

A IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALIDADE E SUA TUTELA JURISDICIONAL

Geala Geslaine FERRARI¹
Prof. Pedro Faraco NETO²

RESUMO: Os direitos da personalidade, são tutelados pelas mais diversas áreas do Direito, mas no campo penal, existe uma lacuna que precisa ser preenchida, principalmente no que tange ao direito à imagem. O crescente e assustador desenvolvimento das áreas tecnológicas e da informação, tem proporcionado inúmeros problemas no que tange a violação da imagem, como recentemente no caso da atriz Carolina Dieckman. Faz-se necessário que os operadores do Direito, discutam tal problema, pois a falta, da tutela penal ao direito à imagem, tem trazido e deverá trazer à nossa sociedade, e as futuras gerações prejuízos sociais e individuais de grande monta.

Palavras-chaves: direitos da personalidade, imagem, tutela penal.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade se mostra cada vez mais distante dos direitos ínsitos ao homem. Prova disso são os facilmente observáveis ataques às pessoas humanas.

Os direitos inerentes à pessoa, pela simples condição de serem humanos, são chamados de direitos da personalidade. Os direitos da personalidade por serem a mais pura representação da dignidade da pessoa humana devem ser o objeto principal de tutela jurisdicional nas suas mais variadas esferas.

Ocorre que um determinado direito da personalidade humana, o direito à imagem, foi esquecido pelo legislador no âmbito penal, que não prevê ataques à imagem como crime, muito embora tipifique um grande número de crimes contra o patrimônio, além de prever como ilícitas outras condutas que não chegam a ofender bem jurídico algum.

¹Aluna do curso de Direito da Faculdade Catuaí.gealaeneto@msn.com

²Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina – UEL, onde também se graduou. Professor de Direito Penal da Universidade Norte do Paraná – UNOPAR e da Faculdade Catuaí.pedrofaraconeto@hotmail.com.

E será que a falta de previsão legal que tipifique uma conduta lesiva a imagem como crime muitas vezes acarreta em um prejuízo para a sociedade e para eventuais lesados?

Para responder tal questionamento será procedida a uma pesquisa bibliográfica que discorra sobre a dignidade da pessoa humana e sobre sua ligação com os direitos da personalidade; mencionar-se-á o que a doutrina de escol estabelece como objetivo da existência do direito penal; buscar-se-á ainda nos compêndios o conceito de imagem, citando alguns exemplos atuais de ataques à imagem.

Ao fim, espera-se emitir um pronunciamento sobre o prejuízo causado pela falta de previsão legal de uma conduta atentatória à imagem humana, bem como estimar, se necessário for, uma conduta criminosa que poderia ser tipificada como crime.

2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são um conjunto de direitos pertencentes à pessoa humana, que se apóiam sobre o terreno de um princípio que os acolhe e defende: a dignidade humana.

Elimar Szaniawski apregoa que os direitos da personalidade são desdobramentos do princípio da dignidade humana e ambos integram a teoria geral da personalidade (1996, p.56). E Luiz Henrique Vieira, ensina dizendo que os direitos da personalidade repousam no seio sereno do princípio da dignidade humana (2010, p.02). Com efeito, toda agressão a qualquer direito da personalidade na verdade lesa a dignidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade, para Carlos Alberto Bittar, são aqueles reconhecidos ao homem, tomados em si mesmo, e em sua projeção na sociedade, e que visam à defesa de valores inatos, como a vida, a intimidade, a honra e a higidez física, jamais podendo ser um rol taxativo de direitos (BITTAR, 2003, p.01).

São direitos supraleais, inatos ao ser humano. Aliás, Adriano de Cupis ensina há tempos que os direitos da personalidade são “os bens mais preciosos relativos às pessoas” (CUPIS, 1961, p.23).

No que tange à origem e evolução desses direitos, pode-se entender que há uma divergência entre a doutrina jusnaturalista e a positivista. Para os primeiros, os direitos que se referem à personalidade sempre existiram, são anteriores à

sociedade e o papel do Estado não é criá-los, e sim reconhecê-los. Fundamenta-se na idéia de que o direito sempre existiu e não passou a existir no momento que o Estado o exprime em forma de lei constitucional ou ordinária, conforme defende Carlos Alberto Bittar (2003, p.07).

Já os positivistas só admitem a existência dos direitos da personalidade, no momento que o Estado os expressam em norma jurídica, sendo que os mesmos não existiriam se não fossem tutelados expressamente por normas públicas. Discípulos de Hans Kelsen, os positivistas buscam vincular todo o direito a uma lei, buscando com isto a libertação da ciência jurídica de todos os elementos estranhos a ela, sendo assim pode-se afirmar que conforme doutrina positiva, para existir ou poder se falar em direitos da personalidade e sua violação, primeiro tal conceito deve estar positivado em norma jurídica, e também assegurado sua sanção quando violado.

Com a vênia dos positivistas, o fato de tais direitos serem positivados em normas jurídicas, não retira deles o seu caráter absoluto, e nem questionam sua existência, pois esta se dá pelo simples fato do homem existir. E “O Estado [e o Direito] existe para o indivíduo e não o oposto: *omne jus hominum causa introductum est.*” [destaque nosso] (PRADO, 2011, p.95). Até na obra de Kelsen encontramos palavras nesse sentido: “Acima do imperfeito Direito positivo existe um perfeito - porque absolutamente justo - Direito natural; e o Direito positivo é justificado apenas na medida em que corresponda ao Direito natural” (KELSEN, 2005, p.17).

Porém, certamente, no âmbito penal (que interessa ao presente trabalho), o que vai promover a consequência jurídica do delito, ou seja, a sanção, quando os direitos da personalidade forem violados é a lei anteriormente definida e sua sanção previamente estabelecida, em respeito ao princípio da legalidade ou reserva legal. Mas qual é a finalidade precípua do direito penal? É a busca “a preservação da dignidade da pessoa humana, por meio do respeito a lei penal, contexto no qual se deve proteger os mais relevantes bens jurídicos” (NUCCI, 2010, p.167).

E o Estado, mais precisamente a figura do legislador, não cria bens jurídicos. Ele apenas proclama os valores já evidenciados na sociedade como relevantes para o desenvolvimento da pessoa humana. E quais os bens jurídicos mais valiosos? Os direitos da personalidade. Então, tem-se uma perfeita identificação entre os Direitos da Personalidade e os Bens Jurídicos protegidos pela legislação penal. Não se trata

de mera coincidência, pois ambos têm por fim a dignidade humana. Veja o posicionamento da clássica doutrina processual penal brasileira:

O direito à vida, à honra, à integridade física são exemplos. Tais bens e muitos outros são tutelados pelas normas penais, e sua violação é o que se chama de ilícito penal ou infração penal. O ilícito penal atenta, pois, contra os bens mais caros e importantes de quantos possui o homem, e, por isso mesmo, os mais importantes da vida social (TOURINHO FILHO, 2010, p.27).

A doutrina busca sistematizar os direitos da personalidade, reunindo-os em categorias, mesmo entendendo que tais direitos são unos, tal classificação se dá para melhor compreensão de cada um deles. Para César Fiúza, embora questionável tal divisão, a mesma se dá em duas classes, a primeira diz respeito aos direitos à integridade física, como por exemplo, a vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver, já a segunda tutela o direito à integridade moral ou intelectual, por exemplo, o direito à honra, o direito à liberdade, o direito ao recato, o *direito à imagem*, o direito moral do autor (FIUZA, 2003, p.137).

Dos direitos da personalidade, ou seja, dos bens jurídicos acima enunciados, a vida possui tutela penal no crime de homicídio, a integridade física é protegida no crime de lesão corporal, o cadáver possui um capítulo inteiro do código penal para protegê-lo, a honra é punida pelos crimes de calúnia, injúria e difamação, o direito moral do autor encontra proteção nos crimes contra a propriedade intelectual... Mas e a imagem? Esta não possui tutela penal. O penalista Luiz Regis Prado leciona que no centro de toda atividade estatal está a personalidade do homem, sendo que cabe ao Estado garanti-la e protegê-la (PRADO, 2011, p.95). É inevitável, portanto, não adentrar nos Direitos da Personalidade. Sendo a imagem um direito da personalidade, será que esta ausência pode acarretar em prejuízo para a vida em sociedade? Será que a reprimenda penal dos ataques à imagem teria relevância? Antes de responder estes questionamentos, cumpre conceituar o direito à imagem.

3 DO DIREITO À IMAGEM

A imagem que trata o presente artigo tem relacionamento com os atributos físicos do homem, aptos a serem reproduzidos “por fotografia, escultura, pintura, filmagem ou por outros meios alcançados por técnicas cada vez mais sofisticadas” (FACHIN, 1999, p.47). Nas palavras de Carlos Alberto Bittar:

Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo este direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa) (BITTAR, 2008, p.94).

A imagem física de uma pessoa é como se fosse “selo, marca, timbre, reflexo indelével da nossa personalidade, com que nos chancelou a natureza, a revelar olhos prescrutadores, tendências, qualidades, delicadeza de sentimentos, nobreza de espírito ou, ao contrário, defeitos, cupidez, egoísmo, grosseria” (CHAVES, 1970, p.26). A imagem é como se fosse o espelho da alma de um indivíduo, ou seja, muitas vezes externiza todo seu conteúdo.

Zulmar Fachin define a imagem “como sendo algo que o acompanha na aventura da vida, sendo manifestação de sua própria personalidade, do seu ser, aquilo que ele apresenta na vida social, em todos os momentos onde quer que ele esteja” (1999, p.50).

Portanto, é inegável que tal direito tem caráter personalíssimo. Mas por muito tempo, o direito à imagem teve sua existência negada, pois entendiam que o mesmo não era merecedor de proteção jurídica, por não ser considerado bem jurídico autônomo, mas tal negativa foi sendo superada. No início passou-se a ser tutelada através do desdobramento de outros direitos, mas hoje entende-se tratar de um direito independente.

Pode-se observar que para se chegar a este entendimento, a doutrina foi se fundamentando em algumas teorias. Estas surgiam para trazer solidez à tutela jurídica do direito à imagem, como por exemplo, a teoria do direito de propriedade, onde este recebia proteção jurídica por se tratar de propriedade do indivíduo, sendo ele proprietário de seu corpo, o seria também de sua imagem. A teoria do direito à intimidade, na qual esta estaria ligada o direito à imagem, e protege-la significava proteger a vida íntima das pessoas.

A teoria do direito de autor, por decorrência da semelhança entre eles, passou-se a estendê-lo à imagem, mas esta teoria foi ultrapassada, pois compreenderam que a imagem do indivíduo não podia ser protegida pelo direito autoral, uma vez que este se preocupa com as criações autorais, enquanto aquela é

uma expressão da personalidade humana, sendo, portanto, a criação o elemento que as distinguem.

A teoria do direito à honra, através dela passou-se a proteger à imagem como sua derivação. Esta teoria serviu de fundamento para muitas indenizações quando o dano era relativo ao direito à imagem, pois ao ferir a imagem do indivíduo estava ferindo a sua honra.

Pela teoria do direito à identidade, chegaram a compreensão de que a imagem da pessoa não servia só para identificar, mas também para individualizar, pois se tratava de um elemento identificador do indivíduo. Sendo assim, uma publicação indevida da imagem da pessoa resultaria uma indenização, ou o dever de indenizar, pois se estaria violando o direito à identificação pessoal.

Foram muitas as teorias, mas por fim chegou-se a conclusão que o direito à imagem é figura autônoma nos direitos da personalidade, que existe por si só, independente daqueles, e por isto detentora de tutela jurídica. Zulmar Fachin explica que:

O direito à imagem tem sua autonomia consagrada na própria constituição, e que este está assegurado 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, pois o dever de indenizar impõe-se pelo simples fato de ter sido violado o direito à imagem. (FACHIN, 1999, p.67)

A lição de Arnaldo Siqueira de Lima vai ao encontro do posicionamento do Prof. Fachin:

a partir da inclusão da imagem na Constituição Federal, não há mais dúvida de sua autonomia, por tratar-se de um bem relevante para o direito, capaz de determinar por si, conduta que implique a disciplina de uma norma jurídica, e então há consistência na faculdade de agir em razão desse bem. (2003, p.25)

Com a Constituição da República de 1988, o direito à imagem passou a fazer parte do rol de direitos e garantias fundamentais constitucionais onde no art. 5º, inciso X, está determinado a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, como também o direito de indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação. Mais uma vez Zulmar Fachin nos esclarece:

A preocupação do legislador constituinte com os direitos fundamentais é inquestionável, além de prevê-los em rol extenso,

sem pretender ser exaustivo, conforme art 5º, § 2º Cf, determinou ao legislador ordinário que estabelecesse punição para qualquer discriminação perpetrada contra eles. É a regra estatuída no art. 5º XLI, onde a lei deve punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.(FACHIN, 1999, p.82)

Ao direito de imagem, por se tratar de direito fundamental, também se aplica em outros dispositivos constitucionais, como o art. 5º, inciso XXXV, onde está previsto que o Poder Judiciário não pode excluir de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça a direitos. Luis Henrique Vieira diz que:

A imagem retrato, decorre da expressão física do indivíduo, e o direito a tutela deste é uma prerrogativa atribuída ao indivíduo visando proteger a captura e divulgação de sua imagem, da reprodução da sua figura externa ou parte dela sem o seu consentimento.(VIEIRA, 2010, p.20)

Carlos Alberto Bittar assegura que por conseqüência do progresso das comunicações o direito à imagem passou a ocupar lugar destacado no cenário dos direitos da personalidade, e aponta uma característica peculiar de tal direito, a disponibilidade:

O direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos, rosto, olhos, perfil, busto, que a individualizam no seio da coletividade. Incidindo sobre a forma física da pessoa, compreendendo seus caracteres que a identifica no meio social. Estas se revestem de todas as características comuns aos direitos da personalidade, destacando-se dos demais por sua disponibilidade, sendo usada em função da prática de uso da imagem humana em publicidade, divulgando entidades, produtos ou serviços postos a disposição do público consumidor.(BITTAR, 2003, p.94)

Sobre o consentimento e a disponibilização da imagem vale a pena discorrer-se em tópico específico.

3.1 Características do Direito à imagem e sua disponibilização

Em razão do direito à imagem, como visto acima, ser espécie dos direitos da personalidade, o mesmo possui as suas características: essencialidade, originalidade, exclusividade, indisponibilidade, intransmissibilidade e imprescritibilidade. A diferenciação encontra-se no fato do direito à imagem ser um direito indisponível, mas podendo sofrer uma relativização, ou seja, o indivíduo poderá dispor parcialmente de sua imagem, permitindo que ela seja usada por

terceiro. Sobre esta disponibilidade parcial do direito à imagem encontra-se o seguinte posicionamento:

a mesma é admitida pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, sendo mesmo uma prática comum na atualidade, especialmente em relação as pessoas famosas. O uso consentido da própria imagem em favor de terceiro pode se dar de maneira gratuita ou mediante pagamento, o que não pode é disponibiliza-lo totalmente.(FACHIN, 1992, p.72)

Carlos Alberto Bittar em sua obra sobre a tutela dos direitos da personalidade e autorais define que esta disponibilidade presente no direito à imagem seria:

O direito à escolha que cabe à pessoa, dos modos pelos quais lhe convém aparecer em público, retirando quando fim comercial o uso, os proveitos econômicos próprios, mediante remuneração ajustada no contrato de licença, elegendo a forma, o veículo, a empresa, o produto e demais elementos próprios, daí se dá a absoluta necessidade do consentimento expresso que possibilitará eleger o mais conveniente, interessante ou lucrativo, dentre de seus limites próprios estabelecidos.(BITTAR, 2002, p.63)

Mas para se obter a permissão da utilização da imagem da pessoa, faz-se necessário à autorização expressa do titular do direito, e esta deve se dar por via contratual. Para direitos da personalidade, são compatíveis somente contratos com prazos determinados ou de uso temporário, pois tais direitos são intransmissíveis, são contratos de concessão ou licença, e nestes devem conter a finalidade, as condições de uso e o prazo, dentro de uma interpretação restritiva de suas cláusulas. Quando se celebra um contrato relativo à concessão do uso da imagem, o que se permite é a utilização da mesma e o que será disponibilizado então, é a exploração ou uso desta imagem, e não a imagem propriamente dita ou o direito a ela.

O uso da imagem de uma pessoa dá-se de várias formas: pode ser gratuito mediante consentimento tácito, onde a pessoa, sem manifestação expressa, consente que sua imagem seja usada por outrem, bem como pode ser sem objetivar retorno financeiro. Pode ser também de forma gratuita mediante consentimento expresso, pois a detentora do direito à imagem pode, mesmo sem objetivar fins econômicos, ceder o uso de sua imagem, se houver fim determinado, não sendo usado além das limitações expressas.

Eis o problema: E quando sem o consentimento tácito ou expresso utiliza-se da imagem alheia? Quais são as tutelas jurisdicionais que o ofendido poderia

recorrer? Além da carta constitucional, outros ramos do direito preocupam-se com a tutela dos direitos da personalidade como um todo, e o direito à imagem, como já visto, encontra-se inserido neles. A Lei 8096/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, o legislador ao tratar do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade da criança e do adolescente, buscou proteger o direito à imagem destes no seu art. 17, proibindo que as mesmas sejam utilizadas por outras pessoas através de qualquer meio de divulgação e publicidade, como também a publicação das infrações cometidas pelos mesmos, exceção ao princípio constitucional da publicidade dos atos processuais, ocorre então uma flexibilização de tal princípio, em detrimento da exposição da imagem, objetivando a proteção da dignidade da criança e do adolescente, possuindo sanção penal para quem violar tal normativa (art. 227 ECA). O direito civil também pode ser acionado conforme preceitua o art. 12, parágrafo único, do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Pode-se exigir que cesse a ameaça ou lesão, a direito da personalidade, e declamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Mas e o direito penal?

O Direito Penal que deve proteger os valores de importância acentuada, assegurando através da ameaça penal interesses fundamentais, individuais e coletivos, para o exercício de um convívio social harmônico entre os homens não protege a imagem.

4 DOS CRIMES ATUALMENTE PREVISTOS QUE ATENTAM CONTRA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O código penal brasileiro cuidou de proteger os direitos da personalidade em vários artigos, por exemplo, o direito à vida, nos casos de homicídio art. 121, induzimento e instigação ao suicídio art. 122, infanticídio art. 123, aborto nas suas variadas formas, art. 124/128; também tutela o direito à integridade física, emocional e moral, conceituado como lesões corporais nos seus variados tipos art. 129; protege o direito de manter intacto o próprio corpo, punindo aqueles que o violarem, também no que se refere aos transplantes, a Lei 10211/2001 dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, prevendo no art. 14 a pena de dois a seis anos de reclusão àqueles que removerem algo da pessoa ou do cadáver, podendo a mesma chegar até 20 anos de reclusão conforme § 3º e 4º da referida lei.

Quanto aos direitos referentes à moral, o código penal brasileiro é lacunoso, deixando o legislador pátrio sem tutela jurídica vários delitos que atingem à moral da pessoa humana, sujeito desses direitos, como por exemplo, o direito que versa este trabalho, digo, o direito à imagem. Mas há a previsão penal aos delitos relativos à honra, objetiva e subjetiva da pessoa humana, nos tipos penais de calúnia, difamação e injúria art. 138 a 140 CP.

E sobre honra Magalhães Noronha conceitua-a como sendo o conjunto de atributos que dão reputação social e auto-estima ao homem.(NORONHA, 2003, p.118)

Sidney César da Silva Guerra diz que a honra “representa o direito que a pessoa tem de não ser molestado, injuriado, ultrajado ou lesado na sua dignidade ou consideração”.(GUERRA, 2004, p.49)

Sobre tal direito à mesma pode constituir-se de duas formas, a honra subjetiva e a honra objetiva, Carlos Alberto Bittar, define honra objetiva como sendo, “aquela que compreende ao bom nome e a fama de que desfruta no seio da coletividade, enfim, a estima que o cerca nos seus ambientes, familiar, profissional, comercial ou outros.”(BITTAR, 2003, p.133). Já sobre a honra subjetiva o mesmo esclarece, que trata-se “do sentimento pessoal de estima, ou consciência própria de dignidade”(BITTAR, 2003, p.133).

O código também tutela direitos do homem à liberdade e intimidade nos tipos penais constrangimento ilegal e sequestro, violação de domicílio, correspondência, telegráfica ou telefônica, hoje também violações de correspondências digitais (msn, sms etc.), pois o delito é o mesmo só mudando o meio de concretizá-lo.

Na alteração penal de 2009 houve uma mudança quanto aos delitos sexuais. Nesta alteração passou-se a tutelar a liberdade, sob o enfoque sexual, afinal uma pessoa tem total autonomia para se relacionar sexualmente com quem entender, ou até mesmo para não se relacionar sexualmente. Luiz Regis Prado relata que no delito de estupro “busca-se garantir a toda pessoa que tenha capacidade de autodeterminação sexual que possa exercê-la com liberdade de escolha e de vontade, segundo suas próprias convicções” (PRADO, 2010, p. 600). Nota-se então a proteção de uma das múltiplas facetas da liberdade humana (liberdade de ir e vir, liberdade de expressão, liberdade sexual, etc.). Andou bem o

legislador, mas podemos ir mais ao longe, pois a imagem do ser humano não é protegida penalmente...

5 DA AUSÊNCIA DE TUTELA PENAL AO DIREITO DE IMAGEM

Zulmar Fachin, em sua obra sobre a proteção jurídica da imagem, esclarece que o legislador penal pátrio tipificou algumas condutas lesivas aos direitos personalíssimos, mas que “não foi estabelecido norma penal para incriminar conduta violadora do direito à imagem”.(FACHIN, 1999, p.98)

A reforma penal de 1984 também não o fez, criando-se então uma lacuna no que refere à norma penal incriminadora da conduta lesiva à imagem, que, por consequência do princípio da legalidade e anterioridade da lei, faz-se impossível dizer que existe uma forma de coibir a lesão desse direito (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), através da aplicação de uma norma penal. Por isso sua criação pelo Estado é necessária e urgente devido às consequências que a falta de tal direito tem causado à dignidade da pessoa humana, e pelos problemas de ordem individual e coletivo que o mundo moderno com seus avanços nos meios de informação, tecnologia e comunicação tem causado.

Sobre isto, pode-se ver quando o assunto é a imagem de pessoas famosas as agressões são contumazes, como, por exemplo, as imagens captadas no momento do parto da atriz Luana Piovani. Ela e seu filho neonato com a indevida filmagem do momento do parto tiveram suas imagens (bem como suas intimidades) ofendidas, formando-se um conjunto de agressões absurdas nos direitos das suas personalidades. Certamente esta ofensa deverá render uma boa indenização por danos morais, mas que não terá repercussão na esfera penal pela falta de normativa própria.

A famosa Carolina Dieckmann em fato recente teve fotos suas nuas divulgadas sem o seu consentimento na internet, num atentado monstruoso a sua dignidade, pois houve a divulgação dos seus atributos físicos sem a atriz tê-los disponibilizado. Por se tratar de pessoa cuja beleza física é conhecida, as imagens tiveram uma rápida propagação. E a atraente mulher que recusara vários convites

de revistas masculinas para posar nua, acabou tendo seus dotes físicos mostrados ao mundo inteiro gratuitamente.

Já em fato recentíssimo uma Assessora do Senado Federal filmou uma relação sexual sua. Não se sabe como as imagens saíram do domínio da titular e foram parar nas mãos de terceiros. E aí, com toda força da tecnologia moderna, muitas pessoas assistiram o vídeo da bela moça em cenas picantes. Será que esta Assessora Parlamentar queria mostrar a sua imagem, naquela situação, para pessoas estranhas?

Saindo do âmbito dos famosos, em Londrina/PR, um cidadão teve imagens suas gravadas e divulgadas por funcionários do Hospital Universitário no momento em que passava por uma intervenção médica para retirada de uma enguia que teria introduzido no seu próprio ânus. Por mais inusitada que seja a situação, a captação e divulgação destas imagens foi atentatória à imagem do indivíduo e, certamente, sem o consentimento do seu titular.

Como o direito penal não protege o direito à imagem, a resposta jurisdicional a estes atentados, (e a todos os demais voltados à imagem alheia) se restringirá a uma indenização civil. E se o divulgador da imagem for econômica e patrimonialmente pobre, o ofendido não terá acesso a ordem jurídica justa. Por isto defende-se a tipificação criminal de uma conduta que proteja a imagem da pessoa humana.

Paulo José da Costa Junior na célebre obra *O Direito de Estar Só* já alertava: “O legislador caminha sempre com o passo trôpego. Avança com vagar. Mais lentamente que os fatos sociais, que evoluem vertiginosamente, reivindicando normas e providências” (COSTA JR., 2007, p.9).

E a falta desta definição legislativa culmina em prejuízo à sociedade, pois o direito penal para de cumprir a sua função: proteger o homem. Além disso, o caráter preventivo da pena que ocasiona o temor pela intimidação não se aplica, proporcionando uma total liberdade para o ataque ao indivíduo.

O prof. Luiz Regis Prado cita em sua obra *Bem jurídico-penal e a Constituição*, que a ciência do direito penal deve empenhar-se na busca de diretivas, realistas e eficazes, sobretudo diante de uma experiência legislativa pouco favorável, para uma racional concretização e individualização dos interesses mercedores de proteção. (REGIS PRADO, 2011, p.22)

Poder-se-ia até indagar que a criação de uma conduta protetora da imagem chocar-se-ia com um dos princípios que compõe o eixo do direito penal: o princípio da Intervenção Mínima do Estado, que impõe a condição de *ultima ratio* ao direito penal. Este princípio estipula que o direito penal somente atuará em casos que outros ramos do direito não forem suficientes para a solução do conflito, uma forma de limitação do poder estatal, como defende Cézar Roberto Bittencourt:

O direito penal, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.(BITTENCOURT, 2006, p.03)

Clauss Roxin, diz que “o Estado deve proteger penalmente bens jurídicos que são imprescindíveis para existência em comum, que se caracterizam uma série de situações valiosas” (ROXIM, 1972, p.27). Sendo assim, a proteção penal da imagem do indivíduo, não estaria contida neste contexto? Não seria ela uma forma de garantir a existência em comum?

Proteger o bem jurídico do indivíduo, no que diz respeito a sua imagem, e o seu direito a escolher sua exposição ou não, se enquadra perfeitamente no que diz Francisco de Assis Toledo, quando conceitua bem jurídico como valor ético-social que o direito seleciona, objetivando assegurar a paz social, colocando estes sob sua proteção como uma forma de não mais serem expostos a perigo de ataque ou lesões efetivas. (TOLEDO, 1986, p.16)

A criação legislativa de um tipo penal protetor da imagem visa que o Estado, através de seu caráter intervencionista, assegure e proteja um direito de personalidade autônomo que é a imagem, também sustentáculo da dignidade humana. Assim, o direito penal, que anda se preocupando demais com o patrimônio, poderia se lembrar do homem e dos seus mais ínsitos direitos. Desta forma, o direito penal tutelaria um braço da dignidade das pessoas, em vez de propor a punição de quem culposamente danifica plantas de enfeite como no art. 43 da Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais):

Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa.

E se preocupar com a dignidade da pessoa humana é o escopo do direito penal. Pois conforme direcionamento de Luiz Regis Prado, o que se pretende de um Estado Social de Direito, é que este garanta determinados direitos e garantias, que visam à proteção da autonomia individual, com direitos sociais, que tem por fim alterar para melhor, as condições materiais e espirituais da vida das pessoas. (REGIS PRADO, 2011, p.79). Como também, ao afirma o que já citado anteriormente, o Estado existe para o indivíduo e não o oposto, conclui-se que é função deste Estado, garantir a liberdade e dignidade do homem, sendo assim, qualquer ação de outro indivíduo que venha expor à lesão a dignidade de outrem, deve ser protegida efetivamente por uma ação estatal, por isso tarda já a este, promover uma forma que garanta, a não mais violência ao direito a imagem da pessoa humana.

Zulmar Fachin criou uma proposta de conduta criminosa que deveria ser utilizada pelo legislativo nacional para preencher a lacuna existente no que diz respeito à proteção da imagem no âmbito penal:

Art. Fotografar, filmar, divulgar, utilizar ou captar por qualquer outro modo a imagem de alguém, sem seu consentimento:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Se o uso indevido da imagem não tiver finalidade lucrativa, a pena poderá ser diminuída de 1/6 a 1/3.(1999, p.134)

A proposta do doutrinador paranaense é coerente. Proteger-se-á a imagem de condutas indevidas através de uma ameaça de sanção que não fere a proporcionalidade. Assim, o direito penal continuará a ser a *última ratio*, porém protegendo um dos direitos mais ínsitos ao indivíduo. Uma pena de um a quatro anos permite ao Juiz, por exemplo, substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, evitando desta forma a reclusão do criminoso. E dentro das penas restritivas de direito existe a modalidade denominada *prestação pecuniária* na qual o réu é condenado a pagar à vítima uma quantia de 1 a 360 salários mínimos que poderão ser descontados de eventual indenização civil.

Ademais, a conduta prevista por Zulmar Fachin é de menor potencial ofensivo o que levará o caso ao Juizado Especial Criminal, onde o réu (caso mereça) terá a possibilidade de concretizar a transação penal.

Ora, pelos seus parâmetros a pena estipulada pela criação do Prof. Zulmar Fachin vai ao encontro do direito penal mínimo, porém cuidador da dignidade da pessoa humana, afinal protege-se um dos seus sustentáculos. Existe até um posicionamento na doutrina estrangeira que acredita estar em legítima defesa quem retira e quebra a máquina fotográfica de alguém que ousa fotografar outrem sem autorização. Nas palavras de Santos Cifuentes: “El fotografiado, em defensa de su cuerpo, puede arrebatar la máquina del fotógrafo y estrellarla para evitar la impresión de la placa, como un modo de ejercer la legítima defensa” (CIFUENTES, 1995. p. 503). Se a legítima defesa é uma excludente de ilicitude no direito penal, fotografar outrem sem autorização é um ilícito penal para o doutrinador argentino.

Para complementar a sugestão legislativa de Zulmar Fachin acredita-se que a ação que serviria de instrumento para a tutela penal da imagem do indivíduo pelo do Estado deveria ser pública, porém condicionada à representação do ofendido. Neste tipo de ação o Ministério Público só pode agir depois de uma manifestação de vontade do ofendido, evitando assim o *strepitus iudicii*, isto é, o escândalo do processo (CAPEZ, 2009, p. 120). Esta modalidade de ação seria razoável pois se o direito à imagem é, como visto acima, parcialmente disponível, ou seja, o titular pode consentir com a utilização da sua imagem, nada mais justo do que facultar ao titular da imagem “Fotografada, filmada, divulgada, utilizada ou captada por qualquer meio” o direito de proceder à persecução penal do agente.

Mais uma vez evitar-se-ia uma intervenção máxima do Estado nas relações, deixando exclusivamente ao ofendido a possibilidade para dentro de 6 (seis) meses manifeste a vontade de iniciar a *persecutio criminis*, caso ache que a ofensa foi violenta ao ponto de merecer a reprimenda penal do Estado. Diversamente, se a utilização da imagem, na visão do seu titular, não lhe causar maiores danos basta-se não acionar o direito penal. Simples assim e em consonância com o princípio da intervenção mínima do Estado.

O moderno penalista Juarez Tavares, em entrevista a Folha de Londrina em 15/07/2012, fala categoricamente que o direito penal deve se voltar para os direitos do homem (direitos fundamentais) deixando os outros direitos para serem protegidos

pelos direitos civil e administrativo. Logo, é mais um estudioso que perfilha o entendimento de que a imagem deve ser tutelada pelo âmbito penal.

Diante do que foi abordado já podemos tecer as considerações finais acarretadas pela pesquisa ora efetuada.

6 CONCLUSÃO

Dos estudos e pesquisas efetuadas e acima expostas, considerando que a dignidade da pessoa humana é o centro de todo ordenamento jurídico, considerando que a confluência de todos os direitos da personalidade se direciona para a dignidade da pessoa humana e considerando que a imagem é um direito da personalidade autônomo acredita-se que a mesma deve ser tutelada também pelo direito penal, já que o âmbito Constitucional e o direito civil já a protegem.

Tal afirmativa se justifica porque os outros diversos direitos da personalidade possuem a guarda penal, bem como porque o direito penal atual vem protegendo outros bens jurídicos de menor relevância para o homem do que seu direito à imagem.

Com a criação de um tipo penal de penas coerentes e sendo a persecução penal iniciada somente com a representação do ofendido, a proteção da imagem do ser humano pelo direito penal não irá violar o princípio da intervenção mínima do Estado. E com a tipificação de uma conduta que atente à imagem estar-se-ia se consagrando os fins de prevenção geral e especial do direito penal quanto à possíveis ataques ao indivíduo e o mesmo voltaria, neste caso específico, a cumprir a sua finalidade: proteger o homem e a sua inviolável dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____; BITTAR FILHO, Carlos. **A Tutela dos direitos da Personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. 2.ed.rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.v.1.

- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CHAVES, Antonio. Direito à Própria Imagem. **REVISTA FORENSE**. Rio de Janeiro: Forense, v. 240, 1970.
- CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caieiro. Lisboa: Morais, 1961.
- FACHIN, Zulmar. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LIMA, Arnaldo. **O direito à imagem: proteção jurídica e limites de violação**. Brasília: Universa, 2003.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.v.1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.
- PRADO, Luiz Régis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del Derecho Penal**. Trad. Munoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1.
- VIEIRA, Luiz Henrique. **Artigo sobre o direito à honra e imagem, o direito a honra objetiva e subjetiva e o direito à imagem retrato e imagem atributo**. Disponível em: <<http://www.luizhenriqueprofessor.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 10 Fev.2012.