

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 49 • nº 196
outubro/dezembro – 2012

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Anotações sobre o conceito do direito à própria imagem do Código Civil

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz

Sumário

1. Introdução. 2. O direito constitucional à própria imagem. 3. A redação do artigo 20 do CC-2002. 4. Anotações conceituais sobre o artigo 20 do CC-2002. 5. Conclusões.

1. Introdução

É manifesta a projeção da imagem na sociedade do século XXI. A representação gráfica das evocações visíveis do aspecto físico externo que tornam reconhecível e individualizam a figura da pessoa humana teve uma incomensurável expansão, não só quantitativa como também qualitativa. Constata-se essa afirmação com a atual e crescente preponderância da informação visual sobre a escrita-verbal. Em um primeiro instante, a informação visual chega à sensibilidade crítica sem obedecer, necessariamente, às inflexões do raciocínio, pois os efeitos visuais cognitivos, *a priori*, são indolentes às capacidades intelectuais e culturais do sujeito receptor. Dadas essas peculiaridades, a progressiva substituição do verbal pelo visual pode atenuar os traços de racionalidade e, via de consequência, potencializar o descenso e o demérito do discurso crítico.

A fulgente participação da imagem na vida social, utilizada seja para informar, seja como produto de relações comerciais ou qualquer outra relação jurídica, incita o juízo sobre os reflexos não só teóricos, se-

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz é doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla. Professor Titular III e pesquisador acadêmico do Núcleo de Pós-Graduação em Direito (NPGD) da Universidade Tiradentes.

não também prático-jurídicos da aplicação desse direito. O protagonismo da imagem como um determinante instrumento de informação para a sociedade, a habitual associação da própria imagem com outros bens da personalidade, e sua influência nos meios de publicidade, servem de mote para que se teorize sobre sua proteção jurídica, o que se fará a seguir.

Com efeito, a evolução da sociedade agrária do século XIX à sociedade urbana e industrial do século XX e a transição desta à sociedade digital do século XXI, a maior participação dos indivíduos no exercício do direito de sufrágio e o conseqüente fenômeno da “repersonalização” do Direito outorgaram um significativo destaque e coadjuvaram à conseqüente proteção constitucional da inviolabilidade pessoal. Influenciada pelas Constituições portuguesa e espanhola, a Constituição brasileira estabeleceu expressamente que a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem são direitos invioláveis da pessoa. Decerto, a articulação entre o desenvolvimento social e o direito individual à própria imagem levou à sua inclusão no texto constitucional, e é de se anotar que a força normativa da Constituição possibilitou a deferência à sua autonomia, além de favorecer seu estudo pelos outros ramos do Direito.

Nesse sentido, não basta o direito à própria imagem incursionar na *norma normarum*, pois, dada sua congênita imanência social, também há de ser observado dentro do contexto da legislação infraconstitucional. Passados dez anos da publicação da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (CC-2002) e quase completos dez de sua vigência, o presente texto tem por objeto o exame do conceito do direito à própria imagem nesse diploma normativo, com a finalidade de se perquirir qual interpretação conceitual do direito a própria imagem do Código Civil melhor se compatibiliza com a *Cidadã*. Para tal fito, pautado no método dedutivo, o curso metodológico deste trabalho inicia-se com o oferecimento de algumas precisões

conceituais, contextualiza-se o texto legal com fulcro no método hermenêutico clássico e nos elementos de exegese (genético, histórico, filológico, teleológico e sistemático) aplicáveis à espécie, elabora-se um juízo sobre uma possível interpretação reducionista que beire a inconstitucionalidade, e ao final são feitas as conclusões.

2. O direito constitucional à própria imagem

Nada mais pedagógico que se buscarem as origens conceituais antes de desenvolver qualquer tema a ser pesquisado. Nesse sentido, convém aduzir que a necessidade de proteção contra a arbitrária publicação da imagem humana deriva de uma vindicação individual, segundo a qual a pessoa deve ser o sujeito que consente com a possibilidade de se representar graficamente a sua própria imagem. A própria individualidade cria dois aspectos na configuração jurídica de tal direito: por um lado, uma de exigência de circunscrição, de reserva, de exclusão; e, de outro, estabelece a autonomia jurídica individual e a autodeterminação do indivíduo para projetar socialmente sua figura humana. A primeira garante a exclusão dos demais nesse âmbito individual, protegendo, pois, a inviolabilidade pessoal. Com a segunda, assegura-se a exteriorização da liberdade do indivíduo nas relações sociais: o direito à própria imagem emerge, nessa linha, como uma manifestação concretizada da autonomia privada. Ambas as perspectivas incluem-se no valor da dignidade da pessoa humana e são reforçadas com a proteção constitucional dos direitos fundamentais. O conceito do direito fundamental à própria imagem transita na essência, portanto, sobre estas duas ideias.

Configura-se, dessa forma, uma realidade jurídica na que a imagem humana se afirma como um bem jurídico eminentemente pessoal no plano teleológico e no material-axiológico, com estrutura de

direito fundamental, que reserva à pessoa uma posição de domínio sobre uma característica personalíssima: ao titular lhe assiste o direito exclusivo de determinar quem pode representar, gravar, registrar, utilizar ou divulgar sua figura humana (ANDRADE, 1996, p. 132).

Relativamente a isso, convém observar que alguns significados da palavra imagem – do latim *imago, imaginis, imagine* – podem ilustrar essa linha lógico-jurídica antes descrita. Segundo o dicionário Michaelis (2009), a imagem pode ser entendida como: reflexo de um objeto na água, num espelho; representação de uma pessoa ou coisa, obtida por meio de desenho, gravura ou escultura; representação de um objeto por meio de certos fenômenos de óptica ou pela reunião dos raios luminosos emanados desse objeto depois de uma reflexão; representação mental de qualquer forma; imitação de uma forma; semelhança; aquilo que imita ou representa pessoa ou coisa. Essas concepções mostram o que a palavra imagem pode compreender; isto é, que pode referir-se a qualquer imagem, seja de uma coisa, seja de uma pessoa. Sem embargo, importa precisar que a imagem objeto deste trabalho se concebe como uma representação, uma plasmação dos traços essenciais do aspecto físico externo da pessoa humana. A imagem que se está estudando refere-se à individualidade e à capacidade visual comunicativa que integra a dignidade pessoal própria do ser humano (AZURMENDI ADÁRRAGA, 1997, p. 22). Dessa definição inicial já se exclui qualquer outra obra, figura ou representação que não se conecte com a pessoa humana.

Feita essa delimitação, é forçoso concluir como adequado o raciocínio de Royo Jara (1987, p. 25-29), que enumera os elementos que se protegem juridicamente quando se fala do direito à própria imagem: a obra figurativa, produzida por meios tradicionais como a pintura, a escultura, o desenho; a imagem transmitida por meios mecânicos (litografia, gravação etc.); químicos, como

a fotografia ou o cinema; ou eletrônicos (televisão, vídeo); que represente ou reproduza de uma forma visível e reconhecível os traços da figura de uma pessoa humana. O mesmo autor explica que se deve entender a representação como a obra figurativa que substitui a realidade. A reprodução significa a cópia em um ou em vários exemplares. Há quem defenda outra distinção, afirmando que a fixação da figura humana por meio da pintura, da escultura, do desenho, seria uma representação da imagem, ao passo que seria uma reprodução a feita pela fotografia, pelo vídeo, pela televisão (PASCUAL MEDRANO; PABLO CONTRERAS, 2003, p. 63).

É pertinente pontuar que, quando alude à questão terminológica, não sem razão Azurmendi Adárraga (1997, p. 29) considera que é mais adequada a expressão “direito à própria imagem”, pois evoca as ideias de individualidade e reconhecimento como determinantes da realidade jurídica da imagem humana, pois o direito só atua se a representação visível de uma figura humana possa ser atribuída a um sujeito concreto. De outro lado, quando se fala “direito à imagem” *in genere* – e no mesmo sentido “direito de imagem” –, o âmbito de aplicação de tal direito seria demasiado amplo e se estenderia a outras diversas formas externas de referência à personalidade (ou não ligadas à pessoa). Deve-se admitir que se poderia definir esse conceito inicial do direito à própria imagem como a proteção jurídica que se outorga à representação gráfica que se faz, por qualquer meio (tradicional, mecânico, químico, eletrônico) das evocações e/ou expressões visíveis do aspecto físico externo que lhe conferem singularidade (individualidade) e tornam reconhecível a figura da pessoa humana.

Esse direito foi inserido na parte dogmática da Constituição da República de 1988 no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e é citado em três incisos distintos do art. 5º. Essas menções originaram uma discussão doutrinal sobre se se trata do mes-

mo objeto de proteção jurídica ou se existe diferença conceitual entre elas. Apesar de não poder discorrer de forma aprofundada no espaço facultado a este trabalho, é inevitável admitir que o conceito constitucional do direito à própria imagem é único, e não bi ou tripartite (CRUZ, 2008, p. 661).

Ao analisar as três citações no texto constitucional, pode-se conjecturar que, de fato, a intenção do constituinte ao tratar a imagem no inciso X do art. 5º foi inseri-la no contexto da inviolabilidade pessoal, junto com os demais direitos da personalidade ali localizados: “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”.

Por outra parte, segundo entendimento doutrinário (ASCENSÃO, 1984, 1987, 1992; CHAVES, 1982; COSTA NETTO, 1981; RABELLO, 1978; SANTIAGO, 2005; TERREL, 2003), no inciso XXVIII, alínea “a”, do artigo 5º, a mensagem principal deste dispositivo é a proteção da imagem de uma pessoa, de forma subsidiária, no contexto do direito de arena, pois se protege o titular da imagem que contribuiu em uma obra coletiva ou espetáculo: “são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”.

Seguindo essa linha de pensamento, a proteção do disposto no inciso V do art. 5º da Norma Máxima se relaciona com o direito de resposta: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral, material ou à imagem”. O *iter constituinte* ao se referir ao “dano a imagem” não criou nova fórmula de indenização, porquanto essa espécie de dano se insere no dano moral. Pretendeu sim garantir, de modo eloquente, o direito de resposta e ao mesmo tempo a indenização pela violação ao direito à própria imagem, conferindo a este um papel relevante. Com efeito, a interpretação que se deve

fazer, considerando-se a Constituição um texto normativo articulado, sistematizado e lógico, é que os citados dispositivos constitucionais aludem a um unívoco conceito: a faculdade de aproveitar (positiva) ou de excluir (negativa) a representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana (CRUZ, 2008, p. 661).

Sem embargo, a doutrina majoritária brasileira divide o direito à própria imagem em imagem-retrato, que coincide com a proteção das exteriorizações visuais cognitivas da personalidade humana; e imagem-atributo, que consiste na tutela do conceito de imagem social do indivíduo, procedente do desenvolvimento de suas relações sociais (ARAÚJO, 1996, 2003, 2006; BAPTISTA; VALLE, 2004; BONJARDIM, 2002; DINIZ, 2002b, JABUR, 2000, 2004; NETTO FRANCIULLI, 2004; RODRIGUES, 2005; SOUZA, 2003). Contudo, ao examinar as argumentações da expressiva maioria doutrinária, comprova-se que grande parte dos autores, alguns de maneira manifestamente explícita, e outros por via obliquamente reflexa, aproximam ou confundem o conceito de imagem-atributo com a concepção fática de honra, bem como com o moderno conceito do direito à identidade pessoal.

Efetivamente, a fragilidade da referida tese reside em não delimitar, de modo convincente, o objeto do direito à própria imagem nem aclarar seus objetivos, entrelaçando, de forma confusa, o que seria ofensivo à suposta figura jurídica com as vulnerações à honra e à identidade pessoal. Muitos consideram que os conceitos de “reputação” e “fama” estão protegidos pelo direito à imagem-atributo, não obstante tais figuras serem inerentes ao bem jurídico *honra*. Já dizia Beccaria (2005, p. 47) que *honra* é uma das palavras sobre as quais se fizeram os mais brilhantes raciocínios, sem se *fixar* uma ideia precisa. A concepção fática de *honra* leva a entendê-la como o conjunto de valores, qualidades morais, intelectuais que

determinam o mérito do indivíduo no meio em que vive; é a projeção pessoal a partir da consideração alheia. Representa o valor social do indivíduo, pois está conectado à sua aceitação ou aversão dentro dos círculos sociais em que se desenvolve (CRUZ, 2008, p. 216). A *honra* possui, porém, um duplo aspecto: o subjetivo, compreensivo das representações que o sujeito tem de si mesmo e a vontade de afirmar o próprio valor, e o objetivo, que seria a boa reputação ou fama; isto é, a *honra* pode ser considerada como a estima/sentimento que a pessoa tem de si mesma e a reputação que cada pessoa goza na sociedade ou grupo ao qual pertence (GONZÁLEZ PEREZ, p. 32-33). Na tese que conecta a imagem-atributo a esses conceitos, portanto, predomina, por certo, o conceito vulgar de imagem, ou seja, concepção que não é científica.

De outro lado, não se pode pretender tampouco incluir no conceito de imagem-atributo a verdade pessoal, a história pessoal, a identidade genética ou o “ser você mesmo”, isto é, a exigência de não ver distorcido o perfil individual-social da personalidade da pessoa, pois são bens jurídicos que constituem o objeto do direito constitucional à identidade pessoal. O moderno direito à identidade tem sua gênese positivo-constitucional na Constituição portuguesa de 1976. A doutrina constitucional autorizada tende a conceituá-lo como o direito de a pessoa exigir que sua personalidade não seja representada de maneira infiel, tergiversada, desnaturalizada ou alterada por meio de imputação de condutas, atributos ou qualidades que não tem relação com ela ou pela omissão das características determinantes para sua configuração: o direito a não ver alterado o próprio perfil, psicossomático, intelectual, político, social, religioso, ideológico e profissional (GARCIA, 2001; CUNHA E CRUZ, 2012). Assim, caso se ligue o direito à imagem-atributo a tais conteúdos, não pode ser ele considerado autônomo, porquanto carece de objeto jurídico, não tem regras

próprias, nem se determina por si mesmo, subsumindo-se ou no conceito do direito à honra ou no direito à identidade pessoal.

Em síntese: não pode prevalecer a “híbrida” concepção de imagem-atributo, que ora compartilha imanentes raízes conceituais com a teoria do direito à honra, ora converge com os fundamentos do moderno direito à identidade pessoal, pois suas bases doutrinárias, que sustentam sua hipotética configuração conceitual constitucional, não apresentam consistência teórico-jurídica.

Apesar de instado em algumas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal não discutiu a aqui combatida distinção conceitual do direito à própria imagem (retrato-atributo), talvez porque não se chegou a suscitar essa delimitação. O que se denota, com uma análise percuciente, é que o Máximo intérprete da Constituição ainda mescla, em suas decisões (RE-91328; RE-95872; RE-101280; RE-115838; HC-76689; RE-215984; MS_MC-24832; HC-89429; MS-21468; HC-70668; HC-72212; HC-82405; HC-84778; INQ-496; MS-24405; RE-426561; Rcl-QO-2040), os conceitos de imagem, honra e intimidade¹.

3. A redação do artigo 20 do CC-2002

Atendo-se a uma exegese histórica, a Lei nº 10.406 (CC-2002), diferentemente da Lei nº 3.071 (CC-1916), dedicou-se a proteger, de forma expressa, alguns direitos da personalidade. A inserção desta categoria de direitos deve-se à influência que o Código Civil italiano de 1942 (CCI-1942) teve na redação do correlato brasileiro. Basta uma simples análise comparada dos preceitos referentes a este tema no CCI-1942 para se constatar a similitude com os do anteprojeto de Orlando Gomes (art. 35) e do Projeto

¹ Em curso ante a Primeira Turma do STF (RE-438406, Relator Min. Luiz Fux) um interessante caso sobre o consentimento para a representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana.

de Lei nº 634/75 (art. 21), os dois textos que subsidiaram o CC-2002.

No chamado Anteprojeto Orlando Gomes de reformulação do CC-1916 de 1963, adotou-se, como era de se esperar, a teoria da honra para justificar a inclusão da proteção jurídica imagem. A preponderância da figura da honra nessa época é justificada pela já aludida repersonalização dos ordenamentos democráticos, os quais se voltavam para a proteção da dignidade da pessoa humana. De fato, esse foi o momento decisivo da gênese da teorização dos direitos da personalidade que se conectavam com a integridade moral, que tinha a honra como a sua maior representante.

Nesse contexto, tanto a intimidade como a imagem eram, portanto, (con)fundidas ou disciplinadas no mesmo enunciado normativo que conferia proteção à honra/integridade moral. Para corroborar esta afirmação, constata-se essa referência no artigo 5º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948², e no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³.

No caso específico da imagem, todo esse contexto normativo reproduziu-se na redação do artigo 35 do mencionado Anteprojeto Orlando Gomes (1989 apud FACHIN, 1999, p. 126), de 1963:

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

§1º A proibição só se justificará se da reprodução resultar um atentado à

honra, à boa fama, à respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais.

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

Convém comentar que Orlando Gomes (1965, p. 133-135), alicerçado pela experiência do Código Civil português de 1867 (art. 359 et seq.) e pelo CCI-1942, foi um dos maiores defensores da inclusão da proteção da integridade moral. Era favorável à proibição da reprodução ou exposição da imagem quando o fato atentasse contra a honra, a boa fama e à respeitabilidade da pessoa retratada. Mas naquela época de interpretação, própria de um tempo e de um espaço, resultava que somente nesses casos o interessado poderia requerer a interrupção da vulneração e exigir a indenização pelo dano que houvesse sofrido.

Seguindo essa linha de pensamento, numa exegese genética, Orlando Gomes (1965, p. 135) justificou a inserção do direito à própria imagem na proteção da integridade moral, pois era necessária a organização de um sistema defensivo contra os abusos que podiam ser cometidas contra a “reputação” de alguém por motivo da reprodução de sua imagem. No mesmo sentido, ao comentar sobre o direito à honra e à integridade moral defendia que “Quando ocorre pela desfiguração injuriosa da imagem reproduzida nos periódicos, no cinema ou na televisão, pode o prejudicado impedir que continue a ser publicada e pleitear o ressarcimento dos danos.” Advogava, pois, que a própria imagem não deveria ser reproduzida sem consentimento, salvo se a fotografia tivesse sido obtida por ocasião de acontecimentos públicos. Poderia, pois, proibir a publicação, sobretudo se, da reprodução, resultasse uma violação à respeitabilidade do titular.

Mais que justificado, portanto, que os doutrinadores da época, incluindo Orlando Gomes, não fizessem uma distinção tão

² “Artigo 5º Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”.

³ “Artigo 12. Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

meticulosa entre os direitos que protegiam a integridade moral. O que se pode concluir que não se considerava ou estudava o direito à própria imagem de modo autônomo, porque subsumida a sua violação unicamente se houvesse ofensa à honra de uma pessoa. Ainda que arquivado, o Anteprojeto de 1963 teve densa influência na redação do posterior CC-2002, e, por certo, serve de apoio para uma correta explicação deste texto.

Por seu turno, voltando a uma exegese histórica, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, é um resultado tardio do Projeto de Lei nº 634/75, o qual foi capitaneado, a princípio, por Miguel Reale em 1972, e revisado por uma Comissão em 1973, sendo proposto na Câmara dos Deputados em 1975. Tramitou no Congresso Nacional durante vinte e sete anos, e, desde o término do seu período de *vacatio legis* é a lei genérica para as relações civis do Brasil. É considerado mais moderno e inovador que o Anteprojeto Orlando Gomes; entretanto, absorveu a confusão técnico-jurídica quando trata o direito à própria imagem. Uma exegese meramente gramatical do artigo que versa sobre o direito à própria imagem pode levar ao questionamento sobre sua autonomia:

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

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

Este preceito não foi modificado, nem pelo Senado Federal, tampouco pela Câmara

dos Deputados durante a tramitação do mencionado projeto (DINIZ, 2002c, p. 31-33; PASSOS; LIMA, 2012a, p. 7). Por isso, ao se fazer um contraste entre o artigo 35, do “Anteprojeto Orlando Gomes” e a redação do artigo 20, do CC-2002, observa-se que a mensagem informadora do conteúdo material do direito à própria imagem dos dois textos é basicamente a mesma. A diferença manifesta é a inserção dos limites do direito à própria imagem e a forma de redigir a linguagem técnica do artigo 20.

Apesar das apontadas confusões conceituais com a honra/integridade moral, nas duas redações o conceito do direito à própria imagem converge, indisputavelmente, com aquele ofertado no apartado anterior: a faculdade de aproveitar (positiva) ou de excluir (negativa) a representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana.

4. Anotações conceituais sobre o artigo 20 do CC-2002

Ab initio, ressalte-se que, ante o uso dos elementos de exegese (genético, histórico, filológico, teleológico e sistemático), a imagem à qual se refere o legislador civil é a representação gráfica das evocações ou expressões visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana, pois todo o contexto que precede a palavra imagem leva a essa inexorável dedução.

Com efeito, o dispositivo estabelece a regra da limitação voluntária do consentimento quando afirma “salvo se autorizadas”, e prevê alguns limites jurídicos na primeira parte da redação “ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública”. Sem embargo, deve ser estimada como incompleta a regulação desses dois institutos, pois, por um lado, não diz o texto se a autorização há de ser inequívoca, tácita ou expressa, onerosa ou

gratuita, tolerante ou autorizante. Omite, também, a possibilidade da revogação e seus efeitos.

É conveniente dizer, no entanto, que há a regra da interpretação restritiva do consentimento, que não necessariamente tem de ser explícita em tal artigo, pois tal signo interpretativo é inerente a qualquer interpretação que se faça dos direitos da personalidade, direitos que desenvolvem o valor da dignidade da pessoa humana (BARBOSA, 1989; CASAS VALLÈS, 1989; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, 1994; GITRAMA GONZÁLEZ, 1962; IGARTUA ARREGUI, 1991; SANTIUMENGE I FARRÉ, 1990). Por outro lado, é elogiável que o CC-2002 haja incluído a palavra “necessária” precedendo os limites do direito à própria imagem, pois o requisito da necessidade, de certa forma, limita o mal uso ou a utilização incondicionada.

Não obstante, o texto legal descreve duas possibilidades de limitar o direito à própria imagem, deixando uma ampla margem para o labor do hermenêuta nesses casos. Não que se diga que fosse exigível uma previsão que incorporasse todos os casos nos que o direito à própria imagem costuma estar em conflito com o interesse público, mas a redação poderia estar, quiçá, mais bem elaborada. Para corroborar esta assertiva, noticia-se, enquanto redigidas estas linhas, que a Associação Nacional dos Editores de Livros (Anel) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 no STF com o propósito de questionar uma interpretação que se faz dos artigos 20 e 21 do CC-2002, para afastar a necessidade de consentimento do biografado ou demais retratados para a publicação de obras literárias ou audiovisuais, pois em confronto com a liberdade de expressão (EDITORES PEDEM..., 2012).

Essas omissões no artigo 20 do CC-2002 guardam uma grande congruência interna com os demais elementos ali descritos. A circunstância mais criticável é o modo como está concebida a imagem: o seu conceito.

Da redação gramatical, conclui-se que só se protege a imagem da pessoa humana quando sua utilização não seja consentida e [se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais].

Efetivamente, um exame apressado e exclusivamente literal do artigo 20 do CC-2002 pode dar guarida a uma interpretação de que a proteção da imagem do titular está condicionada, a par dos limites e da vulneração do consentimento, à violação concomitante de pelo menos um dos quatro requisitos: 1) ofensa à honra; 2) intromissão ilegítima na boa fama; 3) conspurcação da respeitabilidade ou 4) exploração comercial da imagem sem permissão.

De pronto, é iniludível identificar uma impropriedade técnico-jurídica na redação do preceito, pois se o legislador queria frisar honra, ou somente honra como sinônimo das demais expressões substantivas nucleares, não deveria citar boa fama e respeitabilidade. Entretanto, com uma leitura imediata, a principal discrepância que se deve apontar é a desconsideração da autonomia do direito à própria imagem. Observa-se, todavia, que houve neste artigo um direto influxo do “Anteprojeto Orlando Gomes”, o qual, como visto, ratificava, de modo explícito, a subsunção do direito à própria imagem na proteção jurídica da honra.

Esta inferência “subsumida” é perigosa, pois incompatível com a “vontade da Constituição” (VERDÚ, 1985, p. 06; HESSE, 1991, p. 19). Pelo modo como foi redigido o aludido texto normativo, por exemplo, Francisco Amaral (2006, p. 43-55) interpretou que tal norma pode ser traduzida como “A honra, a boa fama e a respeitabilidade são protegidos pelo art. 20, segundo o qual poderão ser proibidos a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa.” Não que a honra não esteja ali também protegida; contudo, se prevalente um entendimento unicamente

te textual, opta-se por uma clara adoção da teoria da absorção do direito à própria imagem pelo direito à honra – aquele como mero instrumento deste.

Outra incoerência mais grave que se deve indicar é a conflituosa redação do parágrafo único do citado artigo e o parágrafo único do artigo 12, ambos do CC-2002, cuja redação é a seguinte:

“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.”

No entanto, a lei não explicita a existência de um motivo de lógica jurídica para diferenciar, de modo específico, a proteção *post mortem* do direito à própria imagem da regulação dedicada aos demais direitos da personalidade. O equívoco técnico-legislativo ao elaborar o parágrafo único do artigo 20, tal e como está redigido, pode restringir, de maneira infundada e inadequada, a defesa da representação da figura humana de pessoa falecida (CAMPOS, 2007; CABEZUELO ARENAS, 1999; MIRANDA; MEDEIROS, 2005; PASCUAL MEDRANO; PABLO CONTRERAS, 2003; PINTO, 2000).

Em que pesem todas as impropriedades técnico-jurídicas da redação do artigo 20 do CC-2002, é imprescindível e juridicamente necessário analisá-lo de acordo com a Constituição. É imperioso admitir que se deve rechaçar qualquer intento de alteração ou menosprezo do conceito do direito à própria imagem, porque tal interpretação vulneraria diretamente os incisos IV; X e XXVIII, “a”, do art. 5º, que lhe conferiram robusta, gramatical, inequívoca e indisfarçável autonomia. A pura literalidade do artigo 20 do CC-2002 diante de uma leitura

reducionista poderia, portanto, contrariar a emancipação do direito à própria imagem, augurada pelo texto constitucional de 1988. Neste sentido, a interpretação míope do citado artigo deve ser nominada de flagrantemente inconstitucional.

Com efeito, apoiando-se em uma exegese histórica, não foi uma interpretação minimalista a empregada por Miguel Reale na “Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, escritas em 16 de janeiro de 1975. Segundo Reale (1975 apud PASSOS; LIMA, 2012b, grifo nosso):

“17.c) Todo um capítulo novo foi dedicado aos Direitos da personalidade, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. *Tratando-se de matéria de per se complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência.*”

Na mesma “Exposição de Motivos”, há exortação para que o intérprete daquele texto, no momento de examinar as diretrizes fundamentais que informam o projeto do CC-2002, deve ter em conta que “4.a) Compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global do Direito Privado [...] 4.p) Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade (...)”. No mesmo sentido, o senador Josaphat Marinho (BRASIL, 1997, grifo nosso), relator-geral do Projeto de Código Civil no Senado Federal, argumentou que:

“há de se compreender que o atual Projeto de Código Civil adota critério de normas concisas e flexíveis, destinadas a facilitar a abrangência da realidade e das concepções jurídicas sempre em mutação (...) *As leis por*

mais bem feitas que sejam não abrangem nunca toda a realidade que avança sempre além da norma. Captada a essência das mudanças, como no caso está, é de recomendável técnica legislativa reservar ao saber dos doutrinadores e à objetividade da jurisprudência a depuração, no tempo, dos aspectos demasiados polêmicos e de minúcias excessivas. O Projeto de Código Civil reflete essa imagem de segurança e flexibilidade, no tocante aos direitos da personalidade, como no conjunto de suas disposições."

Ante tais circunstâncias, é pertinente fazer algumas ponderações. De um lado, tanto o supervisor do projeto embrionário como o relator-geral no Senado Federal afirmam que o CC-2002 não regula de forma completa o tema dos direitos da personalidade, nos quais está inserto o direito à própria imagem. De outro, pode-se separar a última parte dessa explicação, na qual se afirma que a doutrina e a jurisprudência ajudarão no labor de concretizar os direitos da personalidade. É patente, portanto, que o CC-2002 não trata com profundidade o tema dos direitos da personalidade, e que tampouco foi exaustivo quando regulou o direito à própria imagem, pois não era essa a *mens legislatoris*, e não é essa sua exegese histórica.

O que se deve inferir, portanto, é que o texto do artigo 20 do CC-2002 trata de exemplos abertos (*numerus apertus*) das formas de violação – e consequentemente de proteção – do direito à própria imagem. Em outras palavras, o que se quer frisar com este trabalho é que há uma vívida e periclitante possibilidade de imputar uma inconstitucionalidade ao artigo 20 do CC-2002: quando interpretado tendo em mente um conceito do direito à própria imagem sem a autonomia que a Constituição outorgou. Para que se faça uma interpretação *in harmony with the Constitution* (CANOTILHO, 2003, p. 1310 et seq.) do dispositivo normativo objeto desse texto, deve-se examiná-lo aplicando os elementos de exegese genético, histórico,

teleológico e sistemático, o que, por certo, recairá no entendimento de que o artigo 20 do CC-2002 somente exemplifica algumas das possibilidades de ofensa à imagem humana, não as considera taxativas, exaustivas, fechadas, enclausuradas ou absolutas. Por derradeiro, que a redação do texto legal admite tantas outras mais possibilidades de violações ao direito à própria imagem quantas forem as constitucionalmente adequadas, pois esta é a teleologia do preceito.

5. Conclusões

As conclusões podem ser condensadas em três tópicos:

a) O artigo 20 do CC-2002 tratou o direito à própria imagem como a faculdade de aproveitar (positiva) ou de excluir (negativa) a representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana;

b) Numa interpretação conforme a Constituição, a qual confere indevassável autonomia ao direito à própria imagem, deve prevalecer o entendimento de que o artigo 20 do CC-2002 somente exemplifica algumas das possibilidades de ofensa à imagem humana, não as considera taxativas, exaustivas, fechadas, enclausuradas ou absolutas; e

c) A redação do artigo 20 do CC-2002 admite tantas outras mais quantas forem as constitucionalmente adequadas, pois esta é a teleologia do preceito.

Referências

AMARAL, Francisco. A parte geral do novo Código Civil Brasileiro: influência do Código Civil Português. In: UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 43-55. (A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, v. 2).

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. *Revista do Advogado*, v. 23, n. 73, p. 119-126, nov. 2003.

_____. A imagem-retrato e a imagem-atributo: conceitos distintos na Constituição Federal de 1998. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 515-531.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direitos de não-atletas participantes de espetáculo desportivo público. *Tabulae*, Juiz de Fora, v. 16, n. 13, p. 23-52, dez. 1984.

_____. Direito ao Espectáculo. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 366, p. 41-55, maio 1987.

_____. Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena. *Jurisprudência brasileira, cível e comércio*, n. 167, p. 37-42, 1992.

AZURMENDI ADÁRRAGA, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Madrid: Civitas, 1997.

BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. *Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

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

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BONJARDIM, Estela Cristina. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: M. Limonad, 2002.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer final nº 749, de 1997*. Relator: Senador Josaphat Marinho. Diário do Senado Federal, Brasília, 15 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=57207&tp=1>>. Acesso em: 09 jul. 2012.

CABEZUELO ARENAS; Ana Laura. Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen. *La Ley*, Madrid, n. 1, p. 1577-1586, 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de. O estatuto jurídico da pessoa depois da morte. *Revista O Direito*, Lisboa, ano 139, v. 2, p. 245-253, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRILLO LÓPEZ, Marc. Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución española de 1978: Comentario a la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo. *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, Madrid, n. 6, 2003.

CASAS VALLÈS, Ramón. Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación. *Poder Judicial*, Madrid, n. 14, p. 131-41, jun. 1989.

CHAVES, Antônio. *Direito de arena: transmissão, via rádio e TV dos grandes espetáculos esportivos, carnavalescos, etc.* Campinas: Julex Livros, 1988.

_____. Direito de arena. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 77, p. 235-256, jan./dez. 1982.

_____. Direito de arena, também um direito do juiz. *Revista brasileira de educação física e desportos*, São Paulo, v. 11, n. 50, p. 33-35, abr./set. 1982.

CHINCHILLA MARÍN, Maria Carmen. Sobre el derecho de rectificación. *Poder Judicial*, Madrid, n. 6, p. 71-82, 1987.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto. Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad e la propia imagen. *Anuario de derecho civil*, Madrid, v. 47, n. 3, p. 31-69, 1994.

COSTANETTO, Jose Carlos. Direito de arena, a defesa do atleta. *Revista brasileira de Educação Física e Desportos*, São Paulo, v. 10, n. 47, p. 11-12, jul./set. 1981.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha. *La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución brasileña de 1988*. 2008. Tesis (Doctorado en Derecho) - Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008. Disponível em: <<http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/866/la-configuracion-constitucional-del-derecho-la-propia-imagen-en-la-constitucion-brasilena-de-1988/>>. Acesso em: 21 ago. 2012

_____. Anotações sobre o Direito Constitucional à Própria Identidade. In: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; BAETA NEVES, Mariana de Barboza (Org.). *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 477-494.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002a.

_____. Direito à imagem e a sua tutela. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002b. p. 79-106.

_____. Comentários ao Código Civil Brasileiro. In: FIUZA, Ricardo et. al. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002c.

EDITORES pedem fim da necessidade de autorização para publicação de biografias. *Portal do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 06 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=211804>>. Acesso em: 09 jul. 2012.

FACHIN, Zulmar Antônio. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: C. Bastos Ed., 1999.

GARCIA, Enéas Costa. Direito à identidade pessoal. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 165-197.

GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. Imagen: derecho a la propia. *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, v. 11, p. 301-376, 1962.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. La degradación del derecho al honor. Madrid: Civitas, 1993.

IGARTUA ARREGUI, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Madrid: Tecnos, 1991.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 11-44. v.1.

MICHAELIS. Dicionário de Português Online. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=imagem>>. Acesso em: 21 ago. 2012

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. v.1.

MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

NETTO FRANCIULLI, Domingos. A proteção ao direito à imagem e a constituição federal. *Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 19-38, jan./jun. 2004.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. El Derecho de Declaración, Aclaración o de Rectificación en el Ordenamiento Jurídico Nacional. *Ius et Praxis*, Talca, v. 7, n. 2, p. 327-356, 2001.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012a. v. 1. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/mlcc/pdf/mlcc_v1_ed1.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2012.

_____; _____. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012b. v. 4. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v4_ed1.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2012.

PASCUAL MEDRANO, Amelia; PABLO CONTRE-RAS, Pedro de. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*. Navarra: Aranzadi, 2003.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 61-83.

PUYOL MONTERO, Francisco Javier; GENEROSO HERMOSO, Flor. *Manual práctico de doctrina constitucional en materia de Derecho al honor, a la intimidad y Derecho de rectificación*. Madrid: Edigener, 1991.

RABELLO, Jose Geraldo de Jacobina. Do Direito de arena. *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 12, n. 54, p. 13-18, set./out. 1978.

RODRIGUES, Cláudia. Direito autoral e direito de imagem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 827, p. 59-68, set. 2005.

ROYO JARA, José. *La protección del derecho a la propia imagen, actores e personas de notoriedad pública: según la ley 5 de mayo de 1982*. Madrid: Colex, 1987.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Direito de arena. *Revista de direito privado*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 226- 240, abr./jun. 2005.

SANTIUMENGE I FARRÉ, Josep. El derecho a la intimidad en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo. In: CODERCH, Pablo Salvador et al (Coord.). *El mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. p. 380-381.

SORIA, Carlos. El Derecho de Rectificación: Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 22 de diciembre de 1986. *Documentación de las ciencias de la información*, Madrid, n. 12, p. 27-40, 1989.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. *Revista Forense*, São Paulo, v. 99, n. 367, p. 45-68, maio/jun. 2003.

TERRELL, Joseph Robert. O direito de arena e o contrato de licença de uso de imagem. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, v. 9, n. 11, p. 17-21, nov. 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*. Madrid: Reus, 1985.