

O DIREITO DA PERSONALIDADE À PRÓPRIA IMAGEM E A AUTONOMIA DO DANO

*José Antônio Peres Gediel**

*Ralph Winikes***

*Rodrigo Eduardo Camargo****

SUMÁRIO: *Introdução; 2. Os direitos da personalidade: do paradigma patrimonialista à dignidade da pessoa humana; 2.1 A concepção tradicional: direitos da personalidade enquanto direitos subjetivos; 2.2 Superação de paradigma: críticas à concepção tradicional de direitos da personalidade; 3. O direito (da personalidade) à própria imagem: introdução sociológica; 3.1 A autonomia do direito à própria imagem; 4. A tutela dos direitos da personalidade no paradigma da pessoa humana; 4.1 A tutela do direito à própria imagem enquanto direito da personalidade; 5. Conclusão; Referências.*

RESUMO: A inserção dos direitos da personalidade na Carta Constitucional de 1988 consagra a evolução pela qual passa tal instituto jurídico. Estabelece-se íntima relação entre os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana; pode-se inferir que tais direitos são instrumentos de concretização desse princípio situado no vértice do ordenamento jurídico brasileiro. A imagem, no mundo contemporâneo (caracterizado pelo avanço tecnológico) corresponde a uma excelente forma de linguagem, em termos de eficiência, amplamente utilizada nos meios de comunicação de massa. Logo, a imagem assume valoração econômica indiscutível. Saliente-se que a imagem, antes mesmo de ter expressão pecuniária, é atribuída da pessoa e, por isso, tem valor social. Assim sendo, a imagem está inserida no rol dos direitos da personalidade. A imagem, no cenário contemporâneo, merece

* Docente Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR; Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR (PPGD/UFPR); Pós-Doutor em Direito pela Université de Montréal. E-mail: jagediel@ufpr.br

** Discente do 5º ano diurno da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR; Pesquisador (IC – Voluntária) e membro do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico – PPGD/UFPR; Monitor da disciplina de Direito Civil A. E-mail: ralph_win@hotmail.com

*** Discente do 5º ano diurno da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR; Pesquisador (IC – Fundação Araucária) e membro do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico – PPGD/UFPR; Monitor da disciplina de Direito Civil A. E-mail: roec_13@hotmail.com

atenção especial do Direito e é essencial falar-se de um direito à própria imagem enquanto direito autônomo. Para a tutela mais eficiente da imagem, bem como de todos os bens jurídicos objeto dos direitos da personalidade, não se faz necessário a demonstração de conseqüências danosas, é o que se denomina dano in re ipsa.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade; Direito à Própria Imagem; Autonomia do Dano.

THE PERSONALITY RIGHT TO ITS OWN IMAGE AND THE HARM AUTONOMY

ABSTRACT: The inclusion of the personality rights in the 1988 Constitutional Charter confirms the development of these rights. It established a close relationship between personality rights and the human dignity principle. One can infer that they are the instruments to implement this principle situated at the legal system apex. The image in the contemporary world (characterized by technological advances) represents an excellent language form, in terms of efficiency, widely used in the mass communication media. Therefore, the image acquires indisputable economic valuation. It should be noted that the image, even before payment term, is a person attribute and, therefore, has social values. Thus, the image is inserted in the list of personality rights. The image, in the contemporary scene, deserves special attention from the law. Besides, it is essential to say that a right to own image as an autonomous right. For more effective image protection and all legal rights object of personality rights, it is not necessary to demonstrate the harmful consequences of their disrespect, what is called harm in re ipsa.

KEYWORDS: Personality Rights; Right to Own Image; Harm Autonomy.

EL DERECHO DE PERSONALIDAD A LA IMAGEN PROPIA Y LA AUTONOMÍA DEL DAÑO

RESUMEN: La inserción de los derechos de personalidad en la Carta Constitucional de 1988 consagra el progreso en la que está involucrado el instituto jurídico. Se establece una relación estrecha entre los derechos de personalidad y la dignidad de la persona humana; así, se puede inferir que tales derechos son

instrumentos de concretización de ese principio que se encuentra en el vértice del ordenamiento jurídico brasileño. En la contemporaneidad, marcada por el desarrollo tecnológico, la imagen corresponde a una excelente forma de lenguaje, en lo que se refiere a su eficacia, pues es bastante utilizada por los medios de comunicación de masa. De esta manera, la imagen asume un valor económico indiscutible. Además de eso, la imagen, antes de lograr tener esa expresión pecuniaria, es un atributo personal, y por ello, posee un valor social. Siendo así, la imagen está inserida en el rol de los derechos de personalidad, y, en el entorno contemporáneo, merece atención especial del Derecho, pues es esencial tratar de un derecho a la propia imagen mientras derecho autónomo. Para la tutela más eficiente de la imagen, bien como de todos los bienes jurídicos objeto de los derechos de la personalidad, no se hace necesario la demostración de consecuencias dañosas, que es lo que se denomina daño in re ipsa.

PALABRAS-CLAVE: Derechos de personalidad; Derecho a la Propia Imagen; Autonomía del Daño.

INTRODUÇÃO

A positivação dos direitos da personalidade na Constituição Federal de 1988 veio suprir a lacuna deixada pelo Código Civil de 1916 e consagrou a evolução pela qual passa esse instituto jurídico.

O Direito, historicamente preocupado com a proteção de situações do “ter”¹, durante muito tempo relegou a um segundo plano a tutela da pessoa em si. A proteção do indivíduo em seu aspecto físico, moral e intelectual, através dos direitos da personalidade, apenas recentemente veio a lume², fato que estimula calorosos debates acerca da correta configuração e dos meios adequados para a tutela dos referidos direitos.

Nesse estudo, preliminarmente analisaremos a evolução dessa categoria de direitos, confrontando a concepção tradicional dos direitos da personalidade com propostas que defendem a sua superação, e, posteriormente, analisaremos espe-

¹ A esse respeito, cite-se o belíssimo trabalho de Jussara Meirelles: MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1998, p. 87-114.

² Destaque-se, aqui, a importância de movimentos como o da repersonalização do direito civil: “A excessiva preocupação com o patrimônio, que ditou a estrutura dos institutos basilares do Direito Civil, não encontra resposta na realidade contemporânea, mais voltada ao ser humano na sua total dimensão ontológica, cujos interesses de cunho pessoal se sobrepõem à mera abstração que o situava como simples pólo de relação jurídica.” MEIRELLES, op. cit., p. 111.

cificamente o direito da personalidade à própria imagem, debatendo sua configuração jurídica e sua autonomia. Por fim, refletiremos acerca da tutela dos direitos da personalidade no paradigma atual, analisando, mais detidamente, a tutela do direito à própria imagem.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: DO PARADIGMA PATRIMONIALISTA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Código Civil Brasileiro de 1916, devido à influência da civilística alemã que não concebia a existência de direitos da personalidade e à ideologia essencialmente patrimonialista que permeava o pensamento jurídico da época, não se preocupou em disciplinar essa categoria de direitos.

A pessoa como fundamento das relações civis é uma promissora inclinação para se realizar reflexões no direito civil contemporâneo.³ Os bens econômicos passam a exercer um papel secundário diante dos suportes fáticos enunciados nas normas jurídicas. Nesta linha de pensamento, Pontes de Miranda já sustentava que no suporte fático de qualquer fato jurídico há, sempre e necessariamente, alguma pessoa.⁴

Afora o tratamento episódico de alguns poucos direitos da personalidade em leis extravagantes⁵, a lacuna deixada pelo Código Civil de 1916 somente veio a ser suprida com a promulgação da Carta Constitucional de 1988.

A inserção dos direitos da personalidade na Constituição de 1988 consagra a evolução pela qual passa tal instituto jurídico. Apesar de a sedes materiae de tais direitos ser o Código Civil, a nossa atual Constituição Federal os reconheceu de forma expressa, principalmente em seu artigo 5º, inciso X, que assim dispõe: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”⁶.

Os direitos da personalidade, devido ao seu caráter não patrimonial, têm por objeto bens integrantes da interioridade da pessoa, isto é, aquilo que é inato à pessoa e deve ser tutelado pelo direito. Justamente pelo fato de serem inerentes à pessoa, caracterizam-se tais direitos como absolutos, intransmissíveis, imprescri-

³ Neste sentido, cite-se valiosa obra do Professor Fachin: FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2000.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Borsoi, 1970. tomo VII. p. 5.

⁵ Por exemplo: Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973 que regula os direitos de autor (tanto patrimoniais quanto morais).

⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988), 5 out. 1988.

tíveis, extrapatrimoniais, vitalícios e necessários⁷.

No que diz respeito à natureza jurídica dos direitos da personalidade, boa parcela dos grandes manuais de Direito Civil, ao aventurar-se na difícil tarefa de conceituá-los, adotam o entendimento tradicional de que estes direitos enquadram-se na categoria jurídica dos direitos subjetivos⁸; é de praxe considerá-los um tipo especial de direito subjetivo⁹.

Para compreendermos as conseqüências de se considerar os direitos da personalidade como uma espécie de direito subjetivo precisamos, de um modo bastante breve, analisar a categoria jurídica dos direitos subjetivos.

2.1 A CONCEPÇÃO TRADICIONAL: DIREITOS DA PERSONALIDADE ENQUANTO DIREITOS SUBJETIVOS

O direito subjetivo é uma abstração jurídica formulada pela Escola Pandectística Alemã para a proteção de direitos patrimoniais, especialmente o direito de propriedade¹⁰. Mota Pinto, grande mestre português, leciona que podemos definir direito subjetivo como “[...] o poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (ação) ou negativo (abstenção ou omissão).”¹¹ Como podemos depreender dessa definição, ao referido direito contrapõe-se um dever jurídico da outra parte (dever de “fazer” ou de “não-fazer”).

Percebe-se que o direito subjetivo, do modo como nos é apresentado, implica na existência de uma relação. Não há direito subjetivo senão no âmbito de uma relação jurídica, isto significa que deve haver ao menos dois sujeitos de direito (sujeito passivo e sujeito ativo), e que deve, também, necessariamente haver um objeto determinado sobre o qual incidirá o direito subjetivo.

Como já foi dito, a categoria dos direitos subjetivos foi pensada para a proteção de direitos patrimoniais. Ora, ao considerarmos os direitos da personalidade como espécie de direitos subjetivos, tacitamente concordamos que à integridade

⁷GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1998. p. 152.

⁸Cite-se por todos: SANTORO-PASSARELLI, F. Teoria Geral do Direito Civil, p. 30; AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, p. 247; CUPIS, Adriano de. Os Direitos da personalidade. Editora Romana, 2004, p. 23.

⁹ “[...] é de consenso considerá-los direito subjetivo que tem, como particularidade inata e original, um objeto inerente ao titular, que é a sua própria pessoa, considerada, nos seus aspectos essenciais e constitutivos, pertinente à sua integridade física, moral e intelectual.” AMARAL, op. cit, p. 249.

¹⁰ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2003. p. 44.

¹¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 172. Ainda o mesmo autor nos traz essa reflexão: “Só se nos depara um direito subjectivo quando o exercício do poder jurídico respectivo está dependente da vontade de seu titular. O sujeito do direito subjectivo é livre de exercê-lo ou não. Por isso o direito subjectivo é uma manifestação e um meio de actuação da autonomia privada.” (p. 169).

física, moral e intelectual das pessoas deve ser dada a mesma proteção que é oferecida ao titular de um direito de propriedade ou de crédito, por exemplo.

Outra questão que nos chama a atenção é o fato de o direito subjetivo implicar na idéia de relação jurídica. Sendo o direito da personalidade um direito subjetivo, teríamos uma relação jurídica na qual no pólo ativo figuraria o titular do direito da personalidade e, no pólo passivo, o sujeito passivo universal. Tal concepção ressalta o caráter absoluto dos direitos da personalidade, mas relega a um segundo plano a indisponibilidade desses direitos devido ao fato de não demonstrar qual o seu comportamento quando fora de uma relação jurídica.

Ademais, os direitos subjetivos patrimoniais têm como titulares pessoas e como objeto bens jurídicos externos ao sujeito. Os direitos subjetivos da personalidade, por sua vez, têm como titulares as pessoas e como objeto a própria pessoa. Tal característica criou um impasse que dividiu a doutrina por muito tempo.¹²

2.2 SUPERACÃO DE PARADIGMA: CRÍTICAS À CONCEPÇÃO TRADICIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Um dos principais autores que criticou de forma contundente e que apresentou propostas para a superação da concepção tradicional de direitos da personalidade como direitos subjetivos foi o pensador italiano Pietro Perlingieri.

Este autor afirma que, à matéria dos direitos da personalidade, “[...] não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do ‘ter’. Na categoria do ‘ser’ não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica.”¹³

O autor entende que a tutela da pessoa deve ser ampla, capaz de proteger o sujeito como um todo. Isso seria possível através de um complexo de situações subjetivas existenciais que tutelariam a personalidade enquanto valor fundamental do ordenamento e não mero direito. Não haveria um número fechado de hipóteses previstas enquanto direitos subjetivos a serem tutelados, tutelar-se-ia o valor da pessoa (personalidade) sem limites.¹⁴

Dentre os autores pátrios, ressalte-se o professor Eroulths Cortiano Junior, que também se manifestou criticamente a respeito da concepção tradicional¹⁵ e alertou

¹² “Os autores que primeiramente os admitiram na Alemanha tiveram de vencer a oposição de Savigny, que se insurgia contra a existência de direitos originários, ao considerar falso o princípio de um direito do homem sobre sua pessoa, o qual conduziria, entre outras conseqüências, a legitimar o suicídio.” GOMES, op cit., p. 169.

¹³ PERLINGIERI, op cit., p. 155.

¹⁴ Idem, p. 155-156.

¹⁵ “Jogou-se os direitos da personalidade na mesma vala comum daqueles direitos reais e obrigacionais, com parcas modificações. Tratou-se então estes importantes direitos como um terceiro gênero de direito subjetivo, que se classificava como extrapatrimonial, mas absoluto (e, além disso, com outra diferenciação: direitos inatos ao homem).” CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados

para a necessidade de superá-la.

Destaca-se o trabalho do referido professor, pois apresenta-nos uma nova proposta de superação da concepção tradicional de direitos da personalidade. Segundo Cortiano Junior, o cerne da questão está em garantir à pessoa a possibilidade de afastar de sua esfera privada intrusões prejudiciais, que podem ser cometidas tanto pelo poder político (Estado) quanto por outros particulares (indivíduos).¹⁶

Relembra o autor que, tradicionalmente, a expressão liberdade vincula-se à idéia de uma esfera não violável pelo Estado, enquanto a expressão direito subjetivo vincula-se à idéia de poder do indivíduo de fazer valer, em relação com outros particulares, os direitos que lhe são assegurados pelo direito objetivo, como uma esfera não violável por outros particulares.¹⁷

Com base nisso, o autor sustenta que:

Uma moderna concepção de direito, que leva em conta seu comprometimento social e a valoração dos aspectos existenciais do homem, não pode abrir mão de fazer reencontrar as noções de liberdade pública e direito subjetivo (o que importa no entendimento dos direitos da personalidade como vinculantes do comportamento tanto do Estado como dos particulares) e, também, de dar uma nova roupagem ao tratamento dos direitos subjetivos.¹⁸

Conclui o autor que a dita reunião das noções de direito subjetivo e liberdade pública asseguraria uma ampla proteção à pessoa humana e garantiria os direitos da personalidade como categoria anterior e superior ao Estado¹⁹, devendo ser respeitada e garantida por este, portanto.²⁰

A configuração jurídica dos direitos da personalidade proposta pelo professor Eroulths Cortiano, devido à sua originalidade e à ampla proteção que possibilita assegurar à pessoa humana, parece-nos, como já ressaltamos mais detalhadamen-

direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1998. p. 35.

¹⁶ CORTIANO JUNIOR, op cit., p. 49.

¹⁷ CORTIANO JUNIOR, op cit., p. 48-49.

¹⁸ CORTIANO JUNIOR, op cit., p. 49.

¹⁹ José Antônio Peres Gediel, ao analisar o direito à integridade física, demonstra partilhar dessa posição: "Sob a ótica do direito subjetivo, direito à integridade física significa que o titular detém um poder de oposição em relação aos demais sujeitos, para os quais resulta o dever negativo de não realizar ações lesivas em relação ao corpo de outrem. A par disso, atribui deveres especiais de proteção que recaem sobre seu titular e sobre o Estado." GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba, PR: Moinho do Verbo, 2000. p. 82.

²⁰ CORTIANO JUNIOR, op cit., p. 50.

te em outra oportunidade²¹, a mais adequada para superarmos o paradigma patrimonialista e avançarmos ao paradigma da pessoa humana no que concerne aos direitos da personalidade.

3 O DIREITO (DA PERSONALIDADE) À PRÓPRIA IMAGEM: INTRODUÇÃO SOCIOLÓGICA

O desenvolvimento tecno-científico, notadamente a partir de meados do século XX, trouxe, de modo indubitável, facilidades para o cotidiano da civilização pós-moderna. No entanto, a partir do progresso tecnológico dos meios de comunicação, de entretenimento e de informação, verificou-se um profundo impacto em inúmeros setores da sociedade, principalmente no que tange aos aspectos inerentes à personalidade da pessoa humana.

O referido progresso provoca o surgimento de um sem número de violações legais e discussões jurídicas, o que suscita uma resposta do Direito para os problemas gerados. Desse modo, constata-se que essa evolução dos instrumentos midiáticos estabelece certo desequilíbrio no convívio social e, assim sendo, cabe ao Estado de Direito garantir a coesão harmônica da sociedade, a qual clama pela solução de conflitos decorrentes da vida social.

Os aspectos da integridade moral dos direitos da personalidade tais como a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade sofrem, constantemente, intromissões alheias. Nesse sentido, a tecnologia trouxe consigo forças para tornar a vida particular das pessoas facilmente devassável.

Nesse sentido Rodotà sustenta que “[...] ao lado da percepção, cada vez maior, dos riscos do progresso tecnológico, está a consciência da impossibilidade de deter tal progresso, mesmo se este não se apresenta mais com prognósticos somente positivos.”²² Vale ainda destacar a seguinte passagem deste ilustre autor:

Por vezes, aliás, tem-se a sensação de que cresce a distância entre o velocíssimo mundo da inovação tecnológica e aquele lentíssimo planejamento sócio-institucional. Com muita frequência se percebe a rápida obsolescência das soluções jurídicas que se referem a um único e isolado dado técnico ou problema. Adverte-se desta forma para a necessidade de individualizar princípios, de associá-los a tendências de

²¹WINIKES, Ralph; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. Aspectos controversos dos direitos da personalidade: as concepções e os meios de tutela. In: JORNADA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 11, 2009. *Anais...* Curitiba, PR: Faculdade de Direito UFPR, 2009. p. 113-124.

²²RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2008. p. 41-42.

longo prazo.²³

Torna-se claro que a imagem, no mundo contemporâneo, caracterizado pelo avanço tecnológico, corresponde a uma excelente forma de linguagem, em termos de eficiência, amplamente utilizada nos meios de comunicação de massa, especialmente com objetivos de entretenimento e de publicidade. Logo, a imagem assume valoração econômica indiscutível.

Saliente-se que a imagem, antes mesmo de ter expressão pecuniária, é atributo da pessoa e, por isso, tem valor social. Assim sendo, a imagem está inserida no rol dos direitos da personalidade. Desse modo, a imagem, no cenário contemporâneo, merece atenção especial do Direito e é essencial falar-se de um direito à própria imagem enquanto direito autônomo.

Nesse sentido, Sessarego considera que a imagem “constitui atributo fundamental con el cual se individualiza socialmente la persona. [...] la imagen aparece mayormente como susceptible de aprovechamiento económico de parte de terceros, generalmente com fines publicitarios.”²⁴

O fato de a imagem da pessoa humana assumir, em muitos momentos, uma expressão econômica, não prejudica a sua inserção no rol dos direitos da personalidade, como ensina San Tiago Dantas. Para esse renomado jurista brasileiro, os direitos da personalidade não são extrapatrimoniais, mas sim inestimáveis; isso “[...] quer dizer que eles não têm um equivalente exato em dinheiro. [...] Pelo fato, porém, de não existir equivalente, não quer dizer que se deva abandonar a idéia de praticar um critério de personalidade.”²⁵ Argumenta-se, desse modo, que a imagem não se refere a coisas do patrimônio, como já defendido outrora, e, por isso, não é aceitável que seja reduzida a mera expressão econômica.

3.1 A AUTONOMIA DO DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM

Historicamente, o direito à própria imagem tem estreita relação com outros direitos, tanto que, na sua concepção original, a imagem aparece subordinada a estes outros direitos. São as chamadas teorias vinculativas da imagem²⁶. Essas

²³RODOTÀ, op cit., p. 41-42.

²⁴ SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho a la identidad personal**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992. p. 138.

²⁵ DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Rio, 1974. p.194.

²⁶ A respeito das teorias vinculativas: BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2 ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 1995. p. 90; MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo, SP: Saraiva, 1977. v. 25. p. 68-69; BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem: aspectos fundamentais**. São Paulo, SP: Saraiva, 1989, p.30-51; CUPIS, op cit., p. 129-130; SAVATIER, René. **Le droit de l'art**

teorias vinculam a imagem a outros bens jurídicos, tais como a intimidade, a honra, a identidade e o direito de autor. As teorias vinculativas, portanto, reduzem a imagem a um mero capítulo de outros direitos da personalidade.

As referidas teorias merecem críticas devido ao fato de tratarem a imagem de modo secundário. Com base nessa linha criticável de pensamento, para que houvesse ofensa à imagem, deveria ocorrer a violação de outro bem jurídico, tal como a intimidade ou a honra; portanto, nestes casos, não se cogitava um direito à imagem em si.

Sessarego, ao apresentar uma síntese sobre a evolução do tratamento doutrinário dado ao direito à imagem, nos demonstra que as teorias vinculativas já foram superadas; estaríamos atualmente diante da autonomia do direito à imagem:

La evolución del concepto de derecho a la imagen no ha sido pacífica, sino bien controvertida. [...] Em el primero momento, el derecho a la imagen se lo pretendía mostrar como una 'objetivación'. [...] el derecho tutelaba el retrato como algo separado de la persona misma, como un objeto material Independiente del sujeto. En un segundo instante, se le negó autonomía. [...] la imagen era un bien de la persona digno de protección no por lo que ella misma significaba, sino tan sólo por ser un instrumento que se utilizaba para agraviar el honor, la reputación o, más recientemente la intimidad de la persona. [...] En un tercer momento, em los tiempos que corren, [...] se tutela la imagen, impidiendo que ella captada por cualquier medio, se exponga o divulgue sin el asentimiento de la persona, salvo los casos específicamente consentidos por la ley.²⁷

Orlando Gomes afirma que sob “a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”.²⁸ Faz-se mister entender que a personalidade não existe fora da pessoa, mas sim é parte essencial da própria pessoa humana, e dentre as especificidades dos direitos da personalidade, encontra-se a imagem.

Portanto, à luz da doutrina contemporânea, a imagem merece tutela do Direito enquanto bem jurídico autônomo.²⁹

et des lettres. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953, p. 83: “(...) l’image appartient premièrement à l’intimité de celui qu’elle livre”.

²⁷SESSAREGO, op cit., p. 145-146.

²⁸GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1996. p. 149.

²⁹SESSAREGO, op cit., p. 140: “[...] la imagen es un bien autónomo, digno de tutela jurídica, como sucede

Na contramão da evolução doutrinária e jurisprudencial, aponta-se uma posição conservadora e já ultrapassada do Código Civil Brasileiro de 2002. O artigo 20 do vigente Código Civil dispõe que somente ocorrerá ofensa à imagem se for verificada a violação à honra, à boa fama ou a respeitabilidade³⁰. Logo, pela simples leitura desse artigo, constata-se que a violação da imagem está condicionada a transgressão do direito à honra.

Nas palavras de Gustavo Tepedino, no sistema do Código Civil, o referido dispositivo

[...] limitar-se-ia a reputar abusivo o uso da imagem quando se viola a honra [...] ou quando se destina a fins comerciais, o que restringiria a tutela autônoma à imagem à sua utilização com fins comerciais. Dito diversamente, no sistema do Código Civil, só configuraria verdadeira violação da imagem o seu uso comercial não autorizado, uma vez que, na outra hipótese, o que é objeto de tutela é a honra.³¹

O referido posicionamento retrógrado do nosso atual Código Civil, por óbvio, não deve prevalecer. Caberia aqui uma leitura constitucional³² do dispositivo mencionado como modo de ressaltar a autonomia do direito à própria imagem e a superação definitiva das teorias vinculativas. A Carta Constitucional Brasileira, em seu artigo 5º, X,³³ assegura a inviolabilidade da imagem em si, ao lado da inviolabilidade de outros bens jurídicos, tais como a intimidade e a honra. Não submete a Constituição, a proteção da imagem à violação de qualquer outro bem jurídico.

Percebe-se, assim, da simples leitura do dispositivo constitucional, a opção do constituinte pela autonomia do direito à própria imagem. Ressalte-se que o Pro-

con todos los derechos de la persona [...]”.

³⁰ Artigo 20, caput, Código Civil de 2002: “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que lhe couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.” (Grifou-se)

³¹TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin; BARBOZA, Heloisa Helena. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2007. v. 1. p. 55.

³²A respeito da Constitucionalização do Direito Civil: “Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).” LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, 1999, p. 100.

³³ Art. 5º, X, CF/88 – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

jeto que resultou no Código Civil de 2002 data da década de 1970, o que poderia justificar, ao menos em parte, a flagrante defasagem doutrinária da Lei Civil em relação à Constituição.

Ao concebermos o direito à própria imagem como um direito autônomo, estaríamos oferecendo uma proteção mais ampla à pessoa humana, adequando-o aos demais direitos da personalidade, superando-se, assim, o paradigma patrimonialista. Num sistema no qual se firma como princípio-reitor a dignidade da pessoa humana, a autonomia do direito à própria imagem, mais do que interessante, se mostra necessária.

4 A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO PARADIGMA DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 admitiu, de modo expresse, os direitos personalíssimos e os chamados danos morais. Conforme ensinamentos de Mota Pinto³⁴, para citar apenas este autor, os referidos direitos visam à proteção de bens jurídicos essenciais da pessoa, relativos à personalidade, e, ao mesmo tempo, não os vincula à apreciação pecuniária.

Conjugando a disciplina constitucional dos referidos direitos com a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, compreende-se, então, a pessoa humana como vértice do ordenamento jurídico, como valor social que deve ser protegido e respeitado pelo Estado de Direito. A posição à qual foi elevada a pessoa humana na atual ordem constitucional faz com que esta não se satisfaça com a tutela tradicionalmente oferecida aos direitos da personalidade.

O caráter patrimonialista do direito brasileiro que, conforme demonstrado supra, tanto influenciou na determinação de uma concepção de direitos da personalidade, também exerceu forte influência no que concerne à tutela dos referidos direitos.

O ilustre professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti aponta que o dano sempre foi suscetível de apreciação pecuniária, o que motivou, no passado, uma noção patrimonialista de ressarcimento.³⁵

O dano causado pela violação de um dos direitos da personalidade é chamado de não-patrimonial, ao passo que não pode ser expresso em dinheiro, porém, normalmente é sancionado pela imposição do ressarcimento pecuniário, através da responsabilização civil daquele que causou o dano.

Percebe-se, então, o caráter essencialmente patrimonialista da responsabili-

³⁴ MOTA PINTO, op cit., p. 207.

³⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las normas fundamentales de Derecho Privado**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995. p. 387.

dade civil, a qual normalmente objetiva a reparação do dano não-patrimonial já causado, através da fixação de uma quantia em dinheiro.³⁶

Os direitos da personalidade, devido a sua já ressaltada importância, carecem de uma tutela preventiva³⁷, que evite que o dano chegue a ser causado.

Pelo fato de haver hipóteses em que não é possível valer-se da tutela preventiva da personalidade, ou seja, situações em que o dano à pessoa já foi causado, faz-se importante refletir acerca da tutela repressiva dos direitos da personalidade. No Brasil, essa tutela repressiva da personalidade é realizada através da figura do dano moral.

Lorenzetti, ao tratar do assunto nos explica que “el daño moral es el resarcimiento concedido por los sufrimientos, las molestias, las heridas en las afecciones. Es el dolor físico, el padecimiento del ánimo.”³⁸

O referido autor defende que essa idéia de dor, para configuração de dano moral, se mostra superada, na medida em que se reconhece um “patrimônio moral” da pessoa, o qual, em verdade, corresponderia à personalidade humana e seus aspectos, tais como a honra, a imagem, a intimidade e a integridade física.

Desse modo, Lorenzetti argumenta que já é “[...] difícil hablar de daño moral. En la mayoría de los supuestos la lesión moral no define la cuestión de la admisibilidad del resarcimiento, que em algunos casos se produce daño moral por la sola violación formal de un derecho subjetivo. Comienza a hablarse de daño a la persona.”³⁹

Da leitura analítica deste trecho, pode-se identificar a passagem do dano moral para o conceito de dano extrapatrimonial objetivo, ou seja, não se faz mais necessária a demonstração de conseqüências danosas; defende-se, nesse âmbito temático, que há dano como resultado da lesão em si. A verificação do dano é objetiva, pelo simples fato da ocorrência de violação do direito. É o que Lorenzetti chama de “autonomía del daño a la persona.”⁴⁰

Conclui o autor, deste modo, que é inadequado falar-se em dano moral; acredita-se que a denominação mais acertada seria dano extrapatrimonial objetivo, na medida em que se constata o dano a partir da simples violação do direito da per-

³⁶ Eroulths Cortiano Junior nos chama a atenção para o fato de que a tutela da personalidade, no âmbito do direito privado, tradicionalmente “[...] só se encontrava (e mesmo aí apenas recentemente) na idéia de reparação do dano, através da responsabilização civil do agente causador de um evento danoso.” CORTIANO JUNIOR, op cit., p. 34.

³⁷ Não cabe, aqui, discorrermos acerca da tutela preventiva dos direitos da personalidade. Outrora já concluímos que o instrumento mais adequado à tutela preventiva dos direitos da personalidade seria a ação inibitória antecipada. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 249-268; ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

³⁸ LORENZETTI, op cit., p.389.

³⁹ Idem, p. 391.

⁴⁰ Idem, p. 3

sonalidade em si, por se tratar de uma situação subjetiva existencial, e não patrimonial. Nesse sentido, deve-se dispensar a demonstração de dor, constrangimento ou sofrimento para a configuração de dano moral, importando estes elementos apenas para a fixação da verba indenizatória.

Expressando de forma bastante clara o entendimento ora defendido, o Ministro Ruy Rosado Aguiar, em voto proferido no Recurso Especial nº 46.420-0/SP, assim se manifestou: “Alegou-se a inexistência de prejuízo, indispensável para o reconhecimento da responsabilidade civil das demandas. Ocorre que o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só aí já está o dano moral.”⁴¹

4.1 A TUTELA DO DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE

Diante do exposto, podemos afirmar que a transgressão ao direito à própria imagem implica, automaticamente, em dano extrapatrimonial, podendo, ou não, gerar dano patrimonial, conforme seja este comprovado.

Logo, a divulgação desautorizada da imagem de um indivíduo, sem se enquadrar nas exceções dessa proteção⁴², acarreta em violação ao direito à imagem e produz dano per se – *in re ipsa* –, sendo, por isso, um direito autônomo da personalidade. Se também houver ofensa à honra ou à intimidade, isso importa para a extensão do dano extrapatrimonial e para a quantificação do montante compensatório.

Demonstrado que a concepção do dano extrapatrimonial objetivo – autonomia do dano – é o meio de tutela jurídica mais adequado aos direitos da personalidade na contemporaneidade, verificaremos, a seguir, a aplicação deste conceito em alguns julgados:

Agravo Regimental no Agravo nº 162.918/DF
Direito à imagem – violação – Ação de reparação de danos morais.
Evidenciada a violação do direito à imagem, resulta daí o dever de indenizar os danos morais sofridos, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo.⁴³

⁴¹ REsp nº 46.420-0/SP, Relator Ministro Ruy Rosado Aguiar, julgado em 12/09/1994. in: RSTJ nº 68, p. 358-366.

⁴² O direito à imagem deve ser excepcionado nas situações concernentes: a) à manutenção da ordem pública e da administração da justiça; b) se disser respeito ao interesse real da sociedade; c) caso seja uma imagem captada em multidão, que apenas tenha o objetivo de retratar a paisagem, e não as pessoas que compõem a figura. Artigo 20, caput, Código Civil.

⁴³ Agravo Regimental no Agravo nº 162.918/DF, Relator: Ministro Barros Monteiro, julgado em 06.06.2000;

Apelação Cível nº 0020076-90.2007.8.19.0003/RJ
[...] O dano moral, por conseguinte, se faz presente, sendo perfeitamente cabível, assim, a reparação aos autores, como bem remarcado pelo Min. Sálvio de Figueiredo, no Resp 267.529 que, em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral).⁴⁴

Como observamos o dano provocado à imagem da pessoa humana constitui hipótese de dano in re ipsa, ou seja, a simples utilização da imagem do indivíduo, sem o seu consentimento, já configura lesão a este direito da personalidade.

Apesar das decisões aqui colacionadas demonstrarem uma abertura do judiciário para o entendimento do dano extrapatrimonial objetivo e, uma conseqüente evolução da jurisprudência brasileira no que concerne à tutela dos direitos da personalidade, devemos atentar para o fato de que as referidas decisões ainda fazem parte de uma corrente minoritária, razão pela qual devemos continuar trabalhando no sentido de enquadrar, definitivamente, a tutela dos direitos da personalidade no paradigma da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

O percurso teórico até aqui desenvolvido nos permitiu esboçar algumas conclusões que, longe de pretender esgotar o tema, apresentam-se como meras opções teóricas.

Percebemos ao longo do trabalho a necessidade de se superar aquele paradigma patrimonialista que prendia os direitos da personalidade a uma roupagem própria dos direitos patrimoniais e os tutelava tardiamente através do ressarcimento pecuniário.

No que concerne à configuração jurídica dos direitos da personalidade, pareceu-nos mais oportuna aquela proposta que defende uma reunião das noções de direito subjetivo e liberdade pública, como modo de assegurar uma ampla proteção à pessoa humana e de garantir os direitos da personalidade como categoria

in Revista de Direito Privado nº 06, p. 257/258.

⁴⁴ Apelação Cível nº 0020076-90.2007.8.19.0003/RJ, Primeira Câmara Cível, Relator: Desembargador Maldonado de Carvalho, julgado em 23 de março de 2010. Disponível em: <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003D8A8A60DB091A130AC512F1641702EB709C4023B0B4F>

anterior e superior ao Estado.

No que tange à imagem, deve esta ser considerada bem jurídico autônomo, ao lado do direito à honra, do direito à intimidade e do direito de autor. Por isso, erra o Código Civil brasileiro, ao estabelecer uma relação de subordinação da imagem em relação ao direito à honra.

As demandas negociais do mundo atual, notadamente na esfera da publicidade, e o fenômeno da globalização, que imprime extrema velocidade na comunicação, requerem a transmissão de mensagens rápidas, possibilitadas pelo uso da imagem como linguagem. Desse modo, a imagem, no cenário contemporâneo, merece atenção especial do Direito e é essencial falar-se de um direito à própria imagem enquanto direito autônomo.

Por fim, cabe lançar a reflexão de que o paradigma patrimonialista do Direito Civil brasileiro, no que diz respeito à tutela dos direitos da personalidade, apenas será definitivamente superado pelo paradigma que situa a pessoa humana no vértice do ordenamento jurídico, quando se admitir plenamente nos tribunais a aplicação do conceito de autonomia do dano à pessoa humana (dano extrapatrimonial objetivo), servindo a extensão do dano tão somente para se fixar o quantum indenizatório.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

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

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 1995.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1998, p. 31-56.

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

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Rio, 1974.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2003. p. 35-60.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2000.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba, PR: Moinho do Verbo, 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1979.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, p. 99-109, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las normas fundamentales de Derecho Privado**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1998. p. 87-114.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo, SP: Saraiva, 1977. v. 25.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3.

ed. Rio de Janeiro, RJ: Borsoi, 1970. Tomo VII.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2008.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Teoria Geral do Direito Civil**. Tradução de Manuel de Aragão. Coimbra: Atlântida Editora, 1967.

SAVATIER, René. **Le droit de l'art et des lettres**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho a la identidad personal**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2007. v. 1.

WINIKES, Ralph; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. Aspectos controversos dos direitos da personalidade: as concepções e os meios de tutela. In: JORNADA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 11, 2009. Curitiba, PR: Faculdade de Direito UFPR, 2009. p. 113-124.

Recebido em: 31 Março 2010

Aceito em: 07 Maio 2010