

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 41 • nº 164
outubro/dezembro – 2004

Considerações acerca do direito à imagem como direito da personalidade

Bruno Felipe da Silva Martin de Arribas

Sumário

1. Introdução. 2. Imagem como aspecto da personalidade. 3. Reflexos do direito à imagem no *post mortem*. 4. Especificidades quanto ao exercício do direito. 5. Uso indevido da imagem. 6. Possibilidades de utilização lícita. 7. Interseção da esfera do direito à imagem com as de outras faculdades jurídicas. 8. Conclusão.

1. Introdução

Ao falarmos de *imagem*, reporta-nos nossa mente, de pronto, aos aspectos simbólicos que caracterizam o indivíduo, geralmente no seu todo, vez que restam daí excluídas outras acepções que são de grande valia para o Direito. Ao jurista, como é cediço, não cabe se ater ao conceito que seu objeto possui em vulgar. Deve ele precisar mentalmente sua matéria de análise e buscar, assim, uma definição que seja mais apropriada.

A importância da imagem da pessoa reside em elementos de cunho originariamente pré-legal, mas que, por questão de política jurídica, encontrou-se positivada em diversos Ordenamentos Jurídicos. Assim, tomando o estudo numa perspectiva filosófica, a figura do Ser tratar-se-ia do elemento de sua individuação. Sociologicamente, seria fator de reconhecimento e integração social. Nesse passo, juridicamente, como aqui nos interessa, temos uma caracterização dúplice.

De tal modo, como adendo preliminar, basta que tomemos nosso objeto sob os dois

Bruno Felipe da Silva Martin de Arribas é acadêmico de Direito - CCJ/UFPE e monitor de Direito Civil.

ângulos em que ele se apresenta: veremos ter a imagem ora o sentido de *retrato*, ora de *boa fama*, conforme mais se apegue aos elementos visíveis ou coletivos da definição, respectivamente. Queremos dizer com isso que, além daquela concepção *supra* (que há de ser precisada ainda), devemos encarar a imagem também como o modo pelo qual os seres vêem o outro na sociedade. Disso resulta, inclusive, diversa disposição constitucional.

Regula o artigo 5º da Carta Política de 1988, nos incisos V, X e XXVIII, sob o título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, a proteção da imagem. Não o faz, porém, aleatoriamente: preocupou-se o Primeiro Legislador, além de assegurar a indenização pela mácula pública da reputação do indivíduo, com o explicitar a guarida dum bem jurídico que, devido ao avanço das técnicas de captação, reprodução e veiculação da imagem, encontra-se tão suscetível a lesões.

Dentro desses chamados, então, buscaremos compreender precipuamente o envolvimento da imagem como objeto de Direito da Personalidade com distintivos atípicos ao conjunto dessa classe de faculdades. Trataremos, também, em consideração suas especificidades, seus pontos de contatos conflitivos e a importância que sua proteção adquiriu hodiernamente, principalmente por sua relação estreita com diversos outros bens jurídicos, num contexto despretenso de delimitação da matéria.

2. Imagem como aspecto da personalidade

Há muito, apercebeu-se a doutrina que certo grupo de direitos possuía uma tal seriedade que seria de melhor alvitre atribuí-lhes pechas vultosas procurando firmar por convicta a veemência de sua dignidade para o Ordenamento. Dentro do que se denomina direitos subjetivos, haveria uns que se relacionariam tão grandemente com a própria pessoa que seriam a ela essenciais. Assim, representariam os bens sem os quais não se conceberiam tais entes. Seriam esses

os *Direitos da Personalidade*, também chamados *Originários, Inatos, Personalíssimos*, e outras tantas denominações¹.

Importa a nós, neste estudo, que buscou a doutrina – no que teve apoio das modernas codificações civis (entre elas a italiana, e constando também do novo Código Civil brasileiro) – conferir a essa classe de faculdades mínimas e inatas certas qualificações pelo que a sua violação configurar-se-ia em ilícito mais reprovável. Diz-se, dessa forma, serem os Direitos da Personalidade oponíveis *erga omnes*, intransmissíveis, imprescritíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, e mais outras alcunhas que se encontram largamente enumeradas e destrinchadas em todos os manuais de introdução ao estudo do Direito Privado Comum.

Noutro viés, no ramo público, teremos uma teoria que muito se aproxima a esta: a dos Direitos Fundamentais, ou Liberdades Públicas, igualmente resguardadas nas mais diversas Constituições, que se prende mais, doravante, a um arquétipo de defesa do cidadão perante o Estado.

Acompanhando esses imperativos de garantia, deles tratou semelhantemente o Sistema Normativo Brasileiro. Como vimos, assim restou prescrito no artigo 5º da CF/88, e, como novidade, teve-se o Código Civil de 2002 em seus artigos 11 *usque* 21, diferentemente do que fez a Lei Civil de 1916. Daí que, por ato de escolha e persuasão, encontra-se a *imagem* nesse elenco.

Para que entendamos a figura como objeto de Direito da Personalidade, havemos, a princípio, de fixar qual seja seu real conteúdo de relevância jurídica. Isto é, trata-se agora de delimitar a matéria de discussão para vê-la, somente a partir de então, inclusive nessas teorias de austeridade protetiva, mais especificamente na do ramo privado.

Pois bem, o que se tem entendido como *imagem* é um dos aspectos da personalidade. Seria, outrossim, a manifestação pictórica desta, como emanção dos caracteres físicos que individuam o Ser². Como se sabe, a personalidade, qual atributo concedido

(ou reconhecido, para alguns) a certos entes, entre os quais o homem, não se encerra apenas em aspectos espirituais: possui também feições físicas, visíveis, que se revelam e dessa forma integram esse substrato ideal de direitos e obrigações. E a esses ares exteriores também se outorgam aquelas qualificações de quase intangibilidade.

Como dissemos anteriormente, para o Direito, o que se chama *imagem* possui um caráter de dupla apreciação: se a tomarmos como já agora remansamos, teremos a imagem-retrato (ou figura). É, noutros termos, aquele elemento material vislumbrável que transporta a personalidade dum esfera tão-só privada e moral para uma sobrelevação visivelmente aberta. Por outro lado, também sob esse léxico (o signo *imagem*) se inclui a boa fama ou imagem-atributo (MOREIRA, 2002).

Embora possam ser albergadas pelo mesmo vocábulo, tais acepções não se podem confundir. São ambas direitos da personalidade, ou fundamentais, intimamente relacionados, mas a lesão a um deles não implica dano necessário ao outro. Pelo primeiro, temos um bem jurídico que se expressa fisicamente: é o semblante, a feição, o corpo, a simbolização deste ou de parte deste (como os olhos da famosa modelo), que nos faz perceber ser aquele dado externo parte dum determinado indivíduo, ou seja, que o distingue e imprime nas circunstâncias da vida a sua presença. É um sensível ver-o-homem, que se apalpa, representa-o figurativamente e se pode captar por diversos meios materiais. O segundo – imagem/boa fama – refere-se diferentemente a uma especial forma de ver alguém, dentro da vicissitude dos fatos sociais. Não se trata do corpo que se enxerga mas do composto moral que se apercebe no Ser, como sua reputação, sua consideração, sua nomeada que assume uma variável mais coletiva. É um moral ver-o-outro, que pode ser igualmente prejudicado por agressões repulsivas.

Essa delimitação nos serve para que resinjamos a análise precipuamente àquele

composto físico/visível da personalidade. Importa-nos mais especificamente a imagem/retrato que se insere como espécie do gênero *privacidade* e é objeto de proteção jurídica.

Como ensina o mestre Antônio Chaves (1972, p. 47 et seq.), em verdade, a imagem, em que pese a carga moral que possui, sob sua perspectiva física não passaria do reflexo da luz sobre um corpo. Todavia, nesse entendimento simplório, restringe-se às assertivas referentes à imagem como composto ótico, o que é por nós peremptoriamente rejeitado. Aqui a veremos como objeto de direito.

Seguindo essa ótica, quando falamos de direito subjetivo, é de destacar estamos tratando dum ampla concepção que se remete a uma relação jurídica entre dois pólos subjetivos em torno, a propósito, dum objeto. Dentro de nosso estudo, este se porta como bem (jurídico), que, na lição de Orlando Gomes (2001, p. 151), é uma noção histórica, e não naturalística; daí que

“não é a personalidade (...) objeto desses direitos, visto que, sendo o pressuposto de todos os direitos, em si mesma não é um *direito* (Unger) e, muito menos, *objeto de qualquer relação*. Recaem em manifestações especiais de suas projeções, consideradas dignas de tutela jurídica, principalmente no sentido de que devem ser resguardadas de qualquer ofensa, por necessária sua incolumidade ao desenvolvimento físico e normal de todo homem”.

Assim, o objeto desse enlace não é a personalidade (substrato), mas o bem jurídico considerado como valor basilar de garantia, no caso vertente: a figura da pessoa.

Pode-se, deste feito, expor em didática que se relaciona intersubjetivamente um homem com todos os demais, pelo que estes não devem usar indevidamente a imagem daquele, prerrogativa exclusiva sua, tendo o titular ativo o poder de exigir que se respeite essa faculdade jurídica e, em caso de

contraventiva, acionar o aparato judicial para repor ou compensar as perdas, como veremos mais adiante. É essa a noção da oponibilidade *erga omnes* do direito à imagem e dessa forma é que se concebe a figura como objeto de direito da personalidade.

Nessa relação que toma por base a exclusividade do portador sobre sua estampa, advirtamos, não estamos nos referindo à proibição de que outros dela tomem conhecimento, mas que se use a efigie contra a vontade de seu detentor. Inócuo imaginar possível elidir qualquer envoltura ou invasão alheia sobre a própria imagem, simplesmente porque, como entes sociais, convivem em povoamento. É, no entanto, repulsivo que se valha indistintamente da figura de outrem, tratando-se, à evidência, noutros termos a exclusividade.

Dentro duma linha histórica, não se encontrou amparo legal sistematizado que tratasse do tema no pergaminho civil pátrio de 1916³. Na América, a primeira menção legal acerca dos Direitos da Personalidade encontra-se no Código Civil Peruano de 1936. Ganhou deveras um maior destaque na Lei Civil Italiana de 1942, que dispôs do tema em dois capítulos (OLIVEIRA, 2002). Tal matéria, e mais propriamente o direito à imagem, a par do encaminhamento jurídico que há muito vinha recebendo, restou positivada explicitamente tanto na Constituição Brasileira de 1988, que dele tratou nos regramentos sobreditos, como no Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406 de 10/01/2002), que vem em seu art. 20 e parágrafo único disciplinar tal esfera.

Implica tal encaixe do retrato (considerado *lato sensu* no que diz com a própria imagem) o enquadramento de todas as prerrogativas que distinguem em importância os direitos inatos da pessoa. A imagem, parte física da personalidade vislumbrável e captável por instrumentos, é direito absoluto (com a séria ressalva de que assim se o entende por ser oponível *erga omnes*), imprescritível, irrenunciável, vitalício, necessário, indestacável de seu titular, etc., sendo, con-

tudo, que a ele não cabe a pecha da indisponibilidade, ao menos nos termos que adiante veremos.

Constituído, dessa forma, como é, por embaso no personalismo, percebe-se ser a imagem bem jurídico de íntima sintonia com bens outros de ordem moral, mas que, de semelhante modo ao que ocorre com a reputação, não se os pode tratar indistintamente.

Como vimos acima, há de se impor uma diversidade de tratamento ao se falar de imagem/retrato e imagem/boa fama. Essa é a garantia constituída no inciso V do artigo 5º da CF/88, que assim fala da indenização por *dano* material, moral ou à *imagem* conseguinte ao mau uso da liberdade de manifestação do pensamento, carregada em concomitância ao direito de resposta. Similarmente, temos a boa fama como parâmetro de aferição de um dos possíveis usos indevidos do retrato de outrem tal qual se encontra no art. 20, *caput*, do novíssimo diploma civilista.

A figura, noutra ótica, encontrou graça e guarida nos incisos X e XXVIII do art. 5º da CF/88, que tratam da inviolabilidade desse bem e da proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas.

Assim, proscrevendo a violação a diversas esferas da privacidade da pessoa (*right of privacy*), houve por bem, e acertadamente o fez, o Constituinte distinguir intimidade, vida privada, honra e imagem. Afirma o constitucionalista José Afonso da Silva (1999, p. 207) que se deve tomar a privacidade genericamente, para que assim possa englobar essas outras manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade. Igualmente, desse modo o fez o art. 20 da epístola civil de 2002, que se preocupa em os separar como bens jurídicos autônomos.

O insigne Celso Bittar (2000, p. 93-94) nos chama a perceber também esse apartamento quando explana que,

“na divulgação da imagem, é vedada qualquer ação que importe lesão à

honra, à reputação ao decore (...), à intimidade e a outros valores da pessoa (...), verificando-se, nesse caso, atentado contra os aspectos correspondentes (e não violação ao direito de imagem, que se reduzirá a meio para o alcance do fim visado)".

Afigura-se-nos, desse modo, a importância que possui essa faculdade jurídica, e isso porque sua violação pode agravar por demais o limiar de preservação de outros bens jurídicos igualmente insertos numa redoma de semi-intangibilidade, como direitos personalíssimos que são. Assim, quando se expõe ilicitamente o retrato de uma pessoa (notória ou não), pode essa veiculação atacar tão-somente a representação pictórica da personalidade, como também, concomitantemente, agredir sua honra, sua reputação etc.

3. Reflexões do direito à imagem no post mortem

Discorremos, quando da caracterização retro dos direitos da personalidade, que são esses intransmissíveis, por isso personalíssimos. Quer isso dizer que tal classe não se desliga sob nenhuma hipótese do seu titular. Não pode, assim, a pessoa deliberar acerca de transferir a sua posição em relação à própria imagem para outrem, sob qualquer título, o que seria uma afronta àquela regra.

Essa é a mesma concepção relevada para todos os outros direitos da personalidade (não podemos alienar nosso direito à vida, nossa honra, etc.). Dessa forma, permanece-se como titular ativo do direito à imagem mesmo que não se o queira, e em nenhuma hipótese poder-se-á dissociá-lo da pessoa portadora (D'AZEVEDO, 2001), vez que implicaria desgaste ao princípio maior da dignidade humana.

Contudo, mister que se tome em consideração que a personalidade não é um arcabouço potencial que apenas ao sujeito diz respeito. Direitos há cuja produção de efeitos, após sua atuação, sobrepassa a vida e

vai servir de limitação contra ataques mesmo na situação *post mortem*.

A personalidade emite eflúvios que repousam no ordenamento fazendo com que este continue a proteger as implicações de certas faculdades adquiridas em vida, mas que ainda se guardam na memória. Não estamos dizendo, com essas palavras, que o *de cuius* possui direito à própria imagem. Não, vez que absurdo. No advento da morte, extingue-se a personalidade, e com ela todos os direitos que lhe tomavam por base, inclusive o poder sobre o retrato.

Mors omnia solvit.

Mas aquele direito, assim como alguns outros (tais quais honra, obra, memória), inobstante só se possam ter por existentes enquanto também viva o titular, possuem *reflexos* que não se limitam ao período de vida: antes, perduram além desse. Dessa forma é, *v.g.*, que se punem o vilipêndio a cadáveres (art. 212 do Código Penal) e demais ilícitos que atentam contra o respeito aos mortos.

Deve o leitor ter bem claro que não se está falando em persistir o direito, mesmo sem o seu titular, mas que, uma vez que este já o teve, a faculdade necessariamente exigirá respeito, cuja implicação ressoa ainda após a deterioração da vida. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo (2002, p. 148),

"acontece que, prolongando-se os valores para além da morte, a tutela também deve estender-se. Não se está defendendo um objeto, ou uma coisa (...) mas sim um valor pessoal, a emanção da pessoa, os atributos decorrentes do espírito".

Conseqüentemente, houve por bem o legislador ordinário atribuir a legitimidade ativa para propor ação que vise cessar a lesão e requerer a devida indenização, ao cônjuge, ascendente ou descendentes do morto e do ausente (parágrafo único do artigo 20 do NCC). Essa atribuição traz à tona a exclamação da defesa dos efeitos *post mortem* do direito à imagem ao par que em hipótese alguma se diz transmitido o direito aos in-

divíduos elencados no referido dispositivo legal.

É uma questão de bom senso e respeito àquele que um dia possuía personalidade de direito e que agora, sem possibilidade de se amparar *per se*, terá a reminiscência preservada por meio de seus parentes, que deterão a *legitimatío ad causam* ativa com vista a pleitear liminar para cessar a exposição ilícita e o pedido de indenização, sem que detenham a vera titularidade do direito.

4. Especificidades quanto ao exercício do direito

Após havermos emoldurado a imagem sob aquela classificação, é de igual relevância que ponhamos a limpo certos feitiços peculiares que tornam o estudo dessa peça matéria para muita discussão. O esboço duma figura jurídica engloba, além de sua delimitação conceitual, os problemas e o regime que se lhe destinam enquanto fruto de apuro que se desliga da simples empiria.

A questão de relevo que se há de explicitar nesse ponto é a referência elucidativa devida quando se distingue o *direito à imagem* do seu respectivo *exercício*. A despeito de imprecisões doutrinárias que freqüentemente se vêem, permanece a imagem como substrato duma proteção inegavelmente indisponível, o que não ocorre, destarte, com a sua exploração. Com isso estamos dizendo da possibilidade de disposição que tem o sujeito ao celebrar pacto tendo como objeto prestação referente à sua imagem. Negocia-se temporariamente o exercício do direito, no seu aspecto patrimonial, e não a própria faculdade.

O direito à imagem, como tal, é algo puramente pensado, moral, espiritual que seja. Não pode, outrossim, tal composto sequer figurar num contrato, porque dele não se pode dispor. O mesmo ocorre com todos os demais de sua classe de importância e austeridade, sendo inconcebível qualquer tentativa de cessão do direito que prive terminantemente o sujeito da própria titularida-

de. Jamais se desvinculará a imagem daquele que a porta.

Porém, como asseveram diversos grandes autores, e deles fazendo eco a jurisprudência brasileira⁴, além desse conteúdo puramente moral, existe uma faceta que assume o caráter apreciável economicamente que é decerto o exercício desse direito. Por uma demanda de esclarecimento, citemos o exemplo do direito autoral (que não se trata dum direito da personalidade), cujo ângulo ideal é de intrínseca ligação com o autor, mas que possui, por certo, uma estimação pecuniária quanto ao seu exercício: daí poder ele ceder sua obra intelectual para reprodução e comércio, conquanto por nada se autorize afirmar que assim alienou seu direito. O autor não transfere a titularidade de seu direito, continua ele sendo o *criador* da obra; ele negocia a exploração do *corpus mechanicus* que carrega sua criação do espírito expressada de alguma forma (ASCENSÃO, 1980, p. 14). Além do que, poderá retomar sua construção e proibir que se a reproduza, arcando, é claro, com os prejuízos que de sua atitude resultarem. Por semelhante modo, um indivíduo que celebra um contrato pelo qual se encarrega de expor sua intimidade num programa televisivo (os chamados “shows de realidade”) não está com isso transferindo definitivamente sua esfera da vida secreta, pois que indisponível, mas negociando temporariamente seu exercício, deixando com isso que alguém de alguma forma a invada⁵.

Isso em muito se equipara ao contrato que se estabelece rotineiramente para o uso da imagem em propagandas ou publicidades. Agências celebram com artistas, modelos, jogadores etc. contratos pelos quais se vinculará a imagem da pessoa ao produto que se quer divulgar. Essa negociação, obviamente, possui limitações que serão adiante analisadas, mas que, dentro do corte da escorreição contratual, não apresentam qualquer problema ético para o Direito. Em nada conflita essa possibilidade de pactuação com o personalismo que reveste a ima-

gem. Não há qualquer subversão ontológica que desautorize essa prática tão comum.

Daí se dizer que da exclusividade que reveste o direito à própria imagem resulta, materialmente, ter seu titular uma série de faculdades conexas, como o direito de divulgá-la, publicá-la, vender sua estampa-gem (*i.e.* uma sua fixação fotográfica) em conjunto ou separadamente, com todas as precisas estremaduras (CHAVES, 1980, p. 53).

Para esse fim,

“o contrato adequado é o de licença, ou de concessão de uso, em que se devem explicitar, necessariamente, todos os elementos integrantes do ajuste de vontades, a fim de evitarem-se eventuais dúvidas: direito objetivado, fim, prazo, condições, inclusive a remuneração, possibilidade de renovação e outras” (BITTAR, 2000, p. 91).

Disso nos vêm as devidas formalidades para a conclusão dum contrato dessa alçada, vez que, como direito da personalidade, exige parcimônia.

Em primeiro plano, um acordo de vontades que envolva a utilização da imagem/retrato de outrem deve possuir todos os requisitos de um contrato. Em lição lapidar, destaca Serpa Lopes (1996, p. 63 et seq.) os elementos integrantes dos elementos constitutivos. Estes tratariam daqueles de que depende a existência do contrato e seriam a presença dos sujeitos, o consentimento e um objeto que forme a matéria do que se contratou. Os integrantes consistiriam nos requisitos imprescindíveis para a validade do contrato e seriam agente capaz, objeto lícito, possível e determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei⁶.

Seguidamente, há de constar em estipulação expressa o objeto da cessão temporária e as cláusulas que regularão o negócio. Isto é, o que se quer com o contrato, quais os deveres e direitos de cada parte, as prestações e remuneração, as condições contratuais, o prazo. Este, basilar, pois que não haveria cabimento numa concessão indetermi-

nada de uso da imagem (o que não proscreve a exclusividade: impede-se a utilização arbitrária e perpétua, não a vinculação da imagem da pessoa a apenas um produto de certa classe., conquanto não seja de definitiva pactuação).

5. *Uso indevido da imagem*

Vimos, em passagem *supra*, referir-se a imagem da pessoa ao seu retrato, o que de forma alguma se deve resumir ao seu todo semblante, à sua só efígie considerada em plenitude. Antes de se taxar tal objeto desse modo, importa que se o tome numa perspectiva maior de *identificação* da pessoa. Por isso havemos considerar que também partes do corpo, como rosto, olhos, membros, colo, ou qualquer outra peça da matéria humana que seja o bastante para asseverar sua individualização exterior, são elementos de proteção jurídica. Daí se ter esse direito à imagem como um “um vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas” (BITTAR, 2000, p. 90).

Antes de embrenharmo-nos no ponto proposto, obriga-nos esclarecer a relação entre a propagação hodierna de ações que visam rebelar a violação do direito à imagem (tomado no sentido que acabamos de referir) e o desenvolvimento de meios de captação e reprodução do retrato de outrem.

É da ciência de todos que a sociedade, pelo gênio que possuem seus integrantes, busca sempre aprimorar as tecnologias de acordo com sua capacidade e necessidade de novos maquinários. Dessa forma, é patente o progresso que se tem atingido na área dos artifícios de comunicação, colheita de dados fonográficos e visuais. Sendo a efígie o aspecto físico e aparente da personalidade, nada mais óbvio que a possibilidade de sua apreensão por instrumentos mais vários, como máquinas fotográficas, videográficas, e a reprodutibilidade desses dados nos impressos periódicos (revista, jornal), na televisão, na rede de Internet etc.

Percebamos, ademais, que a esse complexo de veiculação alia-se a permissão de pactuação temporária do retrato da pessoa para fins mais diversos possíveis. Isso posto, jaz claro que os compostos resultantes da negociabilidade com a reprodutibilidade facilitada pelos modernos meios de exibição levam a eventuais perversões que se traduzem na utilização ilícita da imagem de outrem e nos conseqüentes danos que repudiam ao Sistema Normativo. O que nos cabe, mais propriamente, nessa passagem, é expor, no tanto que for possível, os casos desse uso indevido, o que simboliza, talvez, a mais interessante faceta desse tema. Walter Morais (1996)⁷, citado por Antônio Chaves (1972, p. 52-53), vivamente dispunha que, ao se lançar mão da figura alheia, que considerava como “misteriosa e quase divina emanção” da personalidade, era como se estivesse a utilizar a própria pessoa, multiplicando sua presença moral.

Em princípio, pelo ordinário de sua ocorrência, havemos a hipótese de *publicação da foto de outrem, para fins comerciais, sem autorização do titular da imagem*⁸.

É mister que se tome em vista o complexo de configuração que se impõe à referida prática. Ao falarmos de publicação, referimo-nos à exposição pública da imagem, à sua divulgação pelos meios hábeis, como sua veiculação numa revista ou periódico qualquer. Exige-se igualmente um elemento finalista, qual seja: a postura do retrato à exibição visando angariar, de alguma forma, com isso, um acréscimo benéfico nas relações de cunho patrimonial. É o intento lucrativo que se busca ao se associar a imagem dum dado artista ou modelo, que possui uma receptividade meio ao público, a um dado produto ou serviço. Se para alguns a publicação sem consentimento já é de todo reprovável, máxime quando de caráter mercantil. Acontece que, há muito, o sistema de publicidade – que pode ser entendida como a informação propagandística que busca engendrar no espectador um impulso de consumir (SZAFIR, 1998, p. 62-63) – apre-

endeu o alcance que tem a vinculação de um bem a certo indivíduo que goza da empatia e/ou da respeitabilidade coletiva, o que pode levar (como efetivamente tem levado) a uma infinidade de abusos.

O ponto nevrálgico desse atentado reside, contudo, na ausência do consentimento da pessoa para que se exponha sua figura. Como bem jurídico de alçada tão sensível, a prática no sentido de valia sem anuência é passível de reprimenda,

“de modo que, integrando o direito da personalidade a imagem [...] das pessoas, não é permitido o uso desautorizado em publicidade, visando proveito econômico ou outra finalidade proveitosa, como acontece na divulgação de entidades, produtos, serviços; ou simplesmente maior venda de revistas, jornais, livros e outras espécies de publicações e gravações; ou conseguir grande audiência em programas audiovisuais, transmitidos por cinemas, canais de televisão (...). Aproveitam-se pessoas de destaque, conhecidas por dotes físicos, artísticos, científicos, intelectuais, esportistas etc., dando-se realce a aspectos como o rosto, os cabelos, os olhos, o perfil, (...), dentre outros” (RIZZARDO, 2002, 154).

Negociar ou não sobre isso é uma *quæstio voluntatis*.

Seguindo esse viés, no artigo 46, I, c, da Lei 9.610/98, temos a exigência da concordância do titular ou de seus herdeiros para a reprodução de retratos ou outra forma de representação da imagem. E de tal forma submerge a grandeza da autorização para que se empregue a imagem que esse modo se o pode denominar *violação quanto à aquiescência*⁹.

Prosseguindo na análise, uma segunda ocorrência aqui elencada é o caso em que, firmado o contrato (com o que já se pode dizer houve acordo), a utilização se dá para fins, total ou parcialmente, temporal ou materialmente, *diversos do avençado*. Muito comum se nos apresentam eventos em que um

indivíduo que frui de boa acolhida popular afirma ter celebrado um acordo pelo qual concedia temporariamente a exploração de sua imagem para determinado trabalho, ou por um lapso fixo, mas no entanto a agência, sub-repticiamente, houve por bem estampar sua efígie em matérias além do acertado, ou então “prolongar” o contrato sem avisar o artista e sem remunerá-lo por isso, caracterizando um *desvio quanto ao uso*.

Ocorre que, como já havíamos elucidado, por envolver um objeto tão precioso, o contrato que tenha por conteúdo qualquer obrigação referente à manifestação física da personalidade há de se pautar pelos princípios que regem as negociações, ainda mais que os acerca de outros bens de cunho precipuamente patrimonial. O estrito cumprimento dos deveres resultantes do acordo, com suas cláusulas, é questão incontestada, pois homologação da segurança jurídica, tão querida na seara privada do Direito. Aclarando esse tópico, segundo o mestre Bittar (2000, p. 92-93),

“nenhum uso pode, salvo as limitações naturais, exceder aos contornos contratuais: assim, a empresa que dispõe de fotografia de atriz para publicidade do filme não pode, paralela ou posteriormente, utilizá-la em revista ou na divulgação de produto de outra empresa, ou cedê-la para qualquer outra inserção. Também não estão autorizados os bancos ou arquivos de fotos [...] a fazer usos não previstos no ajuste com o interessado [...]”.

É da ciência geral, e se não era antes, com este trabalho já o é, que a imagem pessoal se aproxima intensamente de outros objetos de relação jurídica, mais propriamente de outros também personalíssimos direitos tais quais a honra, a intimidade, a identidade, vida privada, e outros tantos que se referem à integridade moral (GOMES, 1967, p. 40) do indivíduo. O homem está rodeado de bens jurídicos que se intercomunicam formando um complexo não subsumido ao puramente material, mas da órbita do espí-

rito, o que é por si já uma mixórdia fluida. Tais conteúdos jurídicos não se podem tomar por estanques e disjuntos: antes, relacionam-se podendo sofrer detrações que os atacam conjuntamente. Tendo dito isso, emerge o terceiro lance do catálogo de ilicitude na exploração do retrato d’outrem: quando *denigre, concomitantemente, outro valor pessoal*, de relevância jurídica, como os há pouco citados. Outra não é a prescrição do art. 20 do NCC, que proíbe genericamente a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.

Urge que explicitemos não haver relação de igualdade entre qualquer desses direitos. São de configuração autônoma, pois assim considerados para o Direito, como já em enfado repetimos. Para o fim de destrinchamento, é a situação, *v.g.*, dum treinador de futebol que tem uma sua imagem estampada em poses esdrúxulas num periódico, ou na porta dum lavabo de restaurante. Há de se convir que, pelas circunstâncias, pode tal hipótese estar agredindo o titular do direito, ferindo dessa forma sua honra e, quicá, sua reputação entre os que se deparam com a efígie¹⁰. Ressaltemos que, como já foi dito, servindo assim a violação à imagem como veículo para a agressão a outro bem jurídico, tal qual honra, vida privada, ou quaisquer daqueles compostos morais já ventilados, teremos cabível ação a respeito desses, que é a matéria desiderato da conduta, e não contra o direito ao próprio retrato¹¹.

Arrematando essa síntese das possíveis afrontas, imprescindível que se fale da ocorrência de irregularidade de maior alçada física. A completude da proteção a esse direito não se daria sem a plenitude de sua abrangência visível, o que nos faz ter em mente que também na *alteração desautorizada do retrato* haveríamos uma conduta desviante.

No instante em que se tira uma pose fotográfica de alguém, ou se apreende sua figura em instrumentos de vídeo, a esfera de defesa da imagem do interessado adquire

um corpo filosófico e jurídico que não elide o mais simples dos modos de proteção: a garantia de que o titular terá a sua representação pictórica preventa das deturpações para as quais não consente. Livra-se, aí, na norma em abstrato, dos retoques, modificações, colagens, montagens e de toda sorte de mutação da imagem, por mais benfazejo que seja o propósito, se com isso não está de acordo o sujeito detentor do direito.

O rol de usos indevidos do retrato supralistado é formado por tipos que se complementam e podem, em diversas ocasiões, estar presentes num mesmo fato concreto. Expomos, com isso, que em nada contraria a divisão didática aqui apresentada se se nos apresenta um caso em que a utilização se dá, ao mesmo tempo, para fins comerciais desautorizadamente e fere a intimidade do indivíduo, que poderá servir de baliza para a fixação do *quantum* na indenização. Não há, dessa forma, cogitar de impossibilidade de interseção, como nos mostra esse exemplo.

Havendo adentrado em tal particularidade, ressaltemos que a proteção aqui conferida não se restringe aos indivíduos que possuem certa notoriedade perante o público. Como significado imperante dum Estado de Direito, ao vulgo também se garante o poder de fruição de sua imagem e decisão sobre seu destino, facultando-lhe opor-se a qualquer conduta que a venha ter em desconsideração. Dessa forma, tampouco se justifica uma invasão na esfera de privacidade em que se circunscreve a imagem de alguém que goza do reconhecimento popular, como por bem não se o faz a qualquer desse mesmo povo.

No rastro do art. 186 do NCC, a violação do direito objeto de nosso estudo é ato ilícito e, por conseguinte, hipótese-condição duma sanção jurídica, qual seja: o ressarcimento pela lesão a bem jurídico. Concomitantemente à prática do ilícito vergastado, resulta uma tal situação incômoda para a vítima, provocando-lhe sofrimento e pesar, restando, por assim dizer, ensejada a con-

veniência duma ação de indenização por perdas e danos. Como ainda nos ensina Bittar (2000, p. 96),

“das medidas cabíveis, as tendentes a fazer cessar o ilícito (cautelar, de que se destaca a busca e apreensão do material violador) e a satisfação dos prejuízos (ação de reparação de danos compreendendo tanto os de caráter moral, como patrimonial) são as mais eficazes na prática”.

Pode, dessa forma, acarretar-lhe um prejuízo patrimonial (descortinando, por exemplo, portas de trabalho para um determinado modelo) ou, como consagrado já em nossa Constituição Federal, trazer-lhe amargura, privação de bem-estar, padecimento, inquietação mental e perturbação da paz (VENOSA, 2002, p. 257-262). Temos, outrossim, configurada a possibilidade de dano material e dano moral decorrente do uso indevido da imagem de outrem, *cumulativamente*.

Numa questão de delimitação, talvez aqui descabida, mas que nunca é demais consignar, podemos conceituar dano moral como

“todo aquele que não venha a afetar o patrimônio material da vítima. Ou seja, abrange a dor física e psíquica, constrangimento, raiva, angústia, aflição, vergonha, sentimento de humilhação, etc. Enfim é tudo aquilo bastante o suficiente para causar uma repercussão negativa *no íntimo da vítima*” (MOREIRA, 2002).

Dito isso, nada mais óbvio que o padecimento moral que sofre o titular do retrato quando do locupletamento ilícito daquele que sorratamente o usou com desígnio especulativo, ou da situação vexatória de que foi vítima quando lhe expuseram foto comprometedoras. Válido ressaltar que, estritamente considerado, o dano moral é irreparável, sem mensuração pecuniária, servindo a indenização como lenitivo para a dor (VENOSA, 2003, p. 33-39).

E o relevo que a essa condição se aplica é de tal monta que se tem tido como havido o dano moral com a tão-só exposição indevida. Nos termos do RESP 267529/RJ,

“Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral”.

Entende-se inclusive que não se faz necessária a mácula à reputação (imagem/boa fama) da pessoa para se ter nascida a obrigação de ressarcir¹².

Contudo, é de se levar em conta que nem a todos assim parece, pois, tendo sido posta em negociação, logo apreçada, não se pode falar em violação do direito à imagem, no máximo de dever de indenizar por culpa contratual. A cessão da exploração do retrato desautorizaria, espantosamente, qualquer postulação acerca da privacidade. Por tudo que aqui já dissemos, resta claro, com a devida vênia, que com esse tino não concordamos. Essa esfera da vida secreta não é um indistinto bem jurídico cuja manipulação é apazível ao Direito, inda mais que indisponível. Não havemos de falar em “abdição” do direito pelo simples fato de se ter pactuado temporariamente quanto ao seu exercício.

No tocante ao dano material, temos um cunho de transgressão com eflúvios patrimoniais que assolam a vítima, fustigando-lhe total ou parcialmente o conjunto de suas relações jurídicas apreciáveis economicamente. Não será demais apontarmos aqui que, nesse dever jurídico de compensação, “a indenização por violar o direito à imagem não deve se limitar ao valor que o indivíduo perdeu (dano emergente), mas também deve se estender para quanto deixou de ganhar (lucros cessantes)” (D’AZEVEDO, 2001). A fustigação material se demonstra, *v.g.*, no caso do artista que tem sua imagem fotográfica levada em referência a um dado produto que possui repulsa popular, e por isso tem sua empatia meio ao público desgastada, perdendo assim a firmação de outros acordos envolvendo sua figura. Por isso,

tem-se entendido ser a notoriedade um critério de aferição do *quantum* indenizatório. O professor Carlos Bittar (2000, p. 97) aprecia que o ressarcimento deve estar em consonância com tal advento do renome e que

“deve-se, assim, na fixação da indenização, optar por valores que, a par da satisfação do interesse patrimonial do titular, sancionem a violação ao aspecto pessoal, buscando-se, pois, adicionar à verba usual do mercado o *plus* correspondente à lesão à personalidade, e em níveis desincentivadores da prática, como medida de plena satisfação ao interesse do lesado, e em perfeita consonância com a teoria da responsabilidade”.

De se consignar, ainda, que a nós, afigura-se-nos bastante razoável admitir que o Constituinte tenha aberto, na inteligência do inciso V do art. 5º, o cabimento do pedido de uma terceira verba, além da correspondente ao dano material e moral, devida por um ato injurídico, visando compensar pecuniariamente o que teve sua imagem/boa fama lesada. Atente-se que na Magna Carta se vê: “além da indenização por dano material, moral *ou à imagem*”.

Moral e Imagem (nesses termos concebida) não se confundem. São ambas objetos distintos, passíveis de danos distintos, logo diversas poderão ser as verbas indenizatórias requeridas¹³. De melhor, assim, por que consideramos que toda lesão deve, na medida do possível, ser ressarcida, compensada. De melhor, ainda mais, por que dessa maneira atribuímos maior eficácia ao texto, encarando-o não como mera disjuntividade alternativa, porém cumulativa¹⁴.

Acostemos que, ao se falar de “honra objetiva” da pessoa jurídica, não podemos tomar em consideração bem outro que não seja a reputação, que possui necessários reflexos econômicos no patrimônio da empresa, mas que não se deve confundir com honra, no sentido subjetivo que se destina tão-somente aos homens.

6. Possibilidades de utilização lícita

Por certo que não só de contravenções reveste-se a exploração, econômica ou não, do direito à imagem. Prestando-se, com embasamento volitivo ou inclusive sem o consentimento, a certas hipóteses que procuraremos aqui delimitar, é de se ver que a carga melindrosa que acompanha tal faculdade jurídica é sobrelevada para se atingir um campo de atuação dentro das conformidades legais. Quer isso dizer que, embora seja a imagem objeto tão frágil e de tutela premente, muito possível haja exercício que não fira ilícitamente interesse, público ou privado, havendo então liceidade no uso.

Poder-se-ia pensar que de contraponto resolver-se-ia esse tópico. Bastaria tão-somente saber dos casos de uso indevido para se chegar, por negativa, ao que de resto seria juridicamente aceite. Não se enquadrando no que taxado está de repugnante, ao mais, repousados estaríamos no tolerado. Às conclusões se pode chegar dessa maneira, em verdade. Mas não é de todo bom consignar algo mediante apenas o que lhe seja contraproducente, *i.e.*, definir por negativas.

Em vista então dessa proposta, o trabalho do sabedor do direito é tomar sua matéria de análise, apartá-la do que malmente se lhe imiscui e fixar sua descrição numa ótica de direito. Daí que não seria satisfatório só proclamar que é permitido o uso que não for considerado indevido. Mister que tratemos com mais minudência o agir sobre a estrita esfera da liberdade jurídica no que tange ao retrato.

Posto que não seja de boa técnica transcrever o texto da lei em estudo científico, ainda assim não deixariam de conceder vênias os cautos para que aqui possamos transmitir ao leitor o que no Código Civil luso se encontra, vez que de singular valia pelo seu alcance e caráter elucidativo. Vejamos o que reza o artigo 79º, n. 2:

“Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o car-

go que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.”

Ainda no n. 3:

“O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada.”

Indubitavelmente lícida a dicção supracitada¹⁵. Talvez já desnecessário, aqui, algo querer se acrescentar; mas, deveras, é o a que se propôs.

Afirmamos no ponto anterior que ao sujeito cabe decidir, conquanto não se fira a lei, os bons costumes e a moral, sobre explorar a faceta patrimonial de seu direito à imagem. Não haveria, como dissemos, subversão ontológica em pactuar temporariamente seu exercício. Daí ser cabido pormos, preliminarmente, que, sendo *plenamente escorreita a vinculação contratual* que diga com o retrato de alguém, igualmente lícita seria sua utilização. As contravenções são exceção das condutas juridicamente relevantes. A essa primeira situação, havemos de admitir, chegar-se-ia por simples dedução do que já foi expresso.

Que se dirá, contudo, de que se valha alguém da imagem de outrem para apresentações sem seu consentimento expresso?

Devemos ter em vista que os direitos da personalidade (sob outro enfoque, os fundamentais) não podem servir de arraçoado para enclausuramento do sujeito. Os indivíduos interagem socialmente, pois que insertos no tablado da coletividade em que constantemente se há de contrabalançar direitos e interesses aparentemente opostos.

A par de toda consideração feita, não podemos deixar de mencionar que grande relevância também há em exhibições de caráter informativo, científico, etc. Vejamos, *v.g.*,

a hipótese de um jornalista que, ao realizar uma reportagem, capta a imagem dos transeuntes que servem de modelos ao que se quer ilustrar. A difusão da imagem e som pode, deveras, ser instantânea, ao vivo, do que resultaria impossível se pedir autorização a cada um dos que passam. Os *finis informativos, culturais, de interesse público em geral* nos parecem motivos bastantes para que se possa reproduzir a figura de alguém sem necessariamente se cogitar do pedido de anuência. Não se imagine assim que estamos querendo outorgar livre passe para contextos de violação. Trata-se aqui de contemporaneizar a vicissitude jurídica, pois descabida seria a obrigação de que se peça, sempre, autorização de qualquer do povo fortuitamente apreendido pela lente duma câmara, sendo desinteressada a exibição.

Fiquemos também que a mesma possibilidade deriva aos anônimos e notórios, o que de plano já se pode sentir na leitura do citado artigo da Lei Civil lusitana. Estando em consonância com a posição que assumem, ainda mais, não há torpeza em se usar suas representações para propagações meramente jornalísticas.

A esfera da licitude, todavia, encerra-se quando a prática causa mal-estar ao Sistema Jurídico. É preciso se aclarar que, conquanto permitido se faça uso do retrato de outrem para veiculações de cunho coletivo, como corolário do Direito à Informação, e à Livre Manifestação do Pensamento (MORAES, 1999, p. 67-71), tal propagação não há de transgredir outros bens jurídicos, como a intimidade ou a honra; tampouco se aceita que os fins “informativos” possuam intento especulativo. Esse é o efeito da acareação entre o que se tacha conforme à lei e o que lhe afronta. Paradigmático é o caso recente de uma famosa modelo, esposa e mãe, que, em época de carnaval, teve estampada foto sua em que se trajava sumariamente, com vestuário íntimo alegadamente transparente. Declarando a Liberdade de Imprensa, o objetivo sério de transmitir a notícia, e o Direito à Informação, não houve por mal o jor-

nalista em veicular indiscriminadamente a chapa e permitir que outros veículos de comunicação também o fizessem, sem atentar ao fato de estar com isso invadindo a intimidade da indigitada. Assim, importa que se perceba que, na medida em que se permite a exibição eventual não expressamente consentida em estritas situações, coíbe-se o abuso, fazendo-se isso ao examinar mais apuradamente se se subsume a conduta em qualquer daquelas ocorrências indevidas ou se seu enquadramento nesse ponto analisado se resume.

Certo que, como se expõe do texto legal *supra*, justifica-se a exibição da imagem daqueles que gozam de notória publicidade, visto que, por certo, sua vida profissional dela depende, como se o interesse público “suplantasse” o privado (CHAVES, 1972, p. 68-70). De semelhante modo, com os devidos resguardos, anônimos ocorre de terem sua representação reproduzida. Numa ou noutra situação, em eventos sociais, transmissão de cataclismos, etc. porventura sempre se é captado por teleobjetivas, e não existiria motivo para se opor, em regra, se com isso não se penetram esferas outras da privacidade e não se desse demasiado relevo à pessoa (BITTAR, 2000, p. 67-68). Entendemos, deveras, predominar a vontade do titular, que poderia objetar mesmo essa espécie de exibição, ou sua continuação. Além do mais, não nos parece razoável indulgência para com a difusão da imagem dum artista ou modelo se, na ocasião em que fora flagrado, nada havia a respeito de sua vida como ente de elevada nomeada.

Encarando a noção de aquiescência tácita, prevê-se a conformidade jurídica do uso da imagem daqueles que, em *multidão*, comportam-se como se autorizando estivessem a colheita e veiculação de seu retrato. Não se poderia enjeitar que, inserto num agrupamento em que as feições se não distinguem, possa-se haver captação do aglomerado. A depender da distância, até ao titular do direito sucumbe a possibilidade de se apontar no estádio de futebol lotado, e

não há que se falar de falta de autorização ou de invasão da privacidade, pois que ninguém é surpreendido pela presença duma lente fotográfica ou câmara de vídeo numa partida de final de campeonato, muito menos cabe alegar que está se resguardando no seio de sua esfera mais íntima, enquanto traja roupa de banho e toma sol na praia de Boa Viagem em feriado de carnaval. São situações que se dão em meio público e em público decorrem.

Não vemos, nesse último caso, irregularidade nem em que se use o instantâneo do populacho inclusive para fins comerciais, sob limites, evidentemente. Bem de se ressaltar, doravante, que a veiculação não pode dar relevo a uma ou outra pessoa, ou à parte de qualquer delas. Contudo, em que se pode combater a empresa que se vale da fotografia de um vasto campo no qual se encontram indistintamente dispostos uma enxurrada de indivíduos para a publicidade de sua marca? Haveríamos de exclamar atestado se vinculasse precisamente a efígie duma pessoa, ou de algumas, ao produto. Conquanto não focada a captação e rarefeita a exposição, não enxergamos problema.

Também sem dificuldade crer não existir, em princípio, afronta na feitura, cópia e difusão de *caricaturas*. Produzida com *animus jocandi*, tal representação da imagem se presta, no mais das vezes, a retratar comicamente cenas, atos envolvendo pessoas públicas ou fatos que atraíram a observação popular, com conteúdo social crítico ou não. O intento reside no burlesco, no irônico singelo ou mordaz que seja. Daí, porém, a que a charge descambe no puro escárnio depreciativo já havemos bastante diferença. Intolerado isso. E o exame cabe ao magistrado quando o interessado trazer à apreciação do Judiciário o conflito.

O arremate dos casos que arrolamos como revestidos de licitude na utilização da imagem põe-se à baila com o respeito que é devido à representação visual da personalidade dos indivíduos suspeitos de cometimento de ilícito penal.

Instaurado o Inquérito Policial, e durante todo esse procedimento inquisitório e sigiloso, não se pode capitular o que ainda não foi indiciado, tampouco acusado, como criminoso (IBIAPINA, 1999). A conclusão a que se chegará na polícia judiciária diz respeito à probabilidade de o indigitado, implicado na prática da conduta delituosa, ser o seu real autor (indiciamento). O sujeito só a partir da triagem do Ministério Público será considerado acusado. E mais: como expressa garantia dum Estado Democrático de Direito, não se o poderá dizer delinqüente até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal que o diz culpado¹⁶.

Não há que se olvidar os malefícios produzidos pela simples exibição da figura de alguém associado, devidamente ou não, a infrações. Que o digam os suspeitos de crimes contra a liberdade sexual. Ainda mais danoso é quando tal associação é feita pelos meios de comunicação em massa, posto sua facilidade de adentrar nas residências, tornando de ampla ciência o fato: perda de emprego, desassossego ou ruptura da estrutura familiar, constrangimento social etc. Todos esses seriam motivos suficientes, a alguns (IBIAPINA, 1999), para que não se corresse o risco de estar exibindo a figura de alguém sem que se certifique, por *res iudicata*, ter sido ele o agente da transgressão. O apontado pode ter sido o sujeito ativo do delito ou não, mas os prejuízos de haver sua estampa vinculada ao crime persistem, inobstante se ateste judicialmente sua inocência. Ferir-se-ia, dessa forma, concomitantemente, o *direito à imagem* e o *princípio da presunção de inocência*.

Porém, não é bom deixar de explanar que imperativos de ordem e segurança pública há e que tais se sobrepõem aos percalços particulares, sob critérios, em vista do interesse público. Inegável que, freqüentemente, por trás da exposição do suspeito, encontra-se a índole narcisista e autocentrada do Delegado de Polícia e/ou o instinto sensacionalista da mídia. Porém, devemos atentar ao fato de que, ao se veicular a

imagem daquele que porventura cometeu o ilícito, teremos perscrutado não apenas o crime em tela, mas também outros de que, por acaso, igualmente seja autor.

Possíveis outras vítimas poderão emergir de tal enunciação. Além do mais, a exposição do retrato do acusado pode ter um fim didático ao se apontar qual seja a conduta socialmente repugnante, indicando-se, conseqüentemente, aquela que condiga com o equilíbrio social.

A práxis indica pela predominância do interesse público na exibição. Nesse sentido também se encontra o texto da Lei Civil portuguesa, no supra-relatado artigo, quando dita não ser necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem as *exigências de polícia ou de justiça*. A doutrina brasileira já tendia a essa linha (GOMES, 2001, p. 156), no que foi acompanhada pelo Código Civil de 2002, que, dessa maneira, permite a exposição ou utilização da imagem, entre outros casos, quando necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (art. 20)¹⁷.

7. Interseção da esfera do direito à imagem com as de outras faculdades jurídicas

O tema é mais tratado sob o epíteto de *colisão de direitos fundamentais*. Estes, como sabemos, são os considerados como essenciais dentro duma ordem jurídica nacional¹⁸ num elenco encarado intangível, pois que funciona de garantia do cidadão frente ao Estado. Decerto que não nos cabe nesse breve estudo tecer considerações apreciáveis acerca dessa disciplina. Importa a nós tão-somente investigar quais as conseqüências de eventuais choques entre o direito à própria imagem e direitos outros de mesma alçada protetiva constitucional.

Preferimos aqui falar em interseção, pois que a noção de colisão nos parece reportar a embate, em que um dos pólos invariavelmente prevalecerá em detrimento do outro, o que deveras não procede sempre. De todo jeito,

com essa ressalva, as expressões serão utilizadas indistintamente, como sucede na doutrina.

Nesse mote, abordaremos mais especificamente o conflito de interesses que pode existir entre o exercício do *direito à imagem* e o *direito autoral do fotógrafo*, o *direito à informação* e a *liberdade de imprensa*. Por tudo o que se disse, não é preciso que explicitemos novamente o que seja direito à imagem.

Entende-se o *direito de autor* como espécie do gênero *direito autoral*. Este englobaria aquele e os *direitos conexos* referentes às faculdades dos intérpretes e executores das obras intelectuais. Por estas, entendemos a *exteriorização duma criação do espírito, i.e.*, uma manifestação de uma criação intelectual (ASCENSÃO, 1980, p. 11-13), que pode ser por meio oral, escrito, representada artisticamente, por desenho, música, cinema, fotografia (como aqui mais nos preocupa).

Ao falarmos de direito de autor de obras fotográficas, referimo-nos à tutela que se concede àquele que, valendo-se do seu gênio criativo, imprime, por meios puramente mecânicos, uma valia estética, um caráter artístico a uma chapa fotográfica. As prescrições normativas que lhe dizem respeito encontram-se na Lei 9.610 de 19/02/1998 (art. 7º, inc. VII, art. 79) e, como direito fundamental, nos inc. XXVII e XXVIII do art. 5º da Carta Magna de 1988.

Doutra forma, como corolário da liberdade de expressão do pensamento (art. 5º, IV, CF/88), temos a liberdade de comunicação, de expressão por meio de difusão de massa (FERREIRA FILHO, 1997, p. 31), de imprensa falada ou escrita, pela qual se proíbe toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220 e ss. da Constituição de 88). De igual maneira, tem-se assegurado que o direito à informação não sofrerá restrição que lhe embarace o desenvolvimento em qualquer veículo de comunicação social, inclusive por dispositivo legal.

Por certo que, vedada a obstrução dos referidos direitos, casos haverá em que seu

exercício implicará choque com faculdades outras de tão ou maior cobertura jurídica tutelar, como se nos apresenta na regra do direito à imagem. Disso, como exemplo, imagine-se um fotógrafo que, buscando estampar a beleza bucólica de certo parque, bate um chapa da paisagem. Gozando das faculdades de ordem patrimonial que lhe são asseguradas¹⁹, poderá ele, *v.g.*, vender tal fotografia a uma empresa de publicidade que lhe dará destino de exibição em cadeia nacional. Ora, vemos, sob esse ângulo, a exploração dum direito resguardado explicitamente na Lei de Direitos Autorais, com embaso no título constitucional referente às garantias fundamentais. Por outro lado, que se dirá daqueles que, presentes no instante da fotografia, tiveram suas imagens precisas veiculadas ao produto comercial sem que para isso lhe tivessem requerido aqui-escência? Límpido se afirmar também que houve, por certo modo, uma violação nesse seu direito.

Queremos com isso ilustrar que, em que pese o valor coerência que se deve impregnar no Ordenamento Jurídico Positivo, a realidade demonstra fatos em que a proteção que se confere a um direito entra em choque com a tutela de outro. Por isso se afirma que o conflito aqui é, *ultima ratio*, um conflito de normas (LEONCY, 1998) – a que, no citado acima, outorga a proteção à efígie da pessoa e a norma que assegura a exploração da obra fotográfica.

Ainda mais conturbada é a hipótese quando a estampa se destina a alertar a população dos malefícios causados pelo uso do cigarro. Vê-se quão altaneira e complacente é essa exibição. A sociedade não deve ter cerceado o seu direito a que o conhecimento lhe chegue, pelo meio que for, paralelo à liberdade de imprensa interessada na divulgação do apontamento. Decerto ser um alerta que trate de saúde pública, de elevada preciosidade coletiva. Porém, acaso poderá sofrer indiscriminadamente o titular da imagem retratada se não lhe convém expor o corpo ou as vísceras combalidos pela moléstia?

Consequente à apresentação do imbróglio, deve o estudioso alertar para qual seja o desfecho que considere mais adequado. Mas antes de explicitarmos tal arremate, válido observarmos como o proceder-se-á. Com acerto, elucida Alexy (1998, p. 73) que “todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos”. De sorte que, ao que se chama colisão de direitos fundamentais, refere-se a três espécies de interseção: *colisão com redução bilateral*, *colisão com redução unilateral* e *colisão excludente* (ROLIM, 2002).

Diz-se colisão com redução bilateral quando o exercício de ambos os direitos fundamentais apenas se viabiliza se os dois sofrem limitação na sua esfera. É decerto o preferível. Por outro lado, haveremos choque com sacrifício unilateral se, resultante da colisão, tivermos o abatimento de apenas um dos direitos, sem o que o outro não poderia subsistir. Por fim, colisão excludente ocorrerá se o exercício de um dos direitos, preferindo ao outro, pressupõe o afastamento do exercício deste, vez que impossível a convivência dos dois.

Porém, não se terá dito suficiente com o que foi exposto. Aos mais atentos restará a indagação: qual, então, o critério determinante para sabermos, *in concreto*, se do choque de direitos deveremos promover relativização de um, de ambos ou exclusão de um deles?

Para isso, sob a teoria dos princípios, deverá o jurista valer-se do *princípio da proporcionalidade*, que adquire um grande relevo pela sua função hermenêutica que permite discernir, entre o que se apresenta faticamente na colisão real, aquilo que deverá preponderar (ROLIM, 2002). Assim, estando o titular da imagem fotografada e o fotógrafo ou jornalista em oposição quanto aos seus direitos, ou mais especificamente quanto às normas que lhes conferem esses direitos, a querela só poderá ser resolvida se se proceder a um juízo de ponderação

que manifestará qual seja a conveniência das partes com o todo normativo. Indagase, dessa forma, o direito que sofreria maior lesão se, em seu detrimento, se fizesse prevalecer o outro.

Isso posto, convence-nos que o caráter profundamente mais arraigado à própria constituição moral da pessoa do direito à imagem é razão suficiente para que, efetuada a devida proporção entre os exercícios dos direitos, se conclua no sentido de que este, em regra, deva sobressair. A figura do ente trás, por si, embutida uma carga de identificação que o manifesta na realidade, imprimindo nas circunstâncias da vida a sua existência e representando visualmente sua personalidade de direito. Uma agressão àquela simboliza um atentado contra a órbita dos direitos da personalidade, pois vai feri-la num de seus poucos compostos perceptíveis fisicamente, pelo que aqueles demais direitos deverão, em geral, dar-lhe passagem.

Daí, ao se contrapor o direito à própria imagem e o direito de autor do fotógrafo, ou qualquer dos outros, a boa práxis indicará pela superveniência daquele. A justificação da efígie, como espécie da órbita da privacidade, assume um caráter de maior dignidade, característico dos direitos da personalidade, posto que quem a defende guarda para si os cuidados do Direito e se limita à proteção de sua esfera jurídica com um conteúdo que ao próprio Direito precede. Conquanto igualmente regulado sob o epíteto de direito fundamental, o exercício do direito do fotógrafo sobre sua obra poderá extrapolar a circunscrição da sua tão-só defesa e descambar na esfera jurídica de outrem para agredir uma sua faculdade inata.

Os limites que deverão sofrer os demais direitos não reagem noutra advertência que não a da *lei de ponderação* (ALEXY, 1998, p. 77) exclamada no princípio da proporcionalidade, pela qual é tanto maior a justificativa da proteção de um direito por tão grave que sejam as razões que levam a tal intervenção. Sendo assim, o amparo jurídico,

precipuamente, tenderá àquele direito personalíssimo.

Seguindo uma fidelidade de pensamento, cabe-nos objetar, no entanto, que prevalecerá, em toda hipótese, o direito relacionado à imagem da pessoa sobre os demais neste estudo realçados. É sensato que a convicção do jurista depende do argumento que se lhe apresenta, com o que devemos acrescentar ser a regra o predomínio do pólo referente ao retrato da pessoa. Entendemos que, visto o direito à imagem em colisão, aquela faculdade que se lhe opõe será passível ora de relativização ora de exclusão mesmo. No entanto, nada impede que, no caso concreto, a justiça exclame pela redução bilateral, ou mesmo pela prevalência da liberdade de imprensa, ou do direito de informação, ou de autor do fotógrafo.

Acontece que a dignidade extremada que se destina à tutela da figura da pessoa não pode ser causa de abuso²⁰, situação na qual aquel' outras tutelas seriam vítimas de dano proporcionalmente maiores. Exemplifica o caso de exibição de uma matéria televisiva dada em efeito na praia, lugar público. Realizada com fins meramente informativos, descabida será a ação de indenização por dano referente à veiculação desautorizada de sua imagem, vez que o direito à informação, sob esses aspectos, como já relatado no ponto anterior, não terá razão de ser coibido. O reforço de um ou de outro será conteúdo de apreciação para o justo, equilibrado e cauto *decisum* do juiz.

8. Conclusão

Ao se falar do que diz respeito ao direito à imagem, entre os que se tipificam como da personalidade, a ilação a que se chega, concordante com todos os pontos mercedores de análise, há de repousar sempre no dado da *dignidade da pessoa humana*.

O ser humano, como pessoa, fundamento do direito e razão de toda ordem normativa, rodeado se encontra de um arcabouço jurídico que o garante nos compostos basi-

lares de sobrevivência social e desenvolvimento moral próprio.

A par de todas as faculdades que se lhe protegem, o realce ora exclamado deu-se ao que definimos como representação pictórica da personalidade, numa interpenetração que por vezes reporta-se ao dado da boa fama, da reputação do sujeito. Alertamos, por precaução, que essa associação não implica, de forma alguma, relação de necessidade, mas harmonia, como de resto também ocorre, referentemente à efigie, com bens jurídicos outros tais quais intimidade, honra, vida privada.

O composto da dignidade desse preceito soa ainda que não se pode quedar inerte frente aos abusivos e remansos empregos ilícitos da estampa dum sujeito mesmo seja ele, por seu ofício, ente notório. A publicidade da personalidade justifica que momentos de seu convívio íntimo até sejam exibidos sob circunstâncias, mas, à evidência, não se mostra arrazoado que tal “liberdade” resvale para a agressão moral, para a invasão ignóbil e totalmente descabida.

Por não fazer da propaganda seu instrumento de trabalho, ao vulgo corresponde ainda mais o poder de exclusividade de sua representação, pelo que de mais austero se agasalha essa capacidade sua para repelir, por meio do competente aparato judicial, a incursão para a qual deveras não consente. Declaramos com isso terminantemente indevida a irrupção de sua privacidade, em especial com mácula ao seu direito ao próprio retrato, que é ainda mais injustificada.

Importou, sobretudo, sem o que nada teríamos dito, a caracterização do direito à imagem como direito da personalidade, sob amparo legal e constitucional, cujo exercício admite uma exploração econômica cautelosa, paralela a todas as implicações que do seu regime jurídico derivam. A sistematização do tema, invariavelmente, passou pela vicissitude jurisprudencial e pelas possibilidades de se servir, licitamente ou de forma defesa, da imagem, em que o arrema-

te entendeu pela regra da prevalência de tão lúdimo interesse sob outras faculdades jurídicas com que venha, eventualmente, a colidir.

Pelo que se expôs, não casuisticamente, houve por bem consignar o Legislador, como já havia feito o Constituinte de 1988, a figura qual objeto de relação jurídica dentro da classe protetiva assinalada da personalidade, sob todas as qualificações e meandros figurativos que fazem da imagem matéria de profícua e prazerosa apreciação.

Notas

¹ A expressão “Direito da Personalidade”, como já empregava Gierke, é com efeito o mais usado na doutrina pátria. Cf. GOMES, 2001, p. 148-150.

² Nesse sentido, RESP 58101/SP. Agasalhamos a *ratio* de que a pessoa de direito, no tanto em que se considere essa sua qualidade, compõe-se de promanações peculiares em vista individual mas cujo fundo comum é de alçada social, porquanto percebível igualmente em todos da mesma classe jurídica.

³ Em situação esparsa, prescrevia a obra legal de Beviláqua no inciso X do art. 666: “A pessoa representada e seus sucessores diretos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto”.

⁴ Não é outro o entendimento dos nossos tribunais superiores. Como se lê: “I – O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque asentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II – O direito à imagem constitui um direito de personalidade, extrapatrimonial e de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. III – Na vertente patrimonial, o direito à imagem protege o interesse material na exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais” (RESP 74473 / RJ).

⁵ O problema desses *reality shows* reside na tênue linha que separa as esferas de atuação da emissora de televisão e o círculo de autonomia privada da pessoa que negocia a invasão, do ponto em que esta vem a ferir o princípio da dignidade humana.

⁶ Cf. os artigos 82 do CC/1916 e 104 do CC/2002.

⁷ MORAES, Walter. A regra da imagem (dissertação datilografada), 1966 apud CHAVES, 1967, p. 52-53.

⁸ Neste Sentido, RESP 230268 / SP, RESP 86109 / SP.

⁹ Sobre essa ausência de consentimento é a predominância dos julgados nas Cortes brasileiras, *v.g.*, RE 215984 / RJ. Cf. ainda D'AZEVEDO (2001).

¹⁰ Dentro desse ponto, espreita-se a veiculação da imagem em periódicos de cunho eminentemente libidinoso, o que no mínimo pode atingir a reputação de quem a preza. No início do referido art. 20 da Lei 10.406, temos o alerta excludente da tipicidade: "salvo se autorizadas...", o que afasta de dúvidas ter deixado o legislador a cargo da autonomia privada decidir pela prática e ratifica a disponibilidade do exercício desse direito da personalidade. Para melhor explano sobre a distinção *direito x exercício*, conferir o ponto 4 deste trabalho.

¹¹ Em consequência da independência entre as responsabilidades civil e criminal (art. 935 do Código Civil de 2002), pode ocorrer até um eventual enquadramento penal (como algum dos crimes contra a honra: artigos 138 a 145 do Código Penal Brasileiro) nessa conduta que denigre outro bem jurídico.

¹² Para um maior aclaramento da vicissitude jurisprudencial a esse respeito, recomendamos o Informativo STF 273.

¹³ Neste sentido, Cf. MOREIRA, 2002.

¹⁴ Diferentemente, entendem alguns ser o dano à imagem, em tela, apenas espécie do gênero dano moral, e não caracteres distintos. Cf. FERREIRA FILHO, 1997. p. 35.

¹⁵ Com a mesma dicção, já vemos tal disposição na Lei italiana nº 633, de 22/04/1941, em seus artigos 96 e 97. O Código Civil italiano, em seu art. 10, excursa: "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".

¹⁶ É o disposto no inc. LVII do art. 5º, CF/88.

¹⁷ A Lei Estadual nº 6.075/97 (PA) dispõe contrariamente, ao proibir o constrangimento ativo ou passivo dos presos a exposição de sua figura em qualquer meio de comunicação.

¹⁸ A matéria é inexaustível nestes apontamentos. Para isso, Cf. ALEXU, 1998.

¹⁹ Art. 79, *caput*, da Lei 9.610/98. Cf. ASCENSÃO, 1980, p. 228-229.

²⁰ Define o abuso de direito o art. 187 do Novo Diploma Civil, rezando: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Bibliografia

ALEXU, Rosert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal, Porto Alegre, 7 dez. 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 67, 1972.

D'AZEVEDO, Regina Ferretto. Direito à imagem. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2306>>. Acesso em: 4 mar. 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

GOMES, Orlando. Direitos da personalidade. *Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Braga, tomo 16, 1967.

_____. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

IBIAPINA, Humberto. A mídia versus o direito à imagem, na investigação policial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=151>>. Acesso em: 6 mar. 2003.

LEONCY, Léo Ferreira. Colisão de direitos fundamentais (o direito à imagem de presos, vítimas e testemunhas e a liberdade de expressão e de informação). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=150>>. Acesso em: 4 mar. 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fonte das obrigações: contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, Luiz Roberto Curado. A problemática do dano à imagem. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3189>>. Acesso em: 5 mar. 2003.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. Personalismo jurídico e os direitos da personalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2973>>. Acesso em: 4 mar. 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/>

[doutrina/texto.asp?id=2855](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855)>. Acesso em: 5 mar. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SZAFIR, Dora. *El consumidor en el derecho comunitario*. Uruguay: Fundacion de Cultura, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 2.