haja vista que em diversos casos, como já visto anteriormente, a violação a este direito ocorre independentemente da existência de dano, como por exemplo na pura e simples captação não consentida da imagem em situações em que tal não é possível.

No que diz respeito a tutela inibitória específica em relação ao direito à imagem, entende-se que “no fundo da pretensão do titular da imagem parece existir sempre o interesse pela interrupção do processo lesivo do direito de dispor a ele reservado, ou pela

dos efeitos da decisão. [Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm]. Acesso em: 23.10.2017]

¹¹⁶ Luiz Guilherme Marinoni, lecionando quanto a diferenciação da tutela preventiva e da tutela reparatória, ensina que: “Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa.” [MARINONI, op. cit. p.36.]

¹¹⁷ “Os direitos da personalidade não podem ser garantidos adequadamente por uma espécie de tutela que atue somente após a lesão ao direito. Admitir que tais direitos apenas podem ser tutelados através da técnica ressarcitória é o mesmo que dizer que é possível a expropriação destes direitos, transformando-se o direito ao bem em direito à indenização. Não é preciso lembrar que uma espécie de expropriação seria absurda quando em jogo direitos invioláveis do homem, assegurados constitucionalmente.” [Idem. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. 2.a tiragem. Curitiba: Juruá, 2002. p.171/172].

¹¹⁸ Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. [Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm]. Acesso em: 23.10.2017]

abstenção do ato lesivo ainda não realizado; neste sentido é negatória a pretensão"¹¹⁹.

Não por outro motivo, a tutela inibitória revela-se como sendo absolutamente indispensável para a proteção do princípio constitucional da dignidade humana, empenhando-se em garantir – e não somente amenizar – a inviolabilidade dos direitos da personalidade.

Por todo aqui exposto, há de se concluir que a tutela preventiva (inibitória) é a que melhor atende à proteção do direito à imagem, garantindo a proteção integral e efetiva dos direitos da personalidade. Em outras palavras, é a tutela preventiva que apresenta a prestação jurisdicional ideal, em favor do resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana.

¹¹⁹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6.ed. São Paulo: RT, 2004. p. 626.

3. PESSOAS PÚBLICAS E DIREITO À IMAGEM

3.1. Conceito de pessoa pública

Chega-se, agora, ao cerne do estudo do presente trabalho: o direito à imagem de pessoas públicas. Muito já foi exposto acerca do direito à imagem, tendo sido esclarecido conceito, natureza jurídica, limites e outros pontos mais. Todavia, para que seja possível a compreensão da problemática que gira em torno do direito à imagem de pessoas públicas, primeiro, é preciso se fazer entender o real significado de “pessoa pública”.

O autor Alcides Leopoldo e Silva Júnior define que:

Pessoa pública é aquela que se dedica à vida pública ou que a ela está ligada, ou exerce cargos políticos, ou cuja atuação dependa do sufrágio popular ou do reconhecimento das pessoas ou a elas é voltado, ainda que para entretenimento ou lazer, mesmo que sem objetivo de lucro ou com caráter eminentemente social, como são por exemplo, os políticos, artistas, modelos e outras pessoas notórias.¹²⁰

No mesmo sentido, David Araújo¹²¹ leciona que:

São indivíduos que, em razão do ângulo artístico, político, esportivo ou por qualquer outro motivo, projetam a sua personalidade para além das barreiras individuais, passando a ser objeto de interesse público, interesse de toda a comunidade. São pessoas que são notícia dos jornais, das revistas especializadas, das reportagens.

Seria insensato imaginar que determinado jogador de futebol, no Brasil, se insurgisse contra a publicação de sua fotografia, em jornal de grande circulação, quando marcou o gol da vitória para seu clube, em partida de final de campeonato.¹²²

Já para Enéas Costa Garcia, pessoa pública é toda aquela que, devido a sua atividade ou fatos marcantes de sua vida, passa a desfrutar de notoriedade, despertando a atenção generalizada do público, tendo, em alguns casos, seu direito à vida privada limitado.¹²³

Assim, pode-se dizer que toda pessoa que atrai o interesse da sociedade, seja

¹²⁰ SILVA JUNIOR, op. cit. p. 89.

¹²¹ Há que se ressaltar que o mestre Luiz Alberto David de Araújo considera a situação retratada como uma limitação ao direito à própria imagem.

¹²² ARAUJO, op. cit. p. 97.

¹²³ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade civil dos meios de comunicação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 228.

artista, atleta, ou ocupante de cargo político, ou seja, que for reconhecida por significativa parcela da sociedade é denominada de “pessoa pública”, e acaba por sofrer limitações em seu direito à imagem, como será em breve tratado.

O caráter de publicidade é atribuído à pessoa em função de sua voluntária exposição perante a imprensa, isto é, ela mesma se sujeita a ser objeto de notícias (obviamente dentro dos limites legais). Não sendo, portanto, considerada pessoa pública aquela que, contra sua vontade, é exposta a curiosidade alheia.

Em todos os casos em que a pessoas se faz pública, é inegável a importância de sua imagem – que, apesar de passar a ter caráter patrimonial, não perde sua essência extrapatrimonial, como já mencionado no primeiro capítulo deste trabalho. Assim, é imprescindível que essas pessoas, que atraem o interesse de milhares de outras pessoas, também tenham seus direitos respaldados, vez que, acima de tudo, são humanos e detentores dos mesmos direitos que qualquer outro indivíduo.

Todavia, apesar de o direito garantido pelo ordenamento jurídico ser igual para qualquer pessoa, seja ela pública ou privada, quando relacionado à tutela da imagem, alguns cuidados devem ser tomados, pois será necessária uma maior flexibilização, gerando, de certa forma, um “tratamento diferenciado”, como será demonstrado a seguir.

3.2. Diferença entre pessoa pública e pessoa privada

Após definir o conceito de pessoa pública, cabe agora apontar as principais diferenças existentes entre essa e a pessoa privada, sob a ótica do direito à imagem.

Como exposto acima, pessoa pública é aquela que, em razão da função que exerce ou cargo que ocupa, é reconhecida por grande parcela da sociedade e, por isso, acaba por atrair a atenção para sua vida privada.

Em função desse caráter de publicidade de que é dotada, o direito à imagem da pessoa pública é flexibilizado, vez que a Constituição Federal, também prevê como direitos fundamentais o direito à informação e a liberdade de imprensa. Ao se fazer pública, a pessoa atrai um genuíno e legítimo interesse da sociedade com relação à essa publicidade.

Por muito tempo a doutrina defendeu que, o *status* de pessoa pública e notória importava numa autorização tácita para divulgação da imagem dessas pessoas. Assim as “pessoas notórias se encontrariam em um estado de *représentation permanent*, aplicável com

relação aos fatos da vida, seja da vida pública, como privada, "quando a vontade de divulgar sua personalidade ao público pareça evidente, é extensiva ao direito à imagem"¹²⁴.

No entanto, como bem ressaltado por Sérgio Iglesias¹²⁵, mesmo nos casos de pessoas públicas é necessário consentimento. O que de fato ocorre com as pessoas públicas e notórias na sociedade é que elas outorgam tácita e previamente o consentimento para que suas imagens possam ser captadas e utilizadas, desde que nos limites da sua publicidade e notoriedade.

Dessa forma, não se pode falar em lesão ao direito à imagem de um artista, político ou atleta, que tenha tido sua imagem captada quando se encontrava voluntariamente em público, sabendo da sua condição de notoriedade e publicidade. Nota-se, assim, que "ao se tratar de pessoa notória, o âmbito de sua vida privada será reduzido, de forma sensível. Isto porque, no tocante às pessoas célebres, a sociedade tem maior interesse em conhecer-lhes a vida íntima, as reações que experimentam e as peculiaridades que oferecem"¹²⁶

Costa Junior afirma, ainda, que as personalidades que estão em evidencia pertencem ao público e, em razão do status social do indivíduo, o seu papel é o de exibir sua pessoa e concentrar sobre si o interesse popular¹²⁷. Com o devido respeito, nesse trabalho discorda-se um pouco de tal afirmativa.

De fato, como já mencionado, ao se expor voluntariamente, a pessoa pública assume que sua vida privada será objeto do interesse alheio, sobre isso não existem dúvida. Todavia, em muitos casos a imprensa extrapola o limite da vida privada, adentrando na esfera da intimidade do celebre indivíduo, o que beira a ilicitude. Lembrando que, como tratado no tópico que versou sobre a teoria vinculativa da imagem à intimidade, a intimidade possui campo mais restrito do que a vida privada.

A grande queixa das celebridades é exatamente essa, a invasão a esfera da intimidade. Costa Junior transcreve em seu lúdico texto trecho de entrevista da modelo Gisele Bündchen confirmando tal assertiva: "me perseguem e eu não tenho um minuto de sossego; ninguém me deixa em paz. Todo mundo tem direito à liberdade, á privacidade, eu quero que as pessoas respeitem meu espaço"¹²⁸.

¹²⁴ SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 199.

¹²⁵ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. Barueri: Manole, 2002. p.89.

¹²⁶ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Agressões à intimidade. O episódio Lady Di*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 27.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 28.

¹²⁸ COSTA JÚNIOR, op. cit. p. 95.

Todos são detentores do direito à privacidade, à intimidade, à vida privada, à imagem, trata-se de garantia constitucional. Sempre haverá aquele fato ou momento da vida de pessoas públicas que irão requerer maior privacidade e intimidade, pertencendo esses momentos apenas a elas. Como bem ressaltou Araújo “a imagem, no entanto, deve estar ligada à notícia, não podendo o jornal servir-se dela para veicular matéria publicitária, por exemplo. O liame entre a notícia e a publicação da imagem deve ser estreito, sob pena de se configurar publicação indevida”¹²⁹

Deve-se, portanto, buscar o equilíbrio entre os fatos da vida privada da pessoa pública que serão levados à coletividade, e o seu direito à imagem, de modo a garantir o respeito a todos os direitos constitucionalmente garantidos.

Ao contrário de tudo narrado até aqui neste tópico, o que ocorre com a pessoa comum, “privada” é diferente, visto que não mantém nenhum vínculo com a vida pública, isso é, não desperta o interesse da sociedade, muito pelo contrário, é só mais uma parte no todo. Para essas pessoas, o ordenamento jurídico busca maior proteção contra a intromissão e divulgação de fatos de sua vida privada.

Enéas Costa Garcia resume bem a questão ao afirmar que “a vida privada é como o direito de viver sua própria vida em isolamento, sem estar submetido a uma publicidade que não provocou e nem desejou”¹³⁰.

Não por outro motivo, é ilícita a publicação de imagens concernentes à vida particular de uma pessoa “privada”, pois não há interesse público social que a justifique, ficando, assim, evidente o respeito à dignidade da pessoa humana, constitucionalmente garantido.¹³¹

Conclui-se que uma pessoa comum não pode ser confundida com uma pessoa notória quando o que está envolvido é o seu direito à imagem, pois são casos em que o direito é aplicado de formas diferentes. Pois, para a pessoa comum, não interessa que sua vida seja conhecida por outras pessoas, tudo aquilo que estiver relacionado a fatos e momentos da vida particular, diz respeito somente a ela, dona de sua própria intimidade e privacidade.

¹²⁹ ARAÚJO, op. cit. p. 98.

¹³⁰ GARCIA, op. cit.. p. 101.

¹³¹ Como demonstrado em tópico anterior, não é ilícita a publicação de imagem de pessoa “privada” quando essa encontra-se em local público e o foco da imagem não é o indivíduo em si, mas sim o todo.

Já para a pessoa pública, essa privacidade é restringida a partir do momento que houver a publicidade de sua vida; isso acontece em razão de um cargo que ocupa ou pela função que exerce perante a sociedade. Essas pessoas não deixarão de ter seu direito à intimidade, à privacidade ou à imagem protegido, mas haverá uma flexibilização desses direitos, pois sua notoriedade está ligada aos interesses de uma sociedade.

Evidencia-se, assim, que há uma significativa diferença entre a pessoa pública e a pessoa privada, no tocante à aplicação de seu direito à imagem. Até que ponto a vida de uma pessoa pública poderá ser exposta à sociedade? E, em relação à pessoa comum, poderá essa ter a privacidade de sua vida particular invadida? Haverá sempre a necessidade de observar o caso concreto para que possa ser estabelecida a aplicação do direito à imagem, sempre levando em conta se há, ou não, interesse da sociedade com relação à divulgação de um fato ou da imagem de uma pessoa.

3.3. Circunstâncias que tornam pública a vida privada

Como já dito acima, o exercício da vida política, funções públicas, atividade de repercussão midiática, a proximidade pessoal com pessoas públicas, a projeção científica, dentre outras situações podem fazer com que a vida privada de alguém possa vir a se tornar pública.

O direito alemão, que serviu de precursor para os demais, desde sua primeira lei regulando o direito à imagem, datada de 1907, previa em seu art. 23¹³² casos em que a imagem poderia vir a ser divulgada sem a necessidade do consentimento do seu titular.

A Min. Carmen Lúcia pontua muito bem o tema, ao afirmar que:

A imagem recebe tratamento jurídico diferente dos demais itens, por comportar regime diferente, sendo permitida a sua divulgação quando a pessoa tiver notoriedade, o que não constitui, por certo, anulação do direito à intimidade e à privacidade, (...), apenas diminui o espaço de indevassabilidade protegida constitucionalmente.¹³³

É certo, afirmar que o direito à imagem sofre algumas restrições tais como: a necessidade de informação ao público, em razão da notoriedade de determinadas pessoas,

¹³² “Art. 23 – 1) quando se tratar de imagem do domínio da história contemporânea; 2) quando a pessoa retratada aparece como acessório de uma paisagem ou uma localidade; 3) quando se tratar de reuniões, cortejos e acontecimentos semelhantes de que participe a pessoa representada; 4) retratos não realizados por encargo, quando a sua difusão ou exposição servir a um interesse artístico superior”. [MORAES, Walter. *Direito à própria imagem I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 443/61, setembro de 1972. p. 78]

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI 4.815

presença de pessoas em cenários públicos e por motivo de interesse cultural, científico ou de ordem pública. Maria Helena Diniz¹³⁴ lista algumas das situações que permitem a circulação da imagem da pessoa sem sua previa autorização. Sendo inegável, portanto, que existe flexibilização do direito à imagem.

No que concerne as pessoas públicas, as circunstâncias pessoais que as levam a despertar o interesse da coletividade, não as retira o seu direito à imagem, à intimidade e à privacidade, apenas os relativizando e flexibilizando. O que ocorre é uma diminuição da esfera secreta e indevassável da vida privada e privacidade, objetivando fornecer ao público informações sobre o “famoso”, não podendo, no entanto, serem ultrapassados os limites legais.

Como bem afirma Andrea Barros: “a notoriedade (...) embora autorize divulgação de fatos de sua vida cotidiana, não significa uma renúncia à vida privada. Trata-se, na verdade, de uma limitação, mas, não, de uma extinção da privacidade”¹³⁵.

Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet assegura que:

O direito à imagem, quando em causa o direito de não ser fotografado ou retratado sem o devido consentimento, não é digno, em princípio, da mesma proteção constitucional, quando se trata de pessoa ocupante de cargo ou função ou que exerça atividade pública, no sentido de uma atividade em que a publicidade seja algo essencial, pois em tais condições se presume um acordo tácito, no sentido de um consentimento implícito, o que deve ser levado em consideração especialmente no plano da colisão entre direitos fundamentais”¹³⁶.

No mesmo sentido, Carlo Alberto Bittar:

“Excepciona-se da proteção a pessoa dotada de notoriedade e desde que no exercício de sua atividade, podendo ocorrer a revelação de fatos de interesse público, independentemente de sua anuência. Entende-se que, nesse caso, existe redução espontânea dos limites da privacidade (como ocorre com os políticos, atletas, artistas e outros que mantém contato com o público com maior intensidade). Mas o limite da confidencialidade persiste preservado: assim sobre fatos íntimos, sobre a vida familiar, sobre a reserva no domicílio e na correspondência não é lícita a comunicação sem consulta ao interessado. Isso significa que existem graus diferentes na escala de valores

¹³⁴ DINIZ, op. cit. p. 149.

¹³⁵ SILVA, Andréa Barroso. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 302

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. ed. 3. São Paulo: Editora RT, 2014. p. 442.

comunicáveis ao público, em função exatamente da posição do titular, dentro dos círculos já referidos”¹³⁷.

Pode-se, assim, concluir que a pessoa pública tem a sua vida privada e privacidade reduzidas no limite de sua atividade, ou exposição públicas. Isso porque, se entende a pessoa aceita o ônus dessa exposição social e midiática que sofre em decorrência da atividade pública que exerce. Além disso, é possível afirmar que existe um consentimento implícito da pessoa pública em relativizar e flexibilizar seu direito à imagem, à privacidade e à vida privada.

Todavia, a relativização e flexibilização ora tratadas devem se restringir aos limites da atividade exercida pela pessoa pública, não devendo ser considerado público aquilo que é estranho ao exercício da referida atividade. Como já mencionado anteriormente, só deve ser levado ao conhecimento público aquilo que de fato lhe interessa, e apenas isso, não cabendo repassar imagens com fins de “fofoca”, como muito se faz pela imprensa.

Mostra-se relevante, por exemplo, transmitir ao público a imagem de um encontro entre líderes políticos, mas não publicar imagem desses mesmos usando sunga branca em um passeio à praia. A elevação da fofoca ao *status* de notícia é uma das questões mais polemicas da atualidade, no que concerne a tutela da imagem de pessoas públicas, visto que se tornou um negócio altamente lucrativo.

Imagens de celebridades em situações constrangedoras e, muitas vezes, humilhantes se tornaram a regra em revistas, jornais e, principalmente, na internet. Os famosos “vídeos virais” e “memes” que tomam conta das redes sociais, em muitos dos casos, rebaixam a pessoa ao ridículo. Ousa-se dizer que foi criada a “indústria do ridículo”, a qual, sob a justificativa do exercício da liberdade de imprensa e direito à informação, massacram os direitos constitucionalmente garantidos.

Nessa “indústria do ridículo” parece que muito pouco pode ser feito para proteção à imagem da pessoa pública, restando a essas apenas aguardarem que seja causado dano à sua imagem para que, então, possam recorrer ao Judiciário, para pleitear a indenização em ação própria contra o ofensor.

O foco, parece, está no direito à informação do público, custe o que custar. No entanto, a reprodução da imagem de pessoas públicas sem o seu consentimento deverá ser

¹³⁷ AMORIM, José Roberto Neves. Direito sobre a história da própria vida. RT 749/127. São Paulo: Ed. RT, mar. 1998.

muito bem fundamentada e justificada, pois qualquer excesso gera dano à imagem da pessoa retratada, como será demonstrado mais adiante.

Ante o exposto, faz-se preciso esclarecer a importante questão concernente ao conflito, já brevemente mencionado, existente entre a proteção do direito à imagem e os direitos de imprensa e à informação. Devendo, tais pontuações, serem feitas a seguir.

3.4. Conflito entre direitos fundamentais

Não são raros os casos em que se registra a existência de conflito entre direitos fundamentais ou direitos da personalidade. Tal feito deve-se ao fato de que a ordem jurídica tutela tanto a liberdade de imprensa e direito à informação, quando o direito à privacidade, à intimidade, à imagem. São, portanto, comuns os choques desses valores em uma sociedade democrática e pluralista, mormente diante do já mencionado desenvolvimento tecnológico e dos meios atuais de comunicação.

Assim, ao mesmo tempo em que o ordenamento prestigia os direitos próprios e inerentes à pessoa humana, também assegura a liberdade de expressão e informação, previsto no art. 220 da Constituição Federal¹³⁸, o que envolve o direito de informar e de ser informado, sem o que não se constrói um dos pilares de um Estado Democrático.

A função jornalística, tanto informativa como investigativa, por exemplo, atrai todos para a participação política e social, como bem destaca Márcia Haydée Porto:

Numa sociedade democrática à informação tem um grande peso. É através dela que a opinião pública e os cidadãos, aqueles capazes de reivindicar seus direitos, mas também cumprirem seus deveres, formam-se. A política do segredo, da mentira ou da deformação da informação sobre índices econômicos, o peculato, a malversação de fundos públicos, a mistura de interesses públicos e privados em face da troca de favores, o favorecimento de empresas privadas através da injeção de recursos públicos causam grande prejuízo à Democracia, na medida em que se levados adequadamente ao conhecimento do público, este exigiria a investigação dos fatos e cobraria punição de eventuais culpados, sem falar do poder de não mais eleger maus

¹³⁸ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

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

políticos”¹³⁹.

Não há, pois, como negar a importância e essencialidade do direito à informação e liberdade de imprensa. Seguindo com seu usual brilhantismo, Walter Moraes compara as restrições existentes entre o direito à propriedade e o direito de vizinhança, com as limitações impostas ao direito à imagem pelo direito à informação e liberdade de imprensa¹⁴⁰.

No caso do direito à imagem, apesar de ser considerado um direito fundamental (e de personalidade), ele frequentemente se encontrará em relação conflituosa com outros dois direitos fundamentais: o direito à informação e o direito à liberdade de expressão da imprensa. Conforme afirmou Gilmar Mendes, há “uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, que pode gerar uma situação conflituosa, a chamada colisão de direitos fundamentais”¹⁴¹.

O Autor acrescenta ainda que:

“A Constituição Brasileira, tal como a Constituição Alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente no estabelecido no art. 5º, X. Portanto, tal como no Direito Alemão, afigura-se legítima a outorga de tutela judicial contra a violação dos direitos da personalidade, especialmente do direito à honra e à imagem, ameaçados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão e de informação”.¹⁴²

Assim sendo, o direito à imagem de qualquer indivíduo será limitado de acordo com a necessidade de informação do público. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho:

Tem se entendido que se a imagem de alguma pessoa estiver inserida em um contexto amplo e genérico, de modo a ficar claro na composição gráfica que seu propósito principal não é a exploração econômica, tampouco a identificação da pessoa, mas sim noticiar determinado acontecimento, não

¹³⁹ CARVALHO, Márcia Haidée Porto de. *A relação tensional entre direito à informação e direito à honra*. Tese de Mestrado na área de concentração de Direito Constitucional, sob a orientação da Prof. Dra. Maria Cargia. São Paulo, PUC, 2001, p. 150

¹⁴⁰ Segundo Walter Moraes “*assim como a propriedade sofre restrições nas regras do direito de vizinhança, assim também o direito à própria imagem há que sofrer limitações ditadas pelo bem comum, análogas àquelas contidas nas regras de vizinhança*”. [MORAES, op. cit., p. 68]

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Colisão de direitos fundamentais. Liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem*. Doutrinas essenciais de direitos humanos, vol II. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 549.

¹⁴² Ibidem. p. 549/550.

haverá que se cogitar de violação do direito à imagem.¹⁴³

Seguindo a linha de Sérgio Cavalieri Filho, pode-se entender que pessoas públicas, como já mencionado no presente trabalho, não gozam da mesma proteção à imagem como se fossem particulares. Até mesmo porque as pessoas públicas têm necessidade de exposição e, com isso, há certa presunção de consentimento de uso de suas imagens.

Pode ser usado como exemplo do acima dito a publicação de imagens de atletas ou de chefes de Estado em encontros oficiais. Isso porque a informação é necessária “a toda atividade humana e, nesse sentido, a reprodução da imagem é permitida, a fim de que possa prevalecer o interesse social, respeitadas, no entanto, os limites da atividade pública”¹⁴⁴.

A recorrente colisão entre os direitos fundamentais ora tratados resultou no enunciado 279, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovido pelo conselho da Justiça Federal, que dispõe que:

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retrato e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, bibliográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação das informações.

Desse modo, em certas situações o direito à própria imagem sofrerá restrições. Todavia, não se pode proceder à restrição de direitos fundamentais aleatoriamente. Há que se ter um método coerente de avaliação de eventual colisão entre os direitos fundamentais no caso concreto.

A doutrina entende que para que um direito fundamental seja restrito, deve haver uma cumulação de cinco requisitos essenciais¹⁴⁵: a) a restrição do dever estar constitucionalmente autorizada. Ainda que a restrição possa ser feita legislativamente, seu fundamento, necessariamente, deverá ser algum dispositivo constitucional que autorize a referida restrição; b) a limitação deve ser proporcional. Toda limitação de direito fundamental deverá ser proporcional, mas especificamente precisará observar a proibição de excesso, a fim de impedir que a restrição ao direito fundamental culmine no aniquilamento daquele direito; c) restrição deve atender ao interesse social, privilegiando assim outros direitos fundamentais.

¹⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 138.

¹⁴⁴ *Ibidem.* p. 650

¹⁴⁵ NERY JURNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery, *Constituição Federal Comentada*. 5 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, com. 3 ao art. 5º, p. 227.

A restrição deve ocorrer para amparar e conferir maior tutela e proteção para a sociedade civil, de modo que a restrição fundada no interesse social somente pode ocorrer a partir da explicitação de que direitos fundamentais da sociedade estarão sendo privilegiados; d) o ato do poder público que restringe direito fundamental deve ser exaustivamente fundamentado; e) o ato do poder público que restringe direito fundamental pode ser amplamente revisado pelo Poder Judiciário.

3.4.1. O princípio da ponderação aplicado para solucionar o conflito entre direitos fundamentais

O Enunciado nº 274 aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovido pelo conselho da Justiça Federal, dispõe que:

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

A doutrina há muito já sinalizava que o princípio da ponderação seria a chave para solução do conflito entre os direitos fundamentais. Luís Roberto Barroso ensina que: "a moderna interpretação constitucional dá destaque à técnica da ponderação de valores quando ocorram conflitos entre direitos e interesses fundamentais"¹⁴⁶.

Seguindo na mesma linha, Sérgio Cavalieri Filho leciona que:

É tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre princípios constitucionais em aparente conflito, porquanto, em face do *princípio da unidade constitucional*, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém; deve o intérprete procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios até chegar a uma vontade unitária na Constituição, a fim de evitar contradições, antagonismos e antinomias.¹⁴⁷

A proteção à imagem, portanto, deverá ser ponderada com direitos fundamentais que estiver colidindo, levando-se em conta, para solução do conflito, a notoriedade do titular da imagem e a importância social dos fatos narrados, bem como se esses são dotados de veracidade.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Cigarro e liberdade de expressão*. In: _____. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Tomo II. p.649.

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 103.

A aplicação do princípio da ponderação não é tarefa das mais fáceis, vez que é dotada de certo grau de subjetividade. No caso vertente, no entanto, a própria Constituição Federal dá os vetores necessários a conduzir o intérprete ao real alcance de seu fim. Com efeito, da análise do § 1.º do art. 220, o qual Sérgio Cavalieri Filho chamou de "*reserva legal qualificada*", tem-se que o direito à imagem deve prevalecer, vez que o dispositivo constitucional condicionou o exercício da liberdade de imprensa, e conseqüentemente a liberdade de ser informado, à observância de outros direitos, inclusive à imagem do titular (art. 5.º, V e X da Constituição Federal).

Neste sentido: "A proteção constitucional aos direitos da personalidade, ante o art. 1.º, III, da Constituição Federal, sobrepõe-se ao direito de imprensa, ao de informar, ao direito à informação ou ao de ser informado e ao de liberdade de expressão"¹⁴⁸.

No entanto, o Conselho de Justiça Federal entende de maneira diversa a aqui exposta e defendida. De acordo com o enunciado 279 da IV Jornada de Direito Civil – já transcrito em momento anterior -, em caso de conflito entre o direito à imagem e o direito à informação e liberdade de expressão, devem ser privilegiadas as medidas que não restrinjam o direito de informar e ser informado.

Por certo, nenhum direito é absoluto, sendo evidente que em algumas situações o direito à imagem deverá ser sacrificado em detrimento da informação, aplicando-se de novo a aplicando-se novamente a regra da prevalência do interesse público e coletivo sobre o particular e individual.

É importante destacar que "esta liberdade de informar somente será digna de ser oposta como óbice à invocação do direito à imagem, também constitucionalmente garantido, quando, além de trabalhar com notícia correta e imparcial, prestar-se ao interesse público"¹⁴⁹.

É inegável a difícil missão de identificar a preponderância do interesse público sobre o individual, de modo a justificar que o direito à imagem seja sacrificado em prol do direito à informação e liberdade de expressão da imprensa. O ordenamento jurídico não prevê uma fórmula capaz de solucionar tais conflitos, de modo que cabe ao aplicador do direito analisar o caso concreto e identificar qual direito fundamental deverá prevalecer.

Nesse sentido:

¹⁴⁸ DINIZ, op. cit. p. 132.

¹⁴⁹ AFFORNALLI, op. cit. p. 87.

Um fato, todavia, é certo e deve ser reconhecido. É que, com efeito, inexistem qualquer *standard* ou modelo específico preconcebido, ou mesmo qualquer regra que tipifique o que vem a ser este Juízo equitativo, de modo a tornar tarefa de simples subsunção a apreciação do confronto entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa. [...]. Em outras palavras, é preciso verificar se, no caso concreto, o sacrifício da honra, privacidade ou imagem de uma pessoa se impõe diante de uma determinada informação ou manifestação que, de alguma forma, se faça revestida de interesse social, coletivo, sem o que não se justifica a invasão da esfera íntima ou moral do indivíduo.¹⁵⁰

Diante do que se expôs, conclui-se que, para solucionar os casos em que há conflito entre o direito à imagem e os direitos à informação e liberdade de expressão da imprensa, o aplicador do direito deverá fazer uso do princípio da ponderação, identificando, caso a caso, qual direito fundamental se sobreporá.

3.4.2. Pessoas públicas e o abuso do direito à informação e liberdade de expressão

Em relação às pessoas públicas, como já tratado em tópico anterior, a veiculação de sua imagem sem sua autorização é permitida. De modo que a mera publicação de imagem de pessoa célebre não constitui lesão ao seu direito à própria imagem. Faz-se necessário analisar, no caso prático, se houve abuso de direito de informação e de liberdade de expressão por parte da mídia, ou, ainda, se houve intenção de ofender a imagem-atributo do noticiado.

A principal diferença existente entre as duas vertentes é que a primeira se dá a partir do reconhecimento da responsabilidade subjetiva daquele que veiculou a imagem da pessoa pública: se o jornalista teve a intenção de ridicularizar a imagem do retratado, manipulou as informações de forma a denegrir a sua imagem, ele irá responder subjetivamente pelos danos causados à imagem da pessoa pública, pois agiu com dolo ou culpa.

Sobre o tema Ingo Wolfgang afirma que:

A responsabilidade pelo exercício da liberdade de expressão (ainda mais no âmbito da liberdade de comunicação e de informação jornalística) há de ser uma responsabilidade subjetiva, focada na análise sobre a existência de dolo ou culpa na ação do agente causador do dano, o que, por sua vez, implica a consideração de diversos fatores, tais como a posição da vítima (por exemplo, se é ou não uma personalidade pública, hipótese em que só ensejaria responsabilidade por culpa grave), a intenção e a negligência

¹⁵⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 74/75.

empregadas por quem apurou os fatos, quando o caso envolver a divulgação de notícias inverídicas, a existência de algum interesse social na questão, quando a hipótese resvalar no direito de privacidade, como a intensidade da lesão aos direitos fundamentais do ofendido.¹⁵¹

Por outro lado, mesmo nos casos em que não houve a intenção de denegrir a imagem do retratado, muitas vezes mostra-se cabível a reparação civil pelos danos causados a esse, vez que, os jornalistas, ao exercerem o direito à informação e à liberdade de expressão, tem o dever de se aterem à verdade. Porém, muitas vezes, a verdade é extrapolada sendo, portanto, configurado o abuso do direito de informar e de liberdade de expressão.

A esse respeito, Luiz Manoel Junior e Ricardo Alves Oliveira afirmam que:

Atuando no exercício da liberdade de informação, o profissional, sem dúvida, está vinculado ao respeito pela verdade. Tal atuação abrange os fatos que, por óbvio, não tem de ser absolutamente incontroversos. Indispensável, contudo, é que a conduta de quem exerce o direito de informar seja diligente na averiguação dos fatos que envolvam a informação¹⁵².

Na mesma linha, Sergio Cavalieri Filho ensina que “o direito à informação (ou de ser informado) é do cidadão, um direito difuso de que são titulares todos os destinatários de informação. Por isso, quem informa tem o compromisso coma verdade (...). Quem informa tem compromisso com os fatos tal como ocorreram, compromisso com o fato e não com sua versão”¹⁵³.

De tal modo, a doutrina majoritária entende que a responsabilidade da imprensa é objetiva, quanto ao direito à informação. Alguns, de modo contrário, no entanto, intentaram aplicar a teoria do risco à atividade da imprensa. Todavia, tal feito mostra-se demasiadamente perigoso para os direitos fundamentais frente ao direito à informação e à liberdade de expressão da imprensa. Pelo exposto, mostra-se mais prudente – e, de certa forma, necessária – a presença da culpa ou do dolo na causa do dano à, de modo a ensejar o dever de indenizar.

Como exemplificado em item anterior, ante o aqui exposto, estaria perfeitamente caracterizado dano à imagem do chefe de estado que teve sua imagem de sunga branca, em ida à praia, estando configurada a ilicitude na divulgação da imagem.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 467

¹⁵² Júnior, Luiz Manoel e Ricardo Alves de Oliveira. “A responsabilidade civil dos órgãos de imprensa e a teoria do risco criado”. *Revista de Direito Privado*, vol. 28/2006. Disponível em: [www.revistadoatribunais.com.br]. Acesso em: 29 nov. 2016)

¹⁵³ CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 145.

No entanto, não é apenas através da comprovação da culpa ou dolo ao publicar que se verifica a existência de dano à imagem da pessoa pública retratada. Ora, se for levado em consideração que a liberdade de imprensa é garantia constitucional, configurando, portanto, exercício regular de direito, outra hipótese de dano à imagem seria identificada com atividade irregular do direito de informar.

Dessa forma, seria possível configurar o abuso de direito sempre que a mídia – indo além do seu direito à informação e liberdade de expressão – ofendesse o titular da imagem. Nesse caso, falar-se-ia em responsabilidade objetiva, havendo, portanto, o dever de indenizar.

Sobre o tema Nelson e Rosa Maria Nery lecionam que o abuso de direito ocorre quando:

O ato é resultado de o exercício não regular do direito (...). No ato abusivo há violação da finalidade do direito, de seu espírito, violação essa aferível objetivamente, independentemente de dolo ou culpa (...). Distingue-se do ato ilícito do CC 186, porque neste se exige a culpa para que seja caracterizado. Ambos são ilícitos, mas com regimes jurídicos diferentes. (...). A ilicitude do ato cometido com abuso de direito é de natureza objetiva.¹⁵⁴

Por tal motivo, antes mesmo de estudar se houve ou não abuso no exercício da liberdade de expressão e direito à informação, é necessário estabelecer os limites impostos à imprensa. Como bem pontua Filipe Levada, “os direitos individuais não prevalecem sempre, mas, por outro lado, nem toda informação se sobrepõe a eles. A imprensa séria deve noticiar o fato que interessa mais ao público do que ao particular, caso em que não praticará ato ilícito, por ter agido em exercício regular de direito”¹⁵⁵.

O Autor conclui, então, que a responsabilidade civil da imprensa é objetiva, visto que existe a possibilidade de ocorrer abuso do direito de informar e de livre expressão, e não por se tratar de risco inerente à atividade:

A responsabilidade civil da imprensa é objetiva, mas com a seguinte observação: tal responsabilidade (objetiva) deve ser analisada no contexto do art. 187 do CC (abuso do direito), e não do art. 927, parágrafo único, do CC (risco da atividade). Ela existirá não em razão do risco da atividade, mas, sim, quando o jornalista desrespeitar a boa-fé objetiva, a função social e os bons costumes que devem orientar seu mister.

¹⁵⁴ NERY JUNIOR, op. cit., p. 565.

¹⁵⁵ LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Responsabilidade civil objetiva da imprensa. Cabimento de indenização nos casos em que há abuso de direito*. Revista de Direito Privado, vol. 46/2011.

Assim, ante o exposto, nota-se que, uma vez configurado o dano à imagem da pessoa pública, por abuso do direito de informar e da liberdade de expressão da imprensa, cabe ao célebre indivíduo pleitear por indenização pecuniária e, eventualmente, por medidas de urgência com o intuito de impedir a veiculação da imagem.

3.5. Caso Cicarelli

Apenas com o intuito de florear todo o exposto ao longo do trabalho, traz-se, ao fim do presente estudo, breve relatório de famoso caso de violação ao direito à imagem envolvendo a divulgação de um vídeo com cenas íntimas da modelo e apresentadora Daniela Cicarelli com seu ex-namorado Tato Malzoni, na praia de Tarifa, na costa da Espanha.

O flagrante foi feito por um paparazzo espanhol. A divulgação do vídeo rendeu ação contra o Google e o YouTube, na qual se pedia para cessar a veiculação. O TJ/SP¹⁵⁶ proibiu a exibição por entender que o YouTube não tinha o consentimento do casal para a veiculação das imagens, a qual não atendia a nenhum interesse público. Pela decisão estabeleceu-se ainda que o site, tendo conhecimento na natureza ilegal da informação, teria o dever de tomar as providências necessárias para impedir a sua recolocação no sistema, sob pena de multa diária de R\$ 250 mil.

Alegando que a ordem judicial havia sido desobedecida, Cicarelli e Tato objetivaram executar título executivo judicial milionário, que supostamente teria alcançado R\$ 96 milhões. Contra decisão que determinou sua intimação ao pagamento da multa, foi interposto agravo de instrumento com pedido de concessão de efeito suspensivo.

Considerando o exorbitante montante cobrado, o relator do acórdão, desembargador Ênio Zuliani, acompanhado pela 4ª câmara de Direito Privado do TJ/SP, deu parcial provimento ao recurso do Google/YouTube para determinar a aferição do valor da multa cominatória mediante a liquidação por arbitramento.

"É preciso ficar cabalmente demonstrado, na esteira do que ficou decidido pelo tribunal, se cada uma das páginas que foram acessadas e descritas nas atas notariais nos anos de 2006/2007/2008, ainda permanecem veiculando o vídeo dos autores, para só então ensejar a execução da multa diária de R\$ 250.000,00."

Cicarelli e Tato, então, interpuseram agravo contra decisão que negou

¹⁵⁶ Processo nº 0113488-16.2012.8.26.0000

seguimento ao REsp¹⁵⁷ manejado contra o acórdão do TJ paulista. Em face das circunstâncias que envolvem a controvérsia e para melhor exame do objeto do recurso, o relator, ministro Luis Felipe Salomão, deu provimento ao agravo para determina a conversão em recurso especial.

Em sede de julgamento do Recurso Especial, a 4ª Turma do STJ¹⁵⁸, por unanimidade, negou provimento ao Recurso de Tato, por entender que este restou-se prejudicado, vez que o Recorrente não prequestionou devidamente seu recurso. Quanto ao apelo especial de Cicarelli, a 4ª Turma do STJ, também por unanimidade, deu parcial provimento, para fixar as *astreintes* de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), com juros e correção a contar desta data.

Entendeu-se, em suma, que não se discute a possibilidade de fixação da multa cominatória para forçar o cumprimento da obrigação de fazer quanto à retirada de veiculação dos vídeos em sítios da internet, mas apenas sua forma de execução e o valor a ser pago. Além disso, destacou-se que com o valor da multa diária arbitrada em R\$ 250.000,00, poder-se-ia chegar ao valor aproximado a ser executado, o qual, diga-se de passagem, já atingiu patamares estratosféricos. Assim, diante das circunstâncias do caso concreto e os dias de descumprimento da ordem, a Turma entendeu ser mais adequado seja fixado, de imediato, o valor a ser pago a título de *astreintes*, pois é incontroverso o descumprimento da ordem judicial e valor da multa diária.

Ato contínuo, todas as partes opuseram Embargos de Declaração, visando reverter o acórdão supracitado. No entanto, todos os recursos tiveram provimento negado. Ainda irredimida, Cicarelli interpôs Embargos de Divergência, afirmando que o julgado divergiu do entendimento adotado no REsp nº 1.475.157/SC, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Belizze, 3ª Turma, julgado aos 18/9/2014, e no REsp nº 1.527.203/RJ, de minha relatoria, julgado aos 20/10/2015. Sustentou que deve prevalecer o entendimento dos paradigmas no sentido de que, em estando a multa diária em harmonia com a razoabilidade e proporcionalidade da sanção, deverá prevalecer ainda que os dias de descumprimento tenham dado origem a valor elevado a título de multa total.

¹⁵⁷ Recurso Especial nº 1.488.800 – Rel. Min. Moura Ribeiro.

¹⁵⁸ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1448780&num_registro=201402308410&data=20151026&formato=PDF

Inicialmente, o Rel. Min. Moura Ribeiro, indeferiu liminarmente os Embargos de Divergência de Cicarelli, por ausência de similitude fática. Inconformada, Cicarelli opôs Agravo Regimental, o qual também teve provimento negado. Em agosto de 2017 ocorreu o trânsito em julgado deste deslinde judicial, que foi de extrema relevância no âmbito do direito à imagem.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo tentou-se demonstrar que a imagem é uma emanção e atributo da personalidade, integrando, por tal feito, o rol dos direitos da personalidade. Tais direitos, modernamente, têm se sobrelevado em interesse, haja vista o constante e enorme avanço tecnológico, que permite a captação, reprodução e divulgação da imagem de forma nunca antes imaginada.

Para tal feito, buscou-se, inicialmente, fazer uma conceituação e retrospecto da evolução do direito à imagem, distinguindo imagem-retrato da imagem-atributo; estudando as teorias que “fundaram” o *ius imaginis*, e o distinguindo dos conceitos de honra, propriedade, intimidade, vida privada, intimidade, de maneira a conceitua-lo como direito autônomo, que goza do *status* de direito fundamental e não se confunde com os outros, acima mencionados.

Em seguida, tratou-se da problemática que gira em torno da inconstitucionalidade do art. 20 do Código Civil vigente, que acabou por vincular o direito à imagem à lesão da honra e a utilização com fins econômicos. Nesse tópico, defendeu-se que o Código Civil de 2002, embora seja recente em sua cronologia, está ultrapassado na sua concepção quando regulamenta o direito à imagem e, em razão disso, o artigo 20 do *codex* civil não retira da Constituição Federal o seu fundamento de validade, sendo, pois, inconstitucional, haja vista que vincula a proteção da imagem à lesão concomitante da honra do titular ou a sua utilização para fins econômicos, merecendo, neste particular aspecto, urgente reforma legislativa.

Adiante com o estudo, firmou-se o entendimento de que somente o titular da imagem pode consentir a captação, reprodução ou divulgação dessa, podendo, ainda, a qualquer tempo revogar a autorização conferida. Em caso de violação desse direito personalíssimo, o titular tem direito de afastar o ato ilícito que está sendo perpetrado, independentemente de existência ou não de lesão a outro bem jurídico ou da circunstância da imagem estar sendo utilizada para fins econômicos. Nisto consiste a autonomia do *ius imaginis*.

Apesar de ser conferida ampla proteção ao direito à imagem, este também sofre limitações, vez que, assim como todos os outros, não é absoluto e ilimitado. Assim, foram enumeradas as três situações em que o direito à imagem pode sofrer limitações, sendo elas: i) quando necessária à justiça; ii) quando necessária à manutenção da ordem pública, e iii) em raríssimos casos em que o direito à imagem estiver em conflito com a liberdade de imprensa, prevalecendo, na dúvida entre ambos os direitos, o *ius imaginis* nos termos preconizados pelo

art. 220, § 1.º da Constituição Federal. Somente nessas três hipóteses o titular da imagem não poderá impedir a sua captação, reprodução e utilização nem pleitear indenização correspondente.

Ainda no estudo do instituto do direito à imagem, viu-se que tal direito é, em geral, protegido de três maneiras: 1) legítima defesa; 2) tutela reparadora e 3) tutela preventiva. Tendo sido defendida a tese de que a tutela preventiva deve se sobrepor aos demais meios de proteção quando se busca a manutenção da integralidade do direito à imagem.

Adentrando ao cerne do trabalho, qual seja, a tutela da imagem de pessoas públicas, cuidou-se de diferenciar vida privada de vida pública, de maneira a ressaltar que as pessoas célebres gozam, sim, de uma esfera secreta da sua vida privada que merece, portanto, ser resguardada. Todavia, tal esfera é restringida em função da notoriedade e interesse social que as pessoas públicas possuem.

Explicou-se, então, como se lida, no ordenamento jurídico brasileiro, com o conflito de direitos fundamentais – direito a informação e liberdade de expressão *vs.* direito à intimidade, à vida privada, à imagem – que, no escopo desse trabalho, consiste no conflito entre o direito à imagem de pessoas públicas e o direito à informação e à liberdade de expressão. Conclui-se que não existe uma forma pré-estabelecida de se decidir pela prevalência de um direito sobre o outro, devendo sempre ter em mente que a mídia tem o dever de informar, nada além disso. Na prática, o aplicador do direito deverá fazer uso do princípio da ponderação, analisando, caso à caso, qual direito fundamental deverá ter maior ênfase na situação em análise.

Percebeu-se, ainda, que o desenvolvimento tecnológico, principalmente das mídias sociais, contribui para a popularização da publicidade da informação. Na sociedade atual, em que uma imagem, de fato, vale mais que mil palavras, a doutrina e a jurisprudência travam acalorado debate do que pertence à vida privada da pessoa pública e, portanto, mercê ser mantido em segredo, e o que se caracteriza como interesse público, devendo, assim, ser divulgado.

Frente a todo exposto ao longo desse estudo, conclui-se que a triste verdade é que nós, como sociedade, ainda não possuímos mecanismos capazes de delinear uma camada de proteção à vida privada de ninguém, muito menos de pessoas públicas que despertam o interesse de milhares de pessoas. Tornou-se banal e comum a invasão da vida privada de quem quer que seja. Vivemos a era do Big Brother que, levemente diferente do que previu

Orwell em seu livro “1984”, não é exercido pelo poder estatal, mas sim pela mídia, pelo controle privado.

REFERÊNCIAS

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

AMORIM, José Roberto Neves. **Direito sobre a história da própria vida**. RT 749/127. São Paulo: Ed. RT, mar. 1998.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

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

BARROSO, Luís Roberto. **Cigarro e liberdade de expressão**. In: _____. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERTI, Silvio Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPOS, Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois. **Do direito à imagem como direito humano fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. - Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2003.

CARVALHO, Márcia Haidée Porto de. **A relação tensional entre direito à informação e direito à honra**. Tese de Mestrado na área de concentração de Direito Constitucional, sob a orientação da Prof. Dra. Maria Cargia. São Paulo, PUC, 2001.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAVES, Antonio. **Direito à própria imagem**. Revista Forense, Rio de Janeiro, Ano 68, v.240, Fasc. 832-833-834, out/nov/dez. 1972.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Agressões à intimidade. O episódio Lady Di**. São Paulo: Malheiros, 1997.

CUPIS, Adriano de. **A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

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

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

DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade no novo código civil**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos nas perspectivas civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUVAL, Hermano. **Filmagem e televisionamento de espetáculo público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.446, dez. 1952.

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

FERNANDES, Milton. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Disponível em: [\[www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28\]](http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28). Acesso em: 18.10.2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Direito de imagem e o novo civil**. São Paulo: Revista Jurídica Lex, v. 67/2014.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade civil dos meios de comunicação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Direito à própria imagem I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 443/61, setembro de 1972.

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

JÚNIOR, Luiz Manoel e Ricardo Alves de Oliveira. “**A responsabilidade civil dos órgãos de imprensa e a teoria do risco criado**”. *Revista de Direito Privado*, vol. 28/2006. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br]. Acesso em: 29 nov. 2016.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. **Responsabilidade civil objetiva da imprensa. Cabimento de indenização nos casos em que há abuso de direito**. São Paulo: Revista de Direito Privado, vol. 46/2011.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais. Liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Doutrinas essenciais de direitos humanos**. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Walter. **Direito à própria imagem (I). Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. São Paulo. Revista dos Tribunais, RT 433/64. 2011.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery, **Constituição Federal Comentada**. 5 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

NEVES, Rodrigo Santos. **Direito à imagem como direito da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (coords.). **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio de Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. ed. 3. São Paulo: Editora RT, 2014.
- SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo. **A pessoa pública e seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores e socialites**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- SILVA, Andréa Barroso. **Direito à imagem: o delírio da redoma protetora**. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri: Manole, 2002.
- SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória: ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. 2.ed. São Paulo: RT, 2007.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: RT, 2004.