

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**O DANO MORAL NA VIOLAÇÃO DA IMAGEM**

Michele Cristine da Rocha

Presidente Prudente/SP  
Novembro/2002

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O DANO MORAL NA VIOLAÇÃO DA IMAGEM**

Michele Cristine da Rocha

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Jesualdo Eduardo de Almeida Junior

Presidente Prudente  
Novembro/2000

## **O DANO MORAL NA VIOLAÇÃO DA IMAGEM**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como  
requisit parcial para obtenção do grau de Bacharel  
em Direito

Jesualdo Eduardo de Almeida Junior  
Orientador

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes  
Examinadora

Mari Angela Pelegrini  
Examinadora

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2002

*Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto,  
que não se deixe ao leitor nada a fazer.  
Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.*

*Montesquieu*

## **AGRADECIMENTOS**

*Agradeço a Deus, que sempre está ao meu lado, iluminando meu caminho; ao professor Jesualdo, meu orientador, que através de seus conselhos sábios, teve papel fundamental na presente pesquisa; à Vera, pela paciência, amizade e pela ajuda na escolha do tema.*

*E, por fim, à minha família, que sempre me incentiva em tudo o que faço, e a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão deste trabalho.*

## RESUMO

O presente trabalho analisa o direito à própria imagem como um direito da personalidade autônomo e independente dos demais, posição esta que lhe é conferida pelo próprio texto constitucional de 1988. Cuida, ainda, da imagem no seu amplo sentido, incluindo não só a imagem física, como também a imagem social que a pessoa possui no meio em que vive.

Utilizou-se na pesquisa o método dedutivo, referente ao histórico da proteção de tal direito no ordenamento jurídico pátrio, bem como o método indutivo, demonstrando a evolução do tema na doutrina moderna.

Além da exposição das possíveis formas de se prevenir o uso abusivo da imagem, atentou-se à violação da imagem no seu duplo aspecto e aos prejuízos conseqüentes desta ofensa.

Foi dado especial destaque, entretanto, ao prejuízo extrapatrimonial, conhecido como o dano moral, sofrido pela vítima da violação, o qual, por ser naturalmente desprovido de valor pecuniário, gera inúmeras controvérsias doutrinárias no tocante à sua reparabilidade.

O estudo abrangeu, neste aspecto, questões controvertidas como o prejuízo extrapatrimonial advindo da violação da imagem das pessoas mortas e a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral pela violação da sua imagem, adotando-se, em ambas as hipóteses, posição favorável ao cabimento da reparação.

Por fim, foi trazida a discussão a respeito da necessidade ou não da prova do dano pela ofensa à imagem, apontando a melhor orientação de acordo com os fins objetivados pelo legislador constitucional, ou seja, a tutela integral da imagem.

PALAVRAS-CHAVE: imagem; direitos da personalidade; reparação; dano moral.

## ABSTRACT

The following work analyses the right to the own image as a right of the personality, an autonomous and independent right, position it got from the 1988 Constitution. It still takes care of the image on its ample sense, including not only physical image, but also the social image a person acquires in the environment she lives.

The research used the deduced method, referent to the history such right protection on the national juridical constitution, as well as the induced method, showing the theme evolution on the nowadays doctrine.

Besides exposing the possible ways to prevent the abusive use of image, attention was paid to the image violation on its double aspect and to the consequent damages of this offense.

Nevertheless, it was given special emphasis to the extrapatrimonial damage, known as moral damage or injury, suffered by the violation victim, which once being natural devoid of peculiar value, creates large doctrine controversies on what touches its repair.

The study encircled, on its matter, controversial questions, such as the extrapatrimonial damage come from the image violation of dead people, and the possibility of the juridical person suffering moral damage, by the violation of its image, adopting, in both hypothesis, auspicious position to the repair.

Finally, it was brought to discussion about the necessity of having or not having evidences of the damage by image offense, pointing the best orientation according to the objectives aimed by the constitutional legislator, in other hands, the full image custody.

**KEYWORDS:** image; right to personality; undue use; moral damage.

## **SUMÁRIO**

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>2. CONCEITO DE IMAGEM</b> .....	10
<b>3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO À IMAGEM</b> .....	13
3.1 Origens da Tutela no Direito Internacional.....	13
3.2 O Desenvolvimento do Tema no Direito Brasileiro.....	14
<b>4. A VISÃO ATUAL TRAZIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	19
4.1 Artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal: proteção da imagem-atributo.....	20
4.2 Artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal: proteção da imagem-retrato .....	21
4.3 Artigo 5º, inciso XXVIII, da Constituição Federal: proteção da imagem individual em obra coletiva.....	22
<b>5. A AUTONOMIA DO DIREITO À IMAGEM</b> .....	24
5.1 A Imagem entre os Direitos da Personalidade.....	24
5.1.1 Direito à Honra .....	28
5.1.2 Direito à Intimidade .....	28
5.1.3 Direito à Identidade .....	29
5.2 A Imagem como um Bem para o Direito .....	29
<b>6. APLICABILIDADE DAS NORMAS DE PROTEÇÃO À IMAGEM</b> .....	32
6.1 Da Necessidade do Consentimento.....	32
6.2 Tutela Preventiva do Dano.....	33
6.3 Os Limites da Proteção à Imagem .....	37
6.3.1 O Direito à Imagem e o Interesse Público.....	38
6.3.2 A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem.....	41
<b>7. A REPARAÇÃO DE ATENTADO À IMAGEM</b> .....	48



7.1 O Fundamento do Dano Moral.....	50
7.2 A Prova do Dano Moral na Violação da Imagem .....	53
7.3 A Pessoa jurídica como Sujeito Passivo da Violação .....	55
7.4 O Dano Moral na Violação da Imagem de Pessoas Mortas.....	58
7.5 O Problema da Quantificação do Dano Moral.....	60
<b>8. CONCLUSÃO .....</b>	<b>62</b>
<b>9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>64</b>

*Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto,  
que não se deixe ao leitor nada a fazer.  
Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.*

*Montesquieu*

## 1. INTRODUÇÃO

A pesquisa enfocou, em linhas gerais, a evolução histórica do reconhecimento do direito à imagem, demonstrando o desenvolvimento da sua tutela tanto no direito internacional quanto no direito pátrio.

Procurando demonstrar importância do tema, foi analisado, o direito à imagem, à luz do texto constitucional de 1988, o qual atribuiu a este direito da personalidade status de cláusula pétrea, confirmando, desta forma, a preocupação do legislador com a questão.

A seguir a pesquisa vislumbrou a autonomia do direito à imagem frente aos demais direitos da personalidade com os quais se assemelha, corroborando, dessa forma, a singularidade e independência de tal direito, assim como consagrado pela Constituição Federal de 1988.

Foram discutidas, ainda, as maneiras de se prevenir o possível dano, bem como os limites que devem ser respeitados na proteção da imagem, ou seja, os valores que devem ser observados para que não lhe seja conferida uma tutela excessiva, que acabe por prejudicar outros direitos tão importantes quanto o direito à imagem, como o direito à informação, por exemplo.

Foi dada ênfase, entretanto, à reparação da ofensa cometida contra a imagem, com especial atenção ao dano moral sofrido pela vítima da violação, abordando-se, para tanto, discussões atuais que geram inúmeras divergências no mundo jurídico.

Ademais, objetivou-se, com o presente estudo ressaltar a importância do tema proposto, inclusive, seguindo-se as orientações da doutrina que defende uma proteção ampla, seja da imagem-retrato (aspecto físico da pessoa), seja da imagem-atributo (conceito que a pessoa tem na sociedade).

## 2. CONCEITO DE IMAGEM

O pressuposto básico para o estudo de um tema é a fixação do seu conceito, tarefa esta por vezes árdua, como é o caso da imagem.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, imagem é a “representação gráfica, plástica ou fotográfica de pessoa ou de objeto, etc”. (FERREIRA, 1988, p.156).

Para o professor Carlos Alberto Bittar a imagem “consiste no direito que a pessoa tem sobre sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil e busto) que a individualizam no seio da coletividade”. (BITTAR, 1995, p. 87).

Indiscutível, pois, a sinonímia entre imagem e a exteriorização da figura da pessoa, seu retrato e tudo o quanto se relaciona ao seu aspecto físico.

Entretanto, um conceito mais abrangente é trazido a foco. Luis Alberto David Araújo (1996), em estudo sobre o tema, distingue a imagem-retrato, decorrente da expressão física do indivíduo, da imagem-atributo, também chamada de imagem moral, que é a exteriorização da sua personalidade. Ainda, ensina que deve prevalecer o conceito amplo de imagem, incluindo não só a reprodução visual da pessoa, como também suas características morais.

Segundo Maria Helena Diniz, a imagem-retrato é a “reprodução de uma pessoa ou coisa obtida pela fotografia, escultura, desenho, etc., que gera responsabilidade civil quando não autorizada pelo titular...”. Por outro lado, conceitua a imagem-atributo como “a imagem social, ou seja, o conjunto de caracteres que uma pessoa apresenta em seu conceito social como profissional, como político, como pai de família, etc”. (DINIZ, 1998, p.761)

Dessa forma, entende-se por direito à imagem a prerrogativa concedida ao indivíduo de desfrutar da sua imagem da maneira que melhor lhe convier, podendo, ainda, defendê-la contra qualquer ofensa, seja de forma preventiva, procurando evitar que ocorra a violação, ou, após tendo esta ocorrida, buscando a devida reparação.

De Plácido e Silva (1998) se refere ao direito à imagem como o poder da pessoa de dispor do seu retrato. Todavia tal direito, como foi visto, não abrange tão somente a exteriorização da figura da pessoa, mas também a manifestação da sua personalidade, considerada respectivamente a imagem-retrato e a imagem-atributo.

No que concerne à imagem-retrato, entretanto, necessário se faz observar que são também protegidas por tal direito as partes do corpo, desde que identificáveis, além das vozes, que são consideradas como manifestações da imagem de uma pessoa. Como bem observa o professor David Araújo: “Não basta que a parte do corpo seja pertencente ao indivíduo, mas que, a partir dela, identifique-se a pessoa”. (ARAUJO, 1996, p. 84-85)

A elasticidade do conceito de direito à imagem acaba por contribuir para a confusão que dele se faz com outros direitos da personalidade, como o direito à honra, por exemplo, a ponto de se questionar sobre a sua autonomia e justificando sua proteção como prevenção à ofensa a outros direitos.

De fato, a imagem, vista sob o aspecto da personalidade do indivíduo, em muito se assemelha com outros direitos da personalidade. Todavia, a imagem é atributo autônomo, sendo que os traços que determinam tal autonomia serão vistos em momento oportuno.

A par da discussão doutrinária a respeito do conceito de imagem, o presente trabalho tratará essencialmente da imagem-retrato, não obstante, por vezes, fazendo menção à chamada imagem-atributo, aceitando, pois, o seu duplo enfoque conceitual.

### **3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO À IMAGEM**

### 3.1 Origens da Tutela no Direito Internacional

Antes de tentar elucidar a maneira como caminhou a proteção da imagem ao longo dos anos cumpre esclarecer que a imagem, mesmo antes de ser considerada um bem autônomo no mundo jurídico, já era acutelada dentre os direitos da personalidade do indivíduo, muito embora não houvesse uma construção sistemática que definisse, de modo singular, cada espécie desses direitos. Sendo, pois, os direitos da personalidade, vislumbrados como um conjunto de direitos inerentes ao homem, sem, no entanto, àquela época, estarem tecnicamente definidos.

O reconhecimento e a proteção dos direitos da personalidade tem suas origens no direito romano. Qualificando como injúria tudo aquilo que ferisse algum atributo pessoal do homem, os romanos possibilitavam uma defesa contra tais atos. Assim, qualquer que fosse a forma de violação, mesmo sem haver uma elaboração teórica, a personalidade humana era protegida através da *actio injuriarum* (ação para cobrança de danos causados por injúria).

Foi com base na doutrina alemã e depois na suíça, que foram enunciadas regras gerais sobre os direitos da personalidade.

Como preleciona Carlos Alberto Bittar :

Especificamente sobre direitos da personalidade, tomados isoladamente, as primeiras leis são a belga de 1886 e a lei romena de 1895, sobre os direitos do autor e o direito ao nome ( BITTAR, 1995, p. 31)

Destarte, foi com o Código Civil italiano de 1942, que os direitos da personalidade foram disciplinados de forma sistemática. O Código trata da impossibilidade de disposição do próprio corpo, consagra o direito ao nome,

conferindo ação para sua tutela, protege a família e, por fim, consagra a tutela à imagem em seu artigo 10. Assim, protegeu expressamente o direito à imagem, obrigando que se interrompa a sua violação, sem prejuízo da indenização pelos danos causados.

A Constituição Francesa, promulgada em 04 de outubro de 1958, não consagra de modo expreso a proteção à imagem, muito embora a jurisprudência francesa tenha trazido lições pioneiras a respeito do tema. Como, por exemplo, em 1858, quando o Tribunal de Sena, sendo o primeiro a julgar um caso sobre o direito à imagem, determinou que várias fotos de uma atriz, tiradas em seu leito de morte, fossem destruídas.

O direito à imagem, como os demais direitos da personalidade, com o decorrer dos anos, passou a exigir uma proteção mais efetiva, que garantisse o seu resguardo contra as inúmeras ameaças de violações que cresciam a cada instante.

Em suma, foi a partir do século XIX que os direitos da personalidade alcançaram grande desenvolvimento, tendo ocorrido, naquele século, as primeiras decisões relevantes concernentes à proteção da imagem, vista de forma autônoma. Ressalta-se, porém, que, originariamente, esta proteção relacionava-se apenas com a reprodução física do titular da imagem, haja vista que, a personalidade social incluída no conceito de imagem é uma construção da doutrina e jurisprudência contemporâneas.

### **3.2 O Desenvolvimento do Tema no Direito Brasileiro**

No Brasil, assim como em outros países, o reconhecimento dos direitos da personalidade, principalmente da imagem, deu-se com o surgimento de casos



concretos que reclamavam a sistematização da tutela de tais direitos. Tendo, pois, a jurisprudência tratado de forma pioneira o assunto.

Todavia, cumpre observar a evolução do tema no âmbito da legislação brasileira, tanto constitucional como infraconstitucional.

A primeira constituição brasileira, conhecida como Constituição do Império, data de 1824. O texto fazia menção, apenas, à inviolabilidade de domicílio, protegendo, portanto, a intimidade. A imagem, vista como característica da intimidade, era assim protegida, desde que o indivíduo estivesse dentro do seu domicílio.

Em 1891 foi promulgada a primeira Constituição Republicana, tendo como fonte de inspiração o direito norte-americano e regulando, como a anterior, a intimidade através da inviolabilidade do domicílio.

A Constituição de 1934 continuou mencionando expressamente apenas a inviolabilidade de domicílio. Todavia, assegurava, no seu artigo 114, outros direitos e garantias não expressos no texto mas decorrentes do regime e princípios que adotava. Dessa forma, consagrando o princípio da não exclusão, permitia que a imagem, assim como outros direitos da personalidade, fosse protegida, ainda que de forma indireta.

Tanto a Constituição de 1937 quanto a de 1946 mantiveram, com relação à imagem, o mesmo conteúdo da anterior, garantindo a não exclusão dos direitos e garantias. Com relação à Constituição de 1946, foi acrescida a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida. Inovação, até então, estranha aos textos constitucionais brasileiros.

A Constituição de 1967, em linhas gerais, manteve a proteção conferida aos direitos da personalidade nos textos anteriores.

No tocante à legislação infraconstitucional, talvez a principal regra se encontrasse no Código Civil de 1916, que dispunha em seu artigo 666, inciso X:

Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos do autor:

. . .

X – A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto.

Tal dispositivo foi revogado pela Lei 5.988/73, recentemente substituída pela Lei 9.610/98, que regula os direitos autorais.

Porém, enquanto em vigor, a norma era utilizada, sob orientação da doutrina, para proteger o direito à imagem, sendo, por várias vezes, objeto de fundamentação da proteção pela jurisprudência.

A norma em questão, ainda que fosse destinada a disciplinar os direitos do autor, protegia também o direito à imagem quando permitia que a pessoa representada ou seus sucessores imediatos fossem contrários à reprodução ou exposição pública do retrato ou busto.

Nota-se que, embora o direito à imagem encontrasse no Código Civil sua única proteção aparente trazida no dispositivo mencionado, a sua tutela é garantida não apenas neste, mas também em outras normas do Código, como por exemplo no art. 159, que consagra a principal regra sobre responsabilidade civil no Direito Brasileiro e obriga a reparação do dano causado quando da violação de um direito, contemplando, assim, também o dano causado pela violação do direito à imagem.

Sendo assim, convém frisar que o conteúdo de uma norma jurídica reflete sempre a situação política e social da sua época sendo que, a imagem, no início do século XX, não era fonte de preocupação da sociedade, razão pela qual não foi de interesse do legislador tratá-la de modo singular quando da elaboração do Código Civil de 1916.

Ao lado do Código Civil de 1916, outras normas infraconstitucionais tratam, ainda que de forma insuficiente, da imagem.

A Lei 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa, embora não faça explicitamente menção à imagem, confere tutela a esta quando no seu artigo 49 declara:

Art. 49. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar.

A seguir menciona a reparabilidade do dano material e moral decorrente de ofensa através da imprensa. Saliente-se que tal norma deve ser interpretada em sentido amplo, compreendendo-se pela expressão "...viola direito...", tanto o direito à própria imagem como outros passíveis de ocasionarem prejuízos aos seus titulares.

A Lei 9.610/98 que substituiu, como foi dito, a Lei 5.988/73, não obstante regule os direitos autorais, menciona no seu artigo 89 que suas normas se estendem, no que couber, também aos direitos dos intérpretes das obras:

Art. 89. As normas relativas aos direitos do autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão.

Assim sendo, é garantido aos artistas intérpretes o direito de se insurgir contra a reprodução desautorizada das obras nas quais participaram. O § 2º do artigo 90 da referida lei, deixa clara essa assertiva:

Art. 90. . .

§ 2º A proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), protege a imagem das crianças e adolescentes no seu artigo 17:

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

Na norma em questão, no que concerne à imagem, o legislador, buscou resguardar, precisamente, a figura física do menor, evitando que sejam cometidos abusos nas suas exposição desmedidas.

Por fim, além destas, várias outras normas infraconstitucionais tratam do direito à imagem em seus vários desdobramentos.

#### **4. A VISÃO ATUAL TRAZIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

O texto constitucional de 1988 tratou de forma expressa e efetiva do direito à imagem, diferindo-se assim das constituições anteriores.

Além deste reconhecimento expresso do direito à imagem, a Constituição de 1988 inclui, ainda, tanto este, como todos os outros direitos e garantias individuais, entre suas cláusulas pétreas. Assim, tais matérias não poderão ser modificadas e muito menos abolidas do texto.

Essas vedações refletem o tratamento especial, dado pelo constituinte, a determinados institutos, considerados as bases do sistema constitucional brasileiro.

Como ensina Luis Aberto David Araújo :

Colocado ao lado a federação ou da república, o direito a própria imagem passa a integrar as vigas mestras do sistema, como parte dos direitos individuais. **E completa:** No texto de 1988, os direitos individuais são protegidos mais ainda do que a República, por exemplo, que poderá ser alterada por força do plebiscito previsto no art. 2º das Disposições Constitucionais Transitórias. (ARAUJO, 1996, p. 72)

Em verdade, o constituinte não esgotou a tutela da imagem com os dispositivos que dizem respeito expressamente a este direito. Mas sim, confere proteção à imagem, também, através de princípios gerais constitucionais, como o do devido processo legal (art. 5º , inciso LXV), entre outros.

O direito à imagem vem disciplinado no título II, “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”, capítulo I, intitulado “*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*”, da Constituição Federal de 1988.

Assim a proteção à imagem vem colocada da seguinte forma no texto constitucional:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

...

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

...

XXVIII- 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 esportivas.

#### **4.1 ART. 5º, inciso V, da Constituição Federal: proteção da imagem-atributo**

O inciso V, do artigo 5º da Constituição Federal, assegurando o direito de resposta proporcional ao agravo, garante, ainda, a indenização por dano material, moral ou à imagem. Todavia, tal norma pode gerar interpretações equivocadas quanto ao seu conteúdo, como por exemplo, qual seria o sentido da expressão “dano à imagem”, ao lado das expressões “dano moral” e “dano material”, contida neste inciso?

Antes de tentar responder a indagação cumpre esclarecer que, no dispositivo em questão, o legislador colocou o dano à imagem, vinculado ao direito de resposta. Isso indica que a imagem protegida aqui é a chamada imagem-atributo.

O direito de resposta ou direito de retificação é a faculdade que é dada ao interessado de corrigir uma divulgação errônea ou ofensiva contra si feita pelos

veículos de comunicação. Visa, pois, restabelecer a verdade que tenha sido distorcida e por isso causada ofensa à imagem, traduzida pela personalidade do indivíduo.

Quanto ao equívoco causado pela tripartição: “dano moral”, “dano material” e “dano à imagem”, inserida no artigo 5º, inciso V, Luis Alberto Araújo (1996), presta o seu esclarecimento no sentido de que a menção do legislador, de forma singular, ao dano à imagem, decorre da sua intenção de facilitar a liquidação do dano, dispensando a necessidade de demonstração do prejuízo (material e moral). Bastando, assim, a demonstração da violação da imagem, para surgir o direito à indenização.

Compartilhando do entendimento do ilustre doutrinador, conclui-se que, cotidianamente, a expressão “imagem” é empregada no sentido de imagem-atributo, como por exemplo: “imagem do homem público”, “imagem de esportista”, “imagem de dona de casa”, entre outras. O que a Constituição de 1988 fez foi nada mais do que reconhecer o duplo enfoque da expressão e garantir efetiva tutela à imagem-atributo, dispensando, para tanto, a prova do dano quando da sua violação.

#### **4.2 ART. 5º, inciso X, da Constituição Federal: proteção da imagem-retrato**

O inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal é claro ao dispor sobre a inviolabilidade da imagem, garantindo indenização pelo dano material e moral que advenha da sua violação, não deixando nenhuma dúvida ao intérprete no tocante a sua incidência. Assim, em havendo a utilização indevida da imagem, poderá o seu titular pleitear em juízo o ressarcimento do prejuízo sofrido.

Destarte, a melhor interpretação de uma norma não é aquela que a considera isoladamente, mas sim, enquadrando-a no contexto legal a que pertence. Dessa forma, considerando que o legislador não traz palavras inúteis,

não podem os incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal serem considerados repetitivos, haja vista que, embora confirmam proteção ao mesmo bem, não o protegem sobre o mesmo foco.

Verifica-se, portanto, que a imagem protegida pelo inciso X do artigo 5º da Constituição Federal é a imagem-retrato, ou seja, a exteriorização da figura física da pessoa, confirmando, desta maneira, o reconhecimento constitucional do duplo conceito de imagem.

#### **4.3 ART. 5º, inciso XXVIII, da Constituição Federal: proteção da imagem individual em obra coletiva**

O constituinte, no inciso XXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal, protegeu a imagem sob um ângulo diverso dos incisos anteriormente analisados. No dispositivo em questão, a proteção é conferida à imagem quando esta é componente de um todo, no caso, uma obra coletiva.

O sujeito que participa de uma obra coletiva como uma telenovela, por exemplo, tem garantida a proteção da sua imagem. Sendo assim, a norma protege tanto aquele que criou a obra, como todos os participantes dela.

A participação individual em obra coletiva é chamada direito de arena. E não pode ser desconsiderada, tal participação, em nome do conjunto em que se inclui.

Vale ressaltar que essa proteção deve ser conferida quando o sujeito participa de forma ativa da obra. Ou seja, um indivíduo que integra ocasionalmente uma obra, sem ser considerado individualmente, não carece da proteção. É o caso, por exemplo, de uma pessoa que é filmada em meio a uma multidão, numa cena corriqueira de rua. Neste caso não houve participação ativa dessa pessoa que, apenas, coincidentemente, passava pela rua naquele



momento. O contrário acontece quando uma pessoa participa de uma cena como figurante, auxiliando, assim, de forma ativa no desenvolvimento da obra e, por este fato, sendo merecedora da tutela constitucional.

Assim, como se observa, o legislador preocupou-se com a imagem, em seus vários aspectos, buscando dar proteção ampla a este direito da personalidade.

## **5. A AUTONOMIA DO DIREITO À IMAGEM**

### **5.1 A Imagem entre os Direitos da Personalidade**

Os direitos da personalidade são frutos do desenvolvimento dos chamados direitos fundamentais, também conhecidos por liberdades públicas, direitos humanos ou direitos subjetivos públicos.

Luiz Aberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, conceituam os direitos fundamentais como: “a categoria jurídica constituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões”.(ARAÚJO e NUNES JUNIOR, 1999, p. 71-72)

Dessa forma, têm-se os direitos da personalidade como direitos individuais, fundamentais, que protegem bens considerados essenciais e imprescindíveis ao sujeito.

Diversas correntes buscam, sobre os mais diversos aspectos, estabelecer a natureza jurídica dos direitos da personalidade.

Embora a amplitude dessas discussões ultrapasse os limites do presente trabalho, cumpre esclarecer alguns pontos visando elucidar a questão.

Alguns autores negavam a subjetividade destes direitos argumentando que não podia haver direito do homem sobre si mesmo porque isso justificaria até mesmo o suicídio.

Outros entendem serem direitos subjetivos, haja vista que conferem ao seu titular a prerrogativa de exigir de outrem, em seu proveito, a prática ou a abstenção de certos atos, entretanto, se constituindo em uma categoria especial, sendo, nela, o homem, simultaneamente, sujeito e objeto de direito.

Ainda, tem quem os entenda como direitos sem sujeito, como observa Bittar, “assinalando que não se deve buscá-los na pessoa, mas nos demais indivíduos, que os devem respeitar”. (BITTAR, 1995, p. 4)

Visualizar os direitos da personalidade, negando-lhes a condição de direitos subjetivos é compreendê-los, apenas, como reflexos dos direitos objetivos, resumindo-se a bens juridicamente protegidos.

Outra discussão, sobre a natureza jurídica dos direitos da personalidade, é travada entre positivistas e jusnaturalistas. Aqueles entendem que um direito de personalidade só seria aceito como tal, após ser tutelado pelo Estado. Enquanto que, para os jusnaturalistas, estes direitos decorrem da própria natureza do homem e são apenas reconhecidos pelo Estado.

Sidney Cesar Silva Guerra, versando sobre o tema, esclarece:

De toda sorte, cabe ao Estado o reconhecimento dos direitos da personalidade, criando normas em nível constitucional ou infraconstitucional, exatamente para coibir os abusos que partem do próprio Estado ou dos particulares de um modo geral. Dessa forma, haverá uma possibilidade efetiva para a defesa de um bem criado pela própria natureza. (GUERRA, 1999, p. 13)

Limitando-se a tais controvérsias, ficaremos com o conceito de direitos da personalidade pregado pelo mestre Silvio Rodrigues, segundo o qual:

Dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular pode-se facilmente distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem um direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário outros direitos há que são inerentes à pessoa humana e portanto a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que crê ser sua honra. Estes são os chamados direitos da personalidade. ( RODRIGUES, 1997, p. 81)

O reconhecimento destes direitos deve se dar não somente no campo do direito público, mas também no campo do direito privado, sendo tutelados, pois,

tanto quando a sua violação decorre do poder público, como das relações entre particulares. Vale frisar que, a dicotomia existente entre o direito público e o direito privado vem perdendo espaço atualmente, sendo os direitos, em sua maioria, vislumbrados tanto na órbita pública quanto privada.

Quanto às características apresentadas pelos direitos da personalidade verifica-se que, por possuírem como objeto os bens mais elevados do homem, caracteres especiais identificam o caráter essencial desses direitos.

De acordo com a doutrina dominante, tais direitos são considerados: originários, porque ínsitos na própria natureza do homem; essenciais, porquanto indispensáveis; indisponíveis, ninguém podendo deles se despojar; extrapatrimoniais, ou seja, destituídos de valor econômico; intransmissíveis, sendo inseparáveis do sujeito originário e imprescritíveis, não ficando sujeitos a impossibilidade de tutela pelo decurso do tempo.

O direito à imagem reveste-se de todas as características comuns aos direitos da personalidade, sendo inegável, pois, sua colocação entre eles. Entretanto, em alguns aspectos, o direito à imagem se distingue destes direitos, pelas suas peculiaridades.

Quanto à indisponibilidade, é certo que uma pessoa não possa se desvincular permanentemente da sua imagem, entretanto, pode permitir que dela se utilizem por um período certo. Neste caso, como ensina Zulmar Antônio Fachin:

A disponibilidade parcial da própria imagem é admitida pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, sendo mesmo uma prática comum na atualidade, especialmente em relação a pessoas famosas, como desportistas, atrizes e modelos. (FACHIN, 1999, p. 72)

O consentimento do titular da imagem, dessa forma, determina a disponibilidade relativa deste direito da personalidade.

Com o reconhecimento da relativa disponibilidade do direito à imagem, forçoso aceitar o seu caráter patrimonial, não obstante alguns autores defendam o contrário.

Atualmente, devido aos avanços tecnológicos dos meios de comunicação, a imagem é vista como um bem de consumo, permitindo ao seu titular que aufera um proveito econômico da sua utilização.

No tocante à intransmissibilidade, necessário se faz esclarecer que, embora a imagem, assim como os outros direitos da personalidade, não se transmite porque se extingue com a morte da pessoa, os seus reflexos podem se transmitir aos herdeiros. Isso se justifica pelo fato de que a morte do titular não leva, necessariamente, ao perecimento da sua imagem, que permanece sendo tutelada juridicamente, necessitando, pois, de consentimento dos herdeiros do *de cujos*, para que seja divulgada. E também, neste caso, ensejando a reparação quando utilizada indevidamente, conforme se pretende demonstrar mais adiante.

Sendo assim, conclui-se que os direitos da personalidade são considerados gênero do qual o direito à imagem é espécie, reconhecida e tutelada de forma singular no ordenamento jurídico.

Ao lado da imagem, outros direitos da personalidade são especificados e reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, tais como o direito à vida, à integridade física, à intimidade, à honra, entre outros. Logo, cada um destes direitos possui características e contornos próprios que o torna autônomo em relação aos outros.

Interessa-nos, no entanto, verificar a autonomia do direito à imagem com relação a outros que a ele se assemelham, abordando, a seguir, as principais teorias que visam enquadrar a imagem como um simples aspecto de um outro direito da personalidade.

### **5.1.1 Direito à Honra**

A primeira tese a fundamentar sobre a localização da imagem no mundo jurídico pregava que esta se encontrava dentro do conceito de direito à honra.

Para os adeptos desse entendimento, a imagem não pode ser concebida como um direito autônomo, mas sim como um veículo passível de violar um bem juridicamente tutelado, qual seja, a honra.

Dessa forma, aceitando este entendimento, inúmeras foram as decisões que fundamentaram o dever de indenizar a violação da imagem pela ofensa à honra do sujeito.

Além da afirmação de que a imagem (retrato) seria apenas um meio para ofender a honra, alguns autores mais modernos entendem que a imagem-atributo seria a própria honra. Ou seja, não concebendo a existência da chamada imagem-atributo, defendem que o conceito atribuído a esta pertence, na verdade, à honra.

### **5.1.2 Direito à Intimidade**

Uma parte da doutrina entende que a imagem estaria embutida na intimidade da pessoa e qualquer forma de ofensa à imagem seria uma ofensa à própria intimidade.

Segundo Bittar a intimidade “consiste no direito de impedir o acesso de terceiros aos domínios da confiabilidade” (BITTAR, 1995, p. 104)

Entendendo-se por vida íntima a esfera exclusiva de cada um, a imagem é tida, nesse contexto, como um dos aspectos desta intimidade.

A teoria do direito à intimidade serviu e ainda serve, em alguns casos, de base para condenação à indenização pelo uso indevido da imagem.

### **5.1.3 Direito à Identidade**

O direito à identidade significa a possibilidade de individualização da pessoa no seio da coletividade.

Dessa forma há ainda um posicionamento no sentido de que a imagem é uma decorrência do direito à identidade.

Os seguidores dessa teoria a fundamentam baseando-se no fato de que a imagem é uma forma de identificação da pessoa. Como explica Zulmar Antônio Fachin: “Assim, a publicação ou divulgação da imagem da pessoa resultaria no dever de indenizar, porque estaria violando o direito à identificação pessoal.” (FACHIN, 1999, p. 104)

Em conclusão, a imagem, vista por esse ângulo, não seria mais do que uma simples manifestação da identidade pessoal.

## **5.2 A Imagem como um Bem para o Direito**

Após a verificação das teorias que negam a autonomia do direito à imagem e pregam a sua submissão a algum outro direito, pretender-se-á demonstrar agora que tais entendimentos não merecem prosperar.

Quanto à teoria que insere a imagem no conceito de honra, percebe-se que, muito embora tenha o seu valor histórico e doutrinário, não deve prevalecer porquanto não resolve todas as questões atinentes ao tema.

Não obstante em certas situações o uso indevido da imagem-retrato ocasione de fato uma ofensa à honra do sujeito, não deve aquela ser vista como um simples aspecto desta. Tanto assim que o direito à imagem pode ser violado sem que seja afetada a honra da pessoa.

A imagem-atributo também não pode ser confundida com a honra. Como bem observa David Araújo: “O conjunto de características sociais que envolvem o indivíduo, determinadores de seu conceito social, não se confundem com a honra” (ARAÚJO, 1996, p. 35). Assim, a imagem-atributo, ao contrário da honra, não traz conotação nenhuma de bem ou mal, mas apenas as características peculiares da pessoa que traduzem a forma como ela é vista na sociedade.

Aqueles que colocam a imagem simplesmente como um dos aspectos da intimidade, também carecem de razão haja vista que, o conceito de intimidade é insuficiente para reunir todos os casos relativos à imagem.

Assim como o que acontece com honra, muitas vezes o mesmo ato ofende tanto o direito à imagem, quanto o direito à intimidade da pessoa. Entretanto, por vezes, a imagem é violada permanecendo intacta a intimidade. É o caso, por exemplo, da violação da imagem de uma empresa, em que não há que se falar em ofensa à intimidade.

Por fim, compreender a imagem como decorrência da identidade da pessoa é também insuficiente pois a pessoa que é fotografada ou filmada, enfim que tem ofendida a sua imagem, não perde a sua identidade, ou seja, pode ser facilmente identificada.

Dessa forma, inexistente qualquer violação de identidade, mas sim o que ocorre é o uso indevido da imagem.

Por tudo quanto exposto chega-se a conclusão de que a imagem é um direito da personalidade autônomo e independente e, sendo assim, merece ser tutelado também de maneira autônoma e independente.

Reconhecendo esta autonomia esclarece Zulmar Antônio Fachin:

O direito à imagem tem sua autonomia consagrada na própria Constituição, que o assegura independentemente de violação a outro direito da personalidade, Em razão disso não é necessário que a pessoa, cuja imagem foi captada ou publicada, sofra dano em sua honra, por



exemplo. O dever de indenizar impõe-se pelo simples fato de ter sido violado o direito à imagem. (FACHIN, 1999, p. 67)

Portanto, além de todas as razões declinadas no sentido de corroborar o entendimento de que a imagem é um direito da personalidade autônomo, o argumento que liquida qualquer dúvida acerca da questão é a própria colocação dada pela Constituição Federal de 1988, que garante a inviolabilidade da imagem ao lado e nas mesmas condições que para os demais direitos ali elencados, como já foi anteriormente analisado.

Em síntese, cumpre ressaltar que a imagem deve ser vista como um direito autônomo, dotado de características próprias e reconhecido de forma singular pela Constituição de 1988, que o assegura independentemente de violação a qualquer outro direito.

## 6. APLICABILIDADE DAS NORMAS DE PROTEÇÃO À IMAGEM

### 6.1 Da Necessidade do Consentimento

Existe um pressuposto básico para que se caracterize a ofensa à imagem, qual seja, a inexistência de consentimento prévio ou posterior à captação da imagem, desde que anterior à divulgação.

Havendo consentimento do titular na captação da sua imagem e a utilização desta não ultrapassando os limites desse consentimento, não há que se falar em violação.

É o caso, por exemplo, de um artista que participa de campanha publicitária que deve vigorar por um determinado período e ultrapassado esse período é recolocada no ar sem a anuência do titular da imagem.

Assim entende o Supremo Tribunal Federal:

Ementa – Direito à imagem, fotografia, publicidade comercial, indenização.- A divulgação da imagem da pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento, ato ilícito a custa de outrem, que impõe a reparação do dano. Recurso extraordinário não conhecido. (Brasília, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário 95.872-D. Recorrente: O GLOBO- Empresa Jornalística Brasileira Ltda. Recorrida: IRINÉIA DE SOUZA. Rel. Min. Rafael Mayer.

O consentimento pode se dar por uma manifestação inequívoca da autorização para a reprodução da imagem, não necessariamente devendo ser exigido o consentimento expresso. Dessa forma, a questão da existência ou não do consentimento deve ser analisada em cada caso concreto, diante do contexto no qual se deu a reprodução.

Sobre o assunto, afirma Yussef Said Cahali:

Nesta linha, afirma-se reiteradamente a indenizabilidade do dano em razão do uso não consentido de imagens de personagens, como reprodução de fotografias para compor “álbum de figurinhas” para fins de comercialização: deixando de lado as teorias que procuram de algum modo vincular o direito à imagem a algum outro direito de natureza personalíssima, como à intimidade, à honra, à privacidade, etc., a doutrina brasileira e a jurisprudência que lentamente se afirma são no sentido de atribuir-lhe caráter de um direito autônomo, incidente sobre um objeto específico, cuja disponibilidade é inteira do seu titular e cuja violação se concretiza com o simples uso não consentido ou autorizado, com as exceções referidas pelos doutrinadores, como a figura que aparece numa fotografia coletiva, a reprodução da imagem de personalidades notórias, a que é feita para atender a um interesse público, com o fito de informar, ensinar, desenvolver a ciência, manter a ordem pública ou necessária à administração da justiça. (CAHALI, 2000, p. 550)

Assim, o consentimento atua como um legalizador da reprodução da imagem, haja vista que o homem, sendo soberano no que tange aos seus valores individuais, tem o poder de utilizar as prerrogativas existentes na legislação para a defesa dos seus direitos.

## 6.2 Tutela Preventiva do Dano

Um dos temas mais importantes do Processo Civil moderno é a efetividade da tutela jurisdicional. Um dos principais aspectos dessa efetividade diz respeito à eficácia da proteção do direito, objeto da tutela.

Muitas vezes a transgressão de um preceito pode trazer conseqüências irreversíveis que jamais poderão ser sanadas totalmente através de medidas reparadoras.

Como bem analisa Victor Marins:

...não só a possibilidade de a transgressão da lei resultar em situação irreversível, mas a própria dificuldade de reparar os danos decorrentes da lesão, de modo geral, ainda que não inteiramente irreversíveis, tendo-se presentes os meios disponíveis para evitá-la, constituem segura recomendação acerca da superioridade da prevenção sobre a reparação. (MARINS, 2000, p. 81)

A tutela preventiva, dessa forma, atua como um fator de extrema importância para a garantia dos direitos, haja vista que, se antecipa à ofensa destes, precavendo o possível dano.

A Constituição de 1988 acolheu a tutela preventiva dos direitos em seu artigo 5º, inciso XXXV, ao estabelecer:

Art. 5º . . .

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Foi introduzida assim entre nós, em nível constitucional, a tutela jurisdicional preventiva. Trata-se, segundo o autor supra citado:

...de tutela jurídica que visa satisfazer um direito ameaçado. Para tanto terá, necessariamente, que declarar a existência ou a inexistência do direito submetido a uma situação de perigo de transgressão.(MARINS, 2000, p. 83)

No que concerne aos direitos da personalidade, a incidência da tutela jurídica preventiva se mostra, especialmente, muito útil, pois se tratam de direitos fundamentais do homem e com relação aos quais uma reparação posterior pode não se fazer muito proveitosa.

Várias são as medidas específicas que podem ser tomadas contra a utilização indevida da imagem. Dentre elas a mais simples e arcaica, que reflete a validade da auto defesa ou legítima defesa, seria o arrebatamento do material que contém a imagem a ser defendida. É o exemplo clássico da pessoa que toma para si o filme fotográfico, que esteja em poder de outrem, no qual contém fotos

suas. Necessário frisar que, neste caso, como em todos os demais passíveis de legítima defesa, esta deve ser usada de forma razoável, sem exceder os limites necessários para a prevenção da ofensa.

Além da legítima defesa, medidas de natureza legal também tendem a prevenir o uso abusivo da imagem. A legislação traz medidas e ações que podem ser promovidas para preservar o direito à imagem.

Dentre essas várias medidas passíveis de defender a imagem encontram-se a interpelação e notificação, a ação cautelar inominada, a ação cautelar de busca e apreensão, etc.

A interpelação e notificação se mostram como um dos meios mais simples de se buscar legalmente a defesa de um direito ameaçado. Tal medida encontra-se prevista no artigo 867 do Código de Processo Civil:

Art. 867. Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito.

Dessa forma o titular do direito à imagem poderá se utilizar do pedido de notificação dirigido a qualquer pessoa física ou jurídica para que deixe de utilizar indevidamente sua imagem.

A ação cautelar inominada se trata igualmente de uma medida que visa resguardar um direito. Entretanto, como todas as demais cautelares, a concessão da liminar, subordina-se à presença de certos requisitos específicos a saber, o *fumus boni iuris*, que é a probabilidade efetiva da existência do direito, e o *peirculum in mora*, que é o risco apresentado pela demora da prestação jurisdicional na ação principal.

O artigo 798 do Código de Processo Civil regula a ação cautelar inominada:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lida, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação.

A utilidade da medida pode ser vislumbrada, por exemplo, quando na iminência da divulgação indevida da imagem, seja esta impedida por ordem judicial.

Por derradeiro, podemos citar a ação cautelar de busca e apreensão, como forma de se preservar o direito à imagem, que está prevista no artigo 839 e seguintes do Código de Processo Civil;

Art. 839. O juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas.

A ação cautelar de busca e apreensão pode ser utilizada antes da ação principal ou durante o seu curso, em ambas as hipóteses, preservando a sua natureza cautelar.

Tal ação tem sido intentada, comumente, para a apreensão de materiais, como por exemplo filmes e fotografias que, se divulgados, são passíveis de ofensa à imagem da pessoa.

Assim, conclui-se que, existem várias medidas tendentes a prevenir o uso abusivo da imagem. Muito embora, por vezes, a violação seja inevitável, e é quando surge o dever de reparação.

### **6.3 Os Limites da Proteção à Imagem**

Não existe, no ordenamento jurídico, um direito absoluto e incondicional que se sobreponha a todos os demais. Todos os direitos assegurados aos indivíduos podem sofrer, em algum momento, algum tipo de restrição.

Nem mesmo o direito à vida, considerado o maior de todos, é ilimitado. Por vezes deve, tal direito, ser sacrificado em nome de um outro que deva prevalecer em certas situações. É o caso, por exemplo, da legítima defesa em que alguém tira a vida de outrem para salvar a si mesmo.

A idéia de relatividade dos direitos não é recente, pois já advertia Georges Ripert: “O direito não é absoluto, visto que o absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por conseqüência, simplesmente relativo”.(RIPERT, 1937, p. 233)

É certo que a imagem deve ser protegida em todas as suas dimensões, por tratar-se de um bem que compõe a esfera exclusiva do seu titular, entretanto, necessário se faz estabelecer um critério que possibilite o resguardo da imagem e ao mesmo tempo a garantia de outros direitos igualmente elencados na legislação.

Diante disso, serão analisadas a seguir duas questões sobre as quais pairam inúmeras controvérsias a respeito de qual deve ser o interesse preponderante que deva ser resguardado em detrimento de outro também garantido.

Ademais, deve ser observado, quando vem à tona a questão de conflito de direitos fundamentais, um princípio muito difundido nos dias de hoje, qual seja, o princípio da proporcionalidade. Por este princípio deve se analisar as contradições existentes no mundo jurídico sob a ótica da razoabilidade, ou seja, os fatos devem ser vislumbrados mediante um juízo de ponderação.

#### **6.3.1 O Direito à Imagem e o Interesse Público**

Um dos princípios mais importantes do direito moderno é o da prevalência do interesse público sobre o privado.

O individualismo exacerbado que deu origem aos chamados direitos fundamentais de primeira geração, deu lugar a uma preocupação social, traduzida por uma perspectiva coletiva. O interesse coletivo deve, como se tem entendido, predominar sobre o individual garantindo, dessa forma, a sobrevivência de toda sociedade.

Diversos são os aspectos em que o interesse público predomina. Poderíamos citar como exemplos o interesse da cultura, da história, da segurança pública, entre outros.

Quanto à cultura dá-se como exemplo o caso de uma figura pública, um político, por exemplo, o qual desperta grande interesse na coletividade devido à colocação que ocupa, às atitudes que toma e tudo o quanto se relaciona a sua posição de homem público. É óbvio que o interesse que é despertado na sociedade não se relaciona com tal figura apenas enquanto um político, extravasando até mesmo para a sua vida pessoal. Sendo assim deve-se fazer uma análise cuidadosa de cada caso concreto para se estabelecer o limite entre uma exposição aceitável da sua imagem e um possível abuso que pode ser cometido quando do uso irregular desta, conferindo, nesta última hipótese, a mesma proteção de que é merecedor um indivíduo comum.

No que concerne ao interesse histórico vale frisar que, do mesmo modo que as figuras públicas de hoje despertam curiosidade na sociedade, personalidades que tiveram um papel importante na história igualmente despertam este interesse e suas figuras são imprescindíveis para o esclarecimento de fatos passados necessários para compreender os acontecimentos atuais. Seria, por exemplo, inaceitável que determinada pessoa, que tivesse participado ativamente de um certo episódio histórico, se insurgisse contra a inclusão de fotografias suas em um livro didático, que trouxesse ensinamentos sobre o fato.



A questão mais importante e também mais discutida no que diz respeito à divergência entre o interesse público e, em especial, o direito à imagem seria talvez com relação ao interesse da segurança pública.

É de uso comum atualmente a instalação de câmeras em espaços públicos e privados visando a segurança das pessoas. As gravações obtidas de tais equipamentos permitem, muitas vezes, identificar autores de crimes contribuindo, dessa forma, decisivamente para a elucidação de diversos casos.

Saliente-se que as imagens gravadas em tais circunstâncias, não raro, são usadas como prova no Processo Penal, colaborando para uma decisão equânime do Judiciário. Dessa forma conclui-se que, caso o direito à própria imagem prevalecesse nestes casos, estar-se-ia abdicando da própria justiça social em nome de um direito individual.

Observa-se assim que o aspecto crucial que determina a prevalência do interesse público sobre o individual se refere à finalidade do ato que gerou a divergência. Em se tratando de uma finalidade que atenda ao bem coletivo deve ela se sobrepor ao bem individual.

Questão interessante que se propõe, concernente às câmeras escondidas, quanto ao interesse público, é com relação a uma espécie de “pegadinha”, transmitida por determinada emissora de televisão, que cria uma situação em que um profissional é chamado à residência de alguém para efetuar conserto em algum aparelho eletrodoméstico. Sendo filmado pelas câmeras escondidas na residência, o técnico analisa o defeito e dá o orçamento.

A emissora de televisão, com a escusa de estar defendendo os interesses dos consumidores, transmite as imagens da visita do profissional à residência, comparando o valor de fato cobrado por este e o valor que seria o adequado de acordo com o verdadeiro defeito do produto e, demonstrando com isso, na maioria dos casos, a exorbitância cobrada pelo profissional.

Inegável é o interesse do consumidor em tal situação. Porém seria correto, nestes casos, simplesmente ignorar o direito que este profissional possui sobre sua imagem e expô-lo perante todos como um desonesto?

Muito embora, regra geral, o interesse coletivo deva prevalecer sobre o individual, como já foi dito, cada situação merece ser analisada individualmente.

Primeiramente difícil imaginar que o profissional em questão consentiria em ter a sua imagem transmitida nestes casos, haja vista que estaria, no mínimo, denunciando-se como um mal profissional.

Dessa maneira, partindo do pressuposto da inexistência do consentimento, surge a indagação acima proposta.

Observando uma ponderação de valores, acreditamos que deva prevalecer o direito que a pessoa tem sobre sua imagem, podendo inclusive negar a sua exibição nesses casos, haja vista que, diferentemente do que ocorre no caso das câmeras escondidas em bancos, por exemplo, a finalidade visada e alcançada pela divulgação dessas imagens ultrapassam os limites aceitos como razoáveis para garantir o interesse público.

Seria inadmissível que uma montagem televisiva na qual o protagonista é induzido à determinada situação, desconhecendo-a, alcançasse importância maior do que um direito garantido constitucionalmente no ordenamento jurídico, a saber o direito à própria imagem.

Apenas como forma de comparação dá-se como exemplo o caso dos veículos que transitam pelas rodovias que são equipadas por radares eletrônicos que captam a sua velocidade. Os motoristas dos veículos que ultrapassarem os limites de velocidade estabelecidos somente poderão sofrer a punição prevista se houvesse explicitamente a menção da existência destes radares.

Os radares eletrônicos, bem como as câmeras escondidas nas residências podem ser consideradas armadilhas que visam surpreender as pessoas em

situações descomedidas, porém as conseqüências são diversas. Enquanto os radares podem ocasionar multas e somar pontos negativos nas carteiras de habilitações dos motoristas, a veiculação das imagens destes profissionais focalizadas por câmeras escondidas causam certamente gravames maiores pois traduzem para milhares de telespectadores uma infâmia daqueles que funcionaram como objeto da matéria.

Em síntese, o interesse público deve prevalecer sobre o individual sendo, entretanto, inaceitável que em nome de tal prevalência sejam cometidos abusos por parte dos “defensores da coletividade”.

### **6.3.2 A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem**

A imprensa , tida como um agente social, é inegavelmente o fator mais importante de garantia de um direito fundamental do homem, qual seja, o direito à informação.

Segundo os doutrinadores David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (1999), o direito à informação assume três níveis diversos que são o direito de informar, de se informar e de ser informado, todos conspirando para a mesma finalidade.

A par da amplitude de aspectos que englobam o direito à informação, cumpre-nos dar ênfase ao chamado direito de informação jornalística.

A Constituição Federal trata no capítulo V, inserido no título VIII, “Da ordem Social”, da comunicação social:

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

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

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

Além do direito de informação, outros também encontram-se direta ou indiretamente relacionados à liberdade de imprensa, como o direito de expressão, garantido no artigo 5º , inciso IX da Constituição Federal nos seguintes termos:

Art 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

O direito de expressão é a faculdade de enunciar um fato, enfim de se manifestar sem um conteúdo valorativo. No dizer de Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano:

...a expressão consiste na sublimação das formadas sensações humanas, ou seja, nas situações em que o indivíduo manifesta seus sentimentos ou sua criatividade, independente da formulação de convicções, juízos de valor ou conceitos. (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 1999, P. 88)

Ainda, o direito de opinião, conhecido como o direito à livre manifestação do pensamento, também age como um fator decisivo para a liberdade de imprensa. Diferentemente do direito de expressão, tal direito traz em si a possibilidade de exteriorização de idéias e pensamentos impregnados por juízos de valores.

O artigo 5º , inciso IV da Constituição Federal garante o direito de opinião impedindo, no entanto, o anonimato e assegurando, dessa forma, uma possível responsabilização do emitente da opinião.

Art. 5º. . .

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

As normas acima refletem a preocupação do legislador constitucional em assegurar direitos um tanto quanto maltratados em toda historia política-social do país.

Muito embora a liberdade de imprensa nunca tenha sido verdadeiramente respeitada no Brasil, o regime militar que aqui vigorou de 1964 à 1985 funcionou, em especial, como um repressor das comunicações. A vulnerabilidade da imprensa frente ao Estado se devia por este encontrar naquela uma força capaz de ameaçar a sua solidez.

Em estudo sobre o tema Anne-Marie Smith, esposa seu entendimento:

A animosidade contra a imprensa era difusa por todo regime. Não havia necessidade de uma decisão centralizada no sentido de esquivar-se dela, obstruir ou perseguir a imprensa exatamente pelo motivo de que essa era a predisposição da maioria das autoridades. (SMITH, 2000, p. 73)

Assim sendo a garantia atual trazida pela Constituição Federal de 1988, concernente ao direito à informação e a todos os demais que alimentam a liberdade de imprensa, traduz claramente a necessidade de se conferir proteção efetiva aos órgãos de comunicação para que exerçam a sua função social de informar com clareza e veracidade e de ser um dos pilares de uma sociedade livre e democrática, dando sua imprescindível contribuição para a cultura do país.

Atualmente a imprensa, de um modo geral, exerce o papel básico de formadora da opinião pública. Isso se deve à facilidade com que os meios de

comunicação penetram na vida das pessoas e conduzem os seus comportamentos.

As notícias , muitas vezes em caráter sensacionalista, feita de forma irresponsável por alguns profissionais da imprensa podem causar danos irreparáveis na vida de muitas pessoas. Como bem observa Selma Pereira de Santana, em breve esboço sobre o tema:

As veiculações de práticas criminosas, como tem sido feitas por alguns profissionais, de forma leviana e sensacionalista, estigmatizam, se não de forma total, pelo menos, parcialmente, a vida e a reputação das pessoas nelas envolvidas. (SANTANA, 1998, p. 32)

Um exemplo claro dessa afirmação foi o que ocorreu no famoso caso da Escola Base em São Paulo.

Em 28 de março de 1994 duas mães de alunos , queixaram-se em uma delegacia de que seus filhos de quatro e cinco anos estavam sendo molestados sexualmente na escola e sendo obrigados a participar de orgias, onde eram fotografados e filmados. O delegado que atendeu as mães deu à denuncia status de fato provado e imediatamente a maior parte da imprensa do país levou o caso às primeiras páginas de seus noticiários, dando uma dimensão espetaculosa, que provocou um verdadeiro linchamento moral dos acusados, senhor Icushiro Shimada, sua mulher Maria Aparecida, e um colaborador, Maurício de Alvarenga. Nem mesmo a imprensa de elite se furtou de sentenciar o fato, publicando manchetes imprudentes e desmedidas causando, desse modo, em seus leitores um sentimento de indignação contra os acusados que a essa altura já eram considerados verdadeiros culpados.

No final do inquérito policial que apurou o caso, os acusados foram considerados inocentes mediante a ausência de qualquer prova que confirmasse o acontecido.

A única coisa que realmente restou de tudo isso, foi um verdadeiro assassinato social que teve como vítimas cidadãos que buscavam apenas se defender contra uma imprensa irresponsável, que visava apenas seus lucros,

auxiliada por autoridades não menos irresponsáveis, que davam embasamento para suas colocações.

A defesa da imprensa, não apenas neste, mas em todos os outros casos análogos, é a alegação de que apenas publicam os fatos como estes lhe são apresentados e de fato se utilizam comumente, antes de dar tais notícias, da expressão “segundo a polícia...”, o que no entanto em nada diminui a sua responsabilidade, mas apenas divide-a com suas fontes.

Mesmo que a imprensa não tenha publicado expressamente a culpa dos acusados no caso da Escola Base, a simples exposição de suas imagens como possíveis criminosos pervertidos bastou para retirar seus empregos, sua paz e coloca-los às margens da sociedade.

Vale reiterar que muito embora o pecado original tenha partido da polícia, que liberou informações precárias concernentes ao caso, os meios de comunicação não se escusam de sua parcela de culpa por terem tripudiado sobre os personagens principais das suas notícias.

Não nos cabe aqui diminuir a importância do papel da imprensa no mundo atual, entretanto se faz necessário tentar buscar um equilíbrio que não sacrifique nenhum dos direitos ora analisados, a saber o direito à informação e os demais a ele agregados e os direitos personalíssimos, notadamente o direito à imagem.

Versando sobre o tema, Yussef Said Cahali, explica:

Mas, como na conjuntura atual, é necessário um equilíbrio nas relações entre a imprensa e a necessidade de resguardar a imagem, que é, sem dúvida, a representação única da pessoa humana... (CAHALI, 2000, p. 549)

Conclui-se, dessa forma, que é necessário estabelecer critérios legais que definam, senão de forma acabada os limites que devam ser respeitados pelos

meios de comunicação em geral, pelo menos criando parâmetros que possibilite à resolução de tais divergências.

Uma alternativa que poderia ser ao menos experimentada, como um auxílio ao equilíbrio entre a liberdade de imprensa e a preservação dos direitos individuais, é prevista no artigo 224 da Constituição Federal:

Art. 224. Para os efeitos do disposto neste Capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.

Dentre as várias atribuições que poderiam ser dadas a este Conselho estão aquelas relativas à fiscalização e acompanhamento da rotina dos veículos de comunicação. Não se trata de censura ou qualquer outra forma de repressão que lembre os anos de ditadura militar no Brasil, mas apenas uma forma de estabilizar e contrabalancear a situação fática de desnível entre o poder implacável dos meios de comunicação e a pessoa considerada individualmente, que pode, porventura, vir a ser vítima desse poder.

Sendo assim, a criação de um Conselho, como órgão auxiliar do Poder Legislativo, formado tanto por membros da imprensa como por defensores da moral pública, poderia colaborar de forma crucial para a garantia do respeito à dignidade da pessoa humana sem, contudo, impedir os meios de comunicação de cumprirem a sua principal tarefa, qual seja, informar com competência e responsabilidade.

A realidade, entretanto, é que passados anos da previsão constitucional a respeito deste Conselho, o legislador até agora não cuidou do assunto, apesar de tantas divergências ocorridas, relativas aos meios de comunicação.





## 7. A REPARAÇÃO DE ATENTADO À IMAGEM

Inicialmente, lembramos que a melhor forma de se livrar de uma ofensa é evitando que esta ocorra, como já foi abordado anteriormente quando tratamos da tutela preventiva do dano. Ocorre, por vezes, que, mesmo em havendo uma tutela sistematizada que garanta efetivamente proteção a um direito, visando prevenir que ele seja violado, tal violação pode acabar inevitavelmente ocorrendo e devendo, pois, ser reparada.

Quem viola direito de outrem comete um ato ilícito que no dizer de Silvio Rodrigues “é aquele ato humano que não se acomoda com a lei, provocando um resultado que não se afaz à vocação do ordenamento jurídico”. (RODRIGUES, 1997, p. 300)

Para que o autor do ato ilícito sofra a obrigação de reparar a ofensa cometida, é imprescindível que tenha ocorrido um dano. No que concerne a este dano é pacífico atualmente em toda doutrina e jurisprudência, a existência de duas espécies de danos, a saber, os danos patrimoniais e os danos extrapatrimoniais. Trata-se, pois de uma divisão clássica que se refere não à origem do dano, mas sim aos efeitos que dele decorrem.

Quando nos referimos ao dano patrimonial, cuja caracterização não traz nenhuma dúvida, tratamos daquele dano que atinge diretamente o patrimônio material do ofendido. A sua verificação assim se faz de forma simples, bastando comparar o patrimônio do lesado antes da ocorrência do evento danoso e após tendo este ocorrido. A diferença obtida será o montante do prejuízo experimentado pela vítima. Trata-se, dessa forma, de um cálculo matemático que visa a recomposição do patrimônio lesado, devolvendo ao interessado o respectivo equilíbrio por via da ação ordinária de perdas e danos.

O patrimônio do indivíduo sobre o qual incide o dano material (patrimonial), deve ser interpretado em sentido amplo, compreendendo no vocábulo não apenas

o montante imediato e atual do qual é possuidor o ofendido, como também todo acréscimo que se somaria a esse patrimônio e que se traduziram em oportunidades perdidas em consequência do fato lesivo. Em outras palavras, o dano material não se caracteriza apenas pela satisfação dos danos emergentes, mas também dos lucros cessantes.

Sendo assim, cabe ao juiz determinar a indenização devida com base na exatidão das provas trazidas ao processo. Cumpre salientar que tal indenização visa, na verdade, restabelecer o *statu quo ante*, servindo para reparar os efeitos danosos materiais do fato.

Enquanto o chamado dano material ou patrimonial não gera nenhuma controvérsia quanto a sua reparabilidade, o mesmo não ocorre com o dano moral, o qual, por ser objeto principal deste estudo, será tratado singularmente mais adiante.

Além da necessidade da ocorrência do dano para se efetive o dever de reparação por parte do ofensor, outros pressupostos são igualmente necessários para que se efetive tal obrigação. O Código Civil no seu artigo 159 traz:

Art.159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Da análise do artigo pode-se verificar a existência de requisitos necessários para caracterização da responsabilidade civil. De acordo com Silvio Rodrigues (1997), são considerados pressupostos da responsabilidade civil: a) a ação ou omissão do agente; b) a culpa do agente; c) relação de causalidade; d) e o dano sofrido pela vítima.

A ação ou omissão do agente deve ser entendida tanto como um ato próprio, quanto como um ato de terceiro quando este esteja agindo, de alguma forma, sob a responsabilidade do agente. Silvio Rodrigues explica que:

...essa responsabilidade por fato de terceiro, consagrada pela lei e aperfeiçoada pela jurisprudência, se inspira em um anseio de segurança, no propósito de proteger a vítima. (RODRIGUES, 1998, p. 15)

Dessa forma, para se cogitar em uma responsabilidade do agente, é necessário que corra por parte deste, ou de um terceiro a ele sujeito, um ato ou uma abstenção.

Além da necessidade da existência de uma ação ou omissão do agente é preciso que este tenha agido culposamente. Cumpre esclarecer que o conceito de culpa aqui estudado refere-se a culpa *latu sensu*, ou seja, abrangendo também o dolo.

A culpa do agente sempre foi colocada como um requisito essencial para a incidência da responsabilidade civil, pois sempre foi necessário que a conduta do agente fosse vista com censura do ponto de vista jurídico ou moral.

Atualmente, entretanto, ganha cada vez mais força no mundo jurídico a chamada teoria do risco. Por esta teoria, a questão da necessidade de se provar a culpa do agente pra que este seja obrigado a reparar o dano, não se justifica. Deve, assim, o agente reparar o dano não somente se o causou culposamente mas também ainda que só o tenha provocado, sem se cogitar se houve ou não a culpa.

## **7.1 O Fundamento do Dano Moral**

Segundo Carlos Alberto Bittar:

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social). (BITTAR, 1994, p.41)

Yussef Said Cahali, em estudo sobre o tema, traz a seguinte definição:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral. (CAHALI, 2000, p. 20-21).

O dano moral, assim, é considerado como uma lesão à esfera da personalidade humana, abstraído qualquer espécie de reflexo econômico.

Assente-se, pois, que uma pessoa pode vir a sofrer, em razão de determinada ofensa, tanto danos que provoquem uma diminuição do seu patrimônio material, quanto prejuízos que, muito embora não tragam reflexos econômicos, causam igualmente perdas, insuscetíveis de serem ressarcidas.

Convém frisar que a expressão “ressarcimento” não é vista pela melhor doutrina como o termo correto para designar a indenização pelo dano moral. O ressarcimento seria, na verdade, uma restauração, um restabelecimento ao estado anterior, que foi dissipado pelo ato ofensivo, possuindo, dessa forma, a característica de equivalência entre o antes e o depois da ofensa. Tal expressão se encaixa, portanto perfeitamente quando se trata do dano material, o qual, como já foi visto, é verificável mediante uma simples operação exata.

Ao contrário, no dano moral a indenização devida não desempenha uma função de equivalência, mas sim de compensação pelo constrangimento, aflição ou outro sentimento negativo decorrente do ato ilícito.

Como bem observa o mestre Yussef Said Cahali:

... a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das

suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa . . . Assim, da responsabilidade civil do agente resulta para o ofendido o direito à *indenização do dano* (sentido genérico), que se resolve ou pelo *ressarcimento do dano patrimonial* ou pela *reparação do dano moral*.(CAHALI, 2000, p. 42)

Diversos são os argumentos até hoje levantados pela doutrina contra a reparação do dano moral. Entre eles destacam-se: a dificuldade em evidenciar a existência do dano; a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro da extensão do dano; a imoralidade de se fazer uma avaliação pecuniária dos sentimentos mais íntimos da pessoa, entre outros.

Quanto ao primeiro argumento, o que se discute é a questão probatória, que será analisada à frente. Muito embora a ofensa moral seja uma percepção subjetiva, essa questão deve ser vista nos limites da razoabilidade, ou seja, o que habitualmente possa causar tal ofensa à determinada pessoa.

No que diz respeito à impossibilidade de uma avaliação em dinheiro da extensão do dano, deve-se levar em conta que o montante fixado pelo juiz, deve visar compensar a dor, trazendo um conforto para a vítima, mesmo que este valor em dinheiro jamais traga de volta o que se perdeu.

Da mesma forma, o argumento que sustenta a imoralidade de se atribuir um valor pecuniário para os sentimentos mais íntimos da pessoa não merece prosperar, pois, como já foi dito, não se trata de valorar em dinheiro uma dor ou uma angústia da vítima, mas sim de proporcionar a esta um alívio, um consolo pelo o que tenha sido definitivamente privada, fazendo com que, ela possa usufruir de prazeres que permitam, senão eliminar, ao menos amenizar o seu sofrimento.

Ademais, atualmente, a indenização pelo dano moral está explicitamente assegurada na Constituição Federal de 1988, razão pela qual todas as controvérsias a seu respeito foram deixadas de lado, ficando, assim, evidenciado o cabimento da reparação , mesmo que unicamente pelo dano extrapatrimonial.

## 7.2 A Prova do Dano Moral na Violação da Imagem

A teoria da responsabilidade civil se assenta sobre pressupostos básicos e indispensáveis que determinam a sua incidência.

Como já analisado anteriormente, a existência do dano é um requisito imprescindível para a caracterização do dever de indenizar.

Em regra, cabe ao autor da ação o ônus da prova, ou seja, deve ele demonstrar que a atitude do ofensor lhe causou de fato um prejuízo material e/ou moral.

Sendo assim, teoricamente, tanto no dano material quanto no dano moral, a condição para que sejam reparados é a prova da sua existência.

Como já foi dito, o legislador referiu-se exclusivamente ao “dano à imagem”, colocando-o ao lado das expressões “dano moral” e “dano material”, no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma acompanhando o entendimento do professor Luis Alberto David Araújo (1996), acredita-se que o constituinte demonstrou, colocando nestes termos a proteção da imagem, a sua intenção de facilitar a verificação do dano, independentemente da necessidade de qualquer prova específica, bastando, para tanto, a prova da violação da imagem. Não seria concebível que, quando o direito à imagem fosse violado, surgisse uma outra espécie de consequência civil que não fosse o dano material ou moral. Sendo assim, entende-se que, muito embora o legislador tenha feito menção exclusiva ao “dano à imagem”, este se evidencia, na realidade, como um dano ao direito de a pessoa se autodeterminar, impedindo que a sua imagem seja veiculada sem o seu consentimento, de forma que, pelo simples fato dela ter tido sua imagem violada, necessita de tutela, independente da existência de qualquer prova que ratifique a existência do prejuízo.

Corroborando tal entendimento, assim pronunciou-se o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Alegou-se a inexistência de prejuízo, indispensável para o reconhecimento da responsabilidade civil das demandadas. Ocorre que o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só aí já está o dano moral. Além disso, também poderia ocorrer o dano patrimonial, pela perda dos lucros que tal utilização poderia acarretar, seja pela utilização feita pelas demandadas, seja por inviabilizar ou dificultar a participação em outras atividades do gênero. A exigência de demonstração do prejuízo afeiçoa-se aos sistemas em que o direito de imagem está ligado a outros direitos, quando então se torna indispensável o reconhecimento de que o ato de reprodução da figura trouxe prejuízo à honra, à privacidade, etc. Quando, no entanto, se entende o direito à imagem como um direito que, por sua própria natureza, opõe-se *erga omnes*, implicando o dever geral de abstenção, o prejuízo já está na própria violação. ( SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 4<sup>o</sup>. turma, Rel. Rui Rosado de Aguiar, 12.09.1994, in RT 714/253).

No que se refere ao dano moral e ao dano à imagem, convém frisar que, diante do entendimento acolhido, a princípio não seria cabível o acúmulo dos pedidos, haja vista que, sendo, o dano moral, reconhecido em razão do dano à imagem, ou seja, em razão da violação da imagem, inaceitável a cumulação de ambos, o que incorreria no *bis in idem*, inadmissível no ordenamento jurídico.

Dessa forma, apenas no que se refere à prova do dano é que a violação da imagem se mostra diferentemente da violação de outros direitos. No caso de violação da honra, por exemplo, muito embora o dano moral seja uma percepção subjetiva do ofendido, é facilmente verificável se a ofensa possui o poder de afetar os sentimentos da pessoa, dando espaço, assim, à indenização pelo dano moral ou não. Quanto à imagem, guardados os devidos limites já analisados da sua proteção, a sua simples utilização indevida já gera ofensa à esfera íntima da pessoa, que tem o direito de determinar-se de acordo com as suas vontades, e de ver garantida a preservação da sua imagem, seja em qual for dos seus aspectos.

Não se trata, pois, de dar proteção incondicional à imagem, desconsiderando quaisquer circunstâncias, mas sim de garantir a tutela efetiva prevista na Constituição Federal a este direito autônomo da personalidade.



### 7.3 A Pessoa Jurídica como Sujeito Passivo da Violação

De acordo com o mestre Silvio Rodrigues:

... pessoas jurídicas são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversas da dos indivíduos que a compõem, capazes de serem sujeitos de direito e de obrigação na ordem civil. (RODRIGUES, 1997, p. 54)

A questão aqui proposta é se as pessoas jurídicas podem pleitear indenização por dano moral pela violação da sua imagem.

Primeiramente cumpre esclarecer que, atualmente, é quase unânime a aceitação do cabimento da indenização pelo dano moral à pessoa jurídica. Os opositores de tal entendimento argumentam, em síntese, que atribuir a pessoa jurídica a possibilidade de pleitear indenização pelo dano moral seria desvirtuar o próprio conceito de dano moral, haja vista que, ele se assenta em valores exclusivamente espirituais dos quais aquela são desprovidas.

No entanto tais argumentos, como foi dito, não prosperam atualmente, tendo, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça pacificado a questão:

Súmula 227 do STJ: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

O entendimento prevalecente se baseia no fato de que apesar da pessoa jurídica não ter capacidade de sentir dor, angústia ou outro sentimento negativo de caráter subjetivo. Pode ela sofrer ataque em sua reputação objetiva, ou seja, é inegável que determinadas ofensas possam causar desprestígio e abalarem a consideração e o apreço dispensados à pessoa jurídica lesada.

O Superior Tribunal de Justiça assim se manifesta sobre a questão:

Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto estima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa ... A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune a injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua. Esta ofensa pode ter seu efeito limitado à diminuição do conceito público de que goza no seio da comunidade, sem repercussão direta ou imediata sobre o seu patrimônio...(STJ; 4º turma, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, 09/08/1995, in RT 727/123.

Dessa forma, partindo do pressuposto do cabimento da indenização pelo dano moral à pessoa jurídica, cumpre-nos analisar este dano concernente à violação da sua imagem.

A princípio, reportemo-nos ao duplo conceito de imagem, que abrange a imagem-retrato e a imagem-atributo, sendo, a primeira, a reprodução do aspecto físico da pessoa e a segunda a emanção da sua personalidade.

Quanto ao primeiro conceito de imagem, a imagem-retrato, a questão não desperta muita atenção, haja vista que, sendo esta a expressão física, conclui-se que da mesma forma que a pessoa física carece desta proteção, a pessoa jurídica, em tese, também merece tutela da sua expressão física, podendo ser entendida como esta a sua sede, ou o local físico que representa o seu estabelecimento.

Cumprido salientar, entretanto, que não se deve confundir a pura imagem física de uma sociedade comercial, por exemplo, com o seu estabelecimento comercial, pois como explica Fábio Ulhoa Coelho, entende-se este como “o complexo de bens reunidos pelo comerciante para o desenvolvimento de sua atividade comercial.” (COELHO, 2000, p. 47).

Todos os componentes deste estabelecimento comercial sejam corpóreos (mercadorias, equipamentos, etc) ou incorpóreos (marcas, patentes, ponto comercial, etc), são tutelados por estatutos próprios, razão pela qual não parece interessante buscar proteger a imagem física de tal pessoa jurídica, tendo ela as

tutelas específicas que visam garantir de forma exclusiva cada um dos seus componentes.

Por outro lado, no que se refere à imagem-atributo é inegável a pertinência da sua proteção relativa à pessoa jurídica. Sendo, a imagem-atributo, a imagem social de que a pessoa desfruta no seu meio, é evidente que também a pessoa jurídica goza de tal tutela.

A integridade moral da pessoa jurídica é um atributo crucial para a sua estabilidade e progresso, pois a “boa fama” de uma empresa só lhe traz benefícios e credibilidade.

Dessa forma, pelo abalo que possa causar à pessoa jurídica, uma exposição desmedida de sua imagem (atributo), denota-se o perfeito cabimento da indenização pelo dano moral, decorrente da violação da imagem moral de que desfruta, sem prejuízo da indenização referente ao dano material que porventura possa ter sido igualmente experimentado.

#### **7.4 O Dano Moral na Violação da Imagem de Pessoas Mortas**

A questão inicial que se propõe é a transmissibilidade hereditária ou não da pretensão à indenização pelo dano moral.

O artigo 1.526 do Código Civil traz:

Art. 1.526 . O direito de exigir reparação, e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, exceto nos casos que este Código excluir.

Como se denota, a regra trazida pelo Código Civil é, em princípio, da transmissibilidade, salvo vedação expressa.

A controvérsia, entretanto, persiste. Os opositores desta reparação argumentam que a ação de reparação do dano moral possui caráter personalíssimo sendo que, a legitimação ativa não se transmite aos herdeiros. Ainda, a dor e o sofrimento, que são as causas da reparação foram, ou seriam, suportadas pela vítima, não sucedendo os herdeiros na aflição desta.

Os defensores da reparação, por outro lado, sustentam que, muito embora, a indenização a título de dano moral, paga aos herdeiros, não elimine o sofrimento que afligiu a vítima, tal indenização, se caso fosse recebida pela própria vítima, igualmente não eliminaria a dor que esta houvesse padecido. Salientam ainda que, o sofrimento em si é, de fato, intransmissível, porém, o que se transmite aos herdeiros é a faculdade de perseguir em juízo o autor do dano, seja este moral ou material.

Assim sendo, compartilhando a última corrente, entendemos que é perfeitamente cabível o pedido de indenização pelo dano moral pelos sucessores da vítima. Seria um absurdo e um desrespeito à memória dos mortos, simplesmente ignorar que houve uma ofensa, negando a possibilidade da defesa dos seus direitos, confiada aos seus sucessores.

Sem dúvida, a dor e o sofrimento são sentimentos pessoais e subjetivos, entretanto, modernamente, o dano moral não se baseia unicamente em valores subjetivos, mas também em valores objetivos, levando-se em conta a consideração que os outros dispensam à pessoa e que, certamente, foi abalado pelo ato lesivo.

Aliás, semelhante entendimento serviu para justificar o cabimento da indenização pelo dano moral à pessoa jurídica, que, apesar de ser desprovida de sentimentos pessoais, goza, assim como os mortos, de respeito e uma reputação a zelar por quem de direito couber.

Aceito, então, o cabimento da reparação pelo dano moral aos sucessores da vítima, cumpre acrescentar que, na medida em que houver violação à imagem das pessoas mortas, compete aos seus sucessores a sua defesa, buscando a

devida reparação, haja vista que, a morte do titular da imagem não leva ao perecimento desta, que permanece merecendo proteção.

Sobre o tema, esclarece o mestre Yussef Said Cahali:

Mas, a se admitir uma eventual reparação do dano moral conseqüente do atentado à memória dos mortos, a legitimação para o exercício da ação reparatória reconhecida em favor daqueles legitimados para a iniciativa da ação penal privada, não seria decorrência de um direito hereditário, já que morto o ofendido cuja memória é maculada, não haveria sucessão possível em um pretense direito nascido posteriormente à abertura da sucessão; seria, assim, uma ação de indenização fundada em direito próprio, no que são igualmente molestados, ainda que de maneira indireta, os sentimentos de dor e estima de seus familiares, pelas ofensas desrespeitosas à memória do ente querido.(CAHALI, 2000, p. 700)

Dessa forma, conclui-se que, os sucessores possuem legítimo interesse no pedido de indenização pelo dano moral na violação, seja da imagem-retrato, ou da imagem-atributo da pessoa falecida.

### **7.5 O Problema da Quantificação do Dano Moral**

O ponto a ser discutido não se trata de nenhuma novidade advinda da violação da imagem. De um modo geral, a quantificação do dano moral é um tema controverso que gera inúmeras divergências no mundo jurídico.

Uma das objeções quanto à reparabilidade do dano moral, como já foi dito, diz respeito exatamente à atribuição de um valor que compense o dano sofrido, ou seja, como se valorar uma dor, um sofrimento ou outro sentimento análogo?

Primeiramente deve-se observar os pilares que sustentam a teoria da reparação do dano moral, quais sejam, o interesse em se punir o infrator e o interesse da vítima em sentir-se compensada pelo dano. Como bem observa Carlos Alberto Bittar:

Deve-se, em qualquer hipótese, ter presentes os princípios básicos da satisfação integral dos interesses do lesado e da estipulação de valor que iniba novas investidas, como balizas maiores na determinação da reparação devida.(BITTAR, 1994, p. 225)

No Brasil, o valor da indenização por dano moral vem, gradativamente, somando uma importância maior com o decorrer dos anos, devido ao próprio desenvolvimento que sofreu a teoria da reparabilidade do dano extrapatrimonial no ordenamento pátrio.

Nada que se compare, entretanto, aos valores das indenizações por dano moral fixados pelas Cortes norte-americanas, por exemplo. A imprensa tem noticiado o pagamento de montantes extraordinários determinados pelos juízes nos Estados Unidos, preconizando, desta maneira, uma inibição e conseqüentemente um maior respeito às vítimas. Ademais, cumpre frisar que, o peso do ônus financeiro, diante do contexto econômico em que vivemos, é a forma mais efetiva de se fazer garantir o respeito aos direitos da pessoa.

Cumpre ao juiz fixar por arbitramento a indenização pelo dano moral, não obstante o autor da ação atribua, unilateralmente, o valor da causa na ação reparatória, o qual, sendo assim, fica sujeito ao controle jurisdicional.

Dessa forma, levando-se em conta os fins objetivados pela condenação, cabe ao juiz avaliar, em cada caso concreto o *quantum* devido pelo infrator, de forma que tal valor seja capaz de, ao menos, proporcionar ao ofendido um conforto e um consolo pelo evento danoso.

No arbitramento da indenização pelo dano moral na violação da imagem, deve o juiz, da mesma forma, determinar o seu valor, considerando, para tanto, a dimensão da exposição que a pessoa sofreu e o quanto isso afetou os seus sentimentos.

## 8. CONCLUSÃO

Todos os avanços conquistados, no decorrer dos anos, no mundo jurídico, foram frutos de um vasto debate teórico. O mesmo ocorrendo com o direito à imagem que, em meio a divergências e interpretações controversas, vem ganhando cada vez mais espaço e conquistando a sua merecida autonomia, a qual, inclusive, é largamente reconhecida constitucionalmente.

Muito embora este direito da personalidade ainda não goze da proteção necessária, já se verifica que, graças principalmente ao texto constitucional de 1998, o caminho do seu desenvolvimento vem sendo percorrido por caminhos mais claros.

Em qualquer dos seus aspectos, a imagem merece a proteção que lhe é conferida pelo ordenamento, tanto pelo prejuízo patrimonial, como moral, sofrido pela vítima da violação. Ainda, vale reiterar que, muito embora o legislador constitucional tenha empregado a expressão “dano à imagem”, devemos nos pautar para a verdadeira natureza deste dano, ou seja, se é patrimonial ou extrapatrimonial, haja vista que, a expressão “dano à imagem” significa lesão ao direito e não às conseqüências propriamente advindas desta violação. Por esta razão preferimos acompanhar o posicionamento que entende que, o constituinte teve, na verdade, a intenção de facilitar a reparação da ofensa à imagem, não se tratando, dessa forma, o “dano à imagem”, de uma terceira espécie de dano.

No que se refere ao dano moral, entretanto, deve-se fazer uma análise especial, considerando suas peculiaridades, de forma a possibilitar a sua efetiva reparação garantindo, dessa forma, o respeito à dignidade da pessoa de se auto determinar e de ser compensada pela ofensa moral que tenha sofrido na violação da sua imagem, considerando, para tanto, como foi dito, o duplo conceito de imagem, a saber, a imagem-retrato e a imagem-atributo.

Sendo assim, conclui-se que a utilização da imagem, constituindo direito exclusivo do seu titular, merece proteção, sendo que, a simples violação deste direito, mesmo que não traga nenhum prejuízo material ao ofendido, dá ensejo à

indenização, desde que, ausentes as circunstâncias que isentem o dever de indenizar.

## **9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**



ARAUJO, Luis Alberto David. **A Proteção Constitucional da Própria Imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ARAUJO, Luis Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 3º edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERTI, Silma Mendes. **O Direito à Própria Imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. **Danos Patrimoniais e Morais por Violações aos Direitos da Personalidade**. Revista do Advogado, AASP, São Paulo, n. 38, dez./1992.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 2º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **Liberdade de Imprensa e Dano Moral**. Revista do Advogado, AASP, São Paulo, n. 38, dez. /1992.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FACHIN, Zulmar Antonio. **A Proteção Jurídica da Imagem**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Básico da Língua Portuguesa**. São Paulo: Nova Fronteira, 1998.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. **Tutela Cautelar**. Curitiba: Juruá, 2000.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. **A Proteção Constitucional da Vida Privada**. São Paulo: De Direito, 1996.

RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1937.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - parte geral**, 27<sup>o</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – responsabilidade civil**, 16<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTANA, Selma Pereira. **O Princípio Constitucional da Inocência e a Imprensa**. Revista Consulex – Ano II – nº 22 – outubro de 1998.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano Moral e sua Reparação Civil**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SMITH, Anne-Marie. **O Consentimento da Imprensa à Censura no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. **Reparação do Dano Moral: Controvérsias e Perspectivas**. 2<sup>o</sup> edição. Porto Alegre: Síntese, 1997.