



A Proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal

DOMINGOS FRANCIULLI NETTO
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Sumário: 1. Conceito e generalidades. 2. Teorias sobre o tema. 2.1 Teoria negativista. 2.2 Teoria da subsunção do direito à própria imagem ao direito à honra. 2.3 Teoria do direito à própria imagem como manifestação do direito ao próprio corpo. 2.4 O direito à própria imagem como expressão do direito à intimidade ou reserva à vida privada. 2.5 O direito à própria imagem como espécie do direito à identidade pessoal ou teoria da identidade. 2.6 O direito à própria imagem e o direito à liberdade. 2.7 Teoria do patrimônio moral da pessoa. 2.8 Teoria do direito autônomo à luz do direito positivo brasileiro. 3. Direito comparado – Breve esboço sobre o direito à imagem em legislações alienígenas. 3.1 Alemanha. 3.2 Argentina. 3.3 Áustria. 3.4 Bélgica. 3.5 Espanha. 3.6 Estados Unidos da América. 3.7 Grã-Bretanha. 3.8 Itália. 3.9 Japão. 3.10 México. 3.11 Portugal. 3.12 Suíça. 3.13 Uruguai. 4. Direito à imagem nos textos universais. 5. Direito à imagem no direito positivo brasileiro. 6. Caracteres inerentes ao direito à imagem. 7. Compreensão, limites e autorização para a produção e divulgação da imagem. 8. O direito à imagem e o entendimento dos tribunais.

1. Conceito e generalidades

Poucos, como o saudoso professor universitário e desembargador paulista Walter Moraes, trataram da matéria com tanta precisão. Dele extrai-se a extensão e profundidade do conceito de imagem:

“Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito. A idéia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade. A cinematografia e a televisão são formas de representação integral da figura humana. De uma e de outra pode dizer-se, com De Cupis, que avizinham extraordinariamente o espectador da inteira realidade, constituindo os mais graves modos de representação no que tange à tutela do direito. Não falta quem inclua no rol das modalidades figurativas interessantes para o direito, os ‘retratos falados’ e os retratos literários, conquanto não sejam elas expressões sensíveis e sim intelectuais da personalidade. Por outro lado, imagem não é só o aspecto físico total do sujeito, nem particularmente o semblante, como o teriam sustentado Schneickert e Koenig. Também as partes destacadas do corpo, desde que por elas se possa reconhecer o indivíduo, são imagem na índole jurídica: certas pessoas ficam famosas por seus olhos, por seus gestos, mesmo pelos seus membros.”¹

Para o preclaro Uadi Lammêgo Bulos, *“trata-se de uma noção ampla, que inclui os traços característicos da personalidade, fisionomia do*

¹ MORAES, Walter. Direito à própria imagem I. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972, p. 64, *et seq.*

*sujeito, ar, rosto, boca, partes do corpo, representação do aspecto visual da pessoa pela pintura, pela escultura, pelo desenho, pela fotografia, pela configuração caricata ou decorativa. Envolve, também, a imagem física, a reprodução em manequins e máscaras, por meio televisivos, radiodifusão, revistas, jornais, periódicos, boletins, que reproduzem, indevidamente, gestos, expressões, modos de se trajar, atitudes, traços fisionômicos, sorrisos, aura, fama etc*².

O direito à imagem compreende, portanto, todas essas formas de exteriorização, incluídos o molde, os gestos e a voz. Reina certa controvérsia quanto à caricatura. Explicita Pontes de Miranda: *“a caricatura mais tem por fim efeito cômico que efeito identificativo. Porém nem um nem outro feriu o ponto: a caricatura é a imagem do que se reflete, da fisionomia ou do todo humano, na psique do caricaturista; é a imagem de imagem; pode bem acontecer que apanhe mais do que a fotografia e obtenha exprimir mais do que o retrato a óleo ou a lápis. Mas, por isso mesmo que se tira da imagem interior, não pode opor-se à sua feitura o caricaturado. Se ofende à honra, ou a outro direito, é outra questão. Todavia – e esse é o ponto principal – a caricatura de grande valor identificativo não pode ser atribuída a outrem, ofendendo a identidade pessoal; estaria violado o direito de personalidade à própria imagem. A afirmativa de que a caricatura só diz respeito o direito à própria imagem quando a identidade pessoal está em causa implica que se não precise do consentimento do caricaturado para se fazer caricatura; portanto sem razão estavam H. Keyssner (Das Recht am eigenen Bilde, 33) e J. Kohler (Das Individualrecht als Namenrecht, Archiv für Bürgerliches Recht, V, 88, Das Eigenbild im Recht, 16) quando equiparam a caricatura à fotografia*³.

Conquanto o direito de imagem expira-se com o falecimento da pessoa, há reflexos oriundos da lesão *post mortem*, tutelados

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146.

³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. Parte Especial, Tomo VII, § 738, “Direito à própria imagem”, p. 62, *et seq.*

pelo direito positivo, ensejando, comprovada a ofensa, aos sucessores legais do defunto, indenização por danos materiais e morais, conforme o caso. Daí por que a preservação da imagem do *de cuius*, salvo as excludentes permitidas pelo sistema, é de rigor, não só por respeito à memória dos mortos, como também pelo desconforto e prejuízo que violações desse jaez poderão ocasionar ao cônjuge supérstite, aos descendentes e ascendentes⁴.

2. Teorias sobre o tema

Reproduzo as teorias que procuram explicar o fundamento jurídico da moderna proteção do direito à imagem, ficando-me notadamente no substancioso artigo de Manuel Gitrama González, publicado na *Nueva Enciclopedia Jurídica*⁵ e no consagrado trabalho retrocitado do saudoso Walter Moraes.

Tais teorias, em breve resumo, são as seguintes:

2.1 Teoria negativista. As doutrinas que, em maior e menor expressão, negaram a existência do direito à própria imagem encontram-se de há muito superadas. Nessa corrente estão incluídos Schuster, Kohler, Gallempkamp, Coviello, Rosmini, Piola Caselli, Venzi e Pacchioni⁶.

Nos dias correntes, ninguém põe em dúvida o direito do efigiado, independentemente do direito do artista ou daquele que, pelos diversos modos possíveis, elabora seu retrato ou sua imagem.

2.2 Teoria da subsunção do direito à própria imagem ao direito à honra. Essa tendência considera merecedora de proteção não exatamente o direito à própria imagem, mas sim tal direito como faceta ou fruto

⁴ O magistrado paulista Alcides Leopoldo e Silva Junior, em sua monografia “A pessoa pública e o seu direito de imagem”, Ed. Joarez de Oliveira, 2002, abre um item para tratar da “máscara mortuária”, negativos, radiografia e “fotografia da aura”, quanto à última, referindo-se às experiências desenvolvidas pelo doutor Hippolyte Baraduc, p. 70, *et seq.*

⁵ GONZÁLEZ, Manuel Gitrama. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1962. Tomo XI, p. 301, *et seq.*

⁶ *ibid.*, p. 320.

do direito à honra, que pode ser ofendido de diversos modos, não só com a fotografia não-consentida, como suas reproduções não-autorizadas, sem olvidar as hipóteses em que a figura é exteriorizada ou apanhada em atitude inconveniente⁷.

A crítica a essa teoria é a de que nem sempre há estrita dependência entre o bem jurídico da honra e o bem jurídico da imagem. Assim, pode haver ofensa a um sem necessariamente ocorrer ofensa a outro.

2.3 Teoria do direito à própria imagem como manifestação do direito ao próprio corpo. Em breve resumo, para essa teoria, a imagem é extensão do direito sobre o próprio corpo. O direito à imagem está em relação ao corpo assim como o direito ao nome está em relação à pessoa. A proteção do sistema ao direito exclusivo sobre o próprio corpo igualmente se espalha sobre a refiguração técnica do mesmo corpo⁸.

A objeção mais congruente que se faz a essa teoria é a de que se não pode, a rigor, comparar uma lesão corporal a uma ofensa à imagem ou à sua reprodução arbitrária e indevida.

2.4 O direito à própria imagem como expressão do direito à intimidade ou reserva à vida privada. O direito à imagem está ligado à idéia maior de proteção à intimidade (*right of privacy* do direito anglo-americano ou *del diritto alla riservatezza* da doutrina italiana).

Há de ser reservado, como princípio geral, o direito de cada um para limitar a seu arbítrio a difusão de sua própria imagem. A arbitrária divulgação penetra na órbita reservada de nossa atividade e vontade. Com exceção de casos excepcionais, tais como, necessidades sociais, deve-se de ordinário coarctar a liberdade de usar da imagem de outrem sem o consentimento do efigiado⁹.

A restrição comumente feita a essa teoria fundamenta-se precipuamente nos mesmos argumentos expostos quando se tratou da teoria

⁷ *id. ibid.*, p. 320.

⁸ *id. ibid.*, p. 325.

⁹ *id. ibid.*, p. 327, *et. seq.*

que subsume o direito à própria imagem ao direito à honra, à qual se acrescenta que, caso queira admitir-se o direito à própria imagem exclusivamente como expressão do direito à intimidade, obviamente esvaziar-se-ia o objeto próprio que é o direito à imagem. Como remata, no particular, Walter Moraes, seria inútil teorizar sobre o direito à imagem caso a teoria ora examinada lograsse o êxito que espera¹⁰.

2.5 *O direito à própria imagem como espécie do direito à identidade pessoal ou teoria da identidade.* Neste subitem, há um paralelismo entre a imagem e o nome das pessoas, pois ambos possuem a transcendental função identificadora do ser humano. A maioria dos estudiosos reconhece a superioridade da imagem sobre o nome, e, a exemplo disso, há imperiosa necessidade de expressa regulamentação jurídica de um e de outro. Não há duvidar que, ao reverso do que acontece com a homonímia, não há duas pessoas naturais iguais, por mais parecidas que possam ser. Segundo ponderou Keyssner, *apud* Gitrama González, “*es imaginable una persona sin nombre, pero no sin fisonomía*”¹¹.

A imagem é a própria individualização figurativa de uma pessoa. O retrato da pessoa faz as vezes de verdadeira senha a identificar de pronto o indivíduo, distinguindo-o dos demais. Daí por que confere a seu titular todos os meios de defesa e composição contra ataques ou divulgações não-autorizadas, injustas ou distorcidas.

A imagem se exterioriza pelos sinais identificadores naturais e artificiais. Os primeiros dizem respeito ora à contextura psíquica, ora à corporal ou física do indivíduo. São os caracteres morfológicos e cromáticos que, em suma, exteriorizam a individualidade da pessoa. Distinguem-se dos artificiais porque aqueles, ao contrário destes, mantêm-se, do ponto de vista ontológico, inalteráveis, apesar do desenvolvimento do ser (DNA, sinais datiloscópicos, tipo sanguíneo etc.).

¹⁰ MORAES, Direito à própria imagem I, p. 71.

¹¹ GONZÁLEZ, *op cit.*, p. 307.

O direito à imagem é, pois, expressão do direito à individualidade¹².

A crítica a essa teoria, oposta por Walter Moraes, centra-se no fato de que reduzir essa teoria a apenas um componente da identidade menos não fora do que incorrer nos mesmos erros das teses que procuram enxergar na imagem apenas a honra e a intimidade. A um tempo, não é possível denegar o valor autônomo ao bem da imagem, como também ocorreriam invencíveis obstáculos na área da experiência, *“por que se atribuiria a alguém o direito de exigir reparação ou cessação do fato, a quem lhe expusesse ou reproduzisse ou difundisse um retrato autêntico, se não houve usurpação de identidade nem, portanto, violação de direito à identidade?”*¹³

2.6 *O direito à própria imagem e o direito à liberdade.* A autorização para a divulgação ou exposição da própria imagem enfeixa-se no poder de autodeterminação que cada um possui, que, sem dúvida, ficaria ferido se fosse vulnerado contra a vontade de seu titular. Em outras palavras, à pessoa deve-se reservar plena liberdade de autorizar ou não o uso de seu retrato. A pessoa tem plena liberdade de escolher se seu retrato deve ou não ser veiculado, ainda que em exposições em recintos abertos ou fechados. Enfim, não é a qualquer um que interessa ver sua imagem reproduzida em diversos locais, até em jornais e revistas.

A exemplo do já observado em relação a outras teses, a liberdade não é objeto do direito à imagem. A divulgação não-consentida do retrato não constitui ato que tenha ferido a liberdade do efigiado, mas, sim e de forma preponderante, a faculdade que essa pessoa tem de dispor ou não de sua imagem. A outra dicção que se pode fazer, na mesma esteira, é a de que a liberdade aí entra como aspecto meramente circunstancial e não, repita-se, como objeto do direito à imagem.

2.7 *Teoria do patrimônio moral da pessoa.* Reproduz, com a fidelidade de sempre, essa teoria o mestre Walter Moraes:

¹² *ibid.*, p. 325, *et. seq.*

¹³ MORAES, Direito à própria imagem I, p. 72.

“O direito à própria imagem é coisa capaz de integrar, juntamente com outros atributos da personalidade, o patrimônio moral do indivíduo. A idéia que o nome desta corrente sugere, é fundamentalmente procedente. Porém, deve fazer-se alguns reparos: a) o recurso à metáfora ‘patrimônio’ denota per si a pouca precisão teórica que a envolve; b) pelo que ressalta da exposição de Gitrama González, que parece aceitá-la, é teoria ainda vazia, carente de conteúdo conceitual determinado; em tese, ela serviria bem a qualquer direito de personalidade; o próprio González reconhece nela uma ‘moderna tese, ainda não bem amadurecida’; c) acresce que, segundo ela, para o ‘patrimônio moral’ da pessoa vai o direito à imagem, não a mesma imagem, objeto de um direito; o erro, do nosso ponto-de-vista, é metódico e conceitual, pois é a imagem o bem jurídico que integra a personalidade; sobre a conduta tendente a este bem é que a ordem normativa do direito deita disciplina, sem necessidade de buscar paradigma na figura das categorias patrimoniais.”¹⁴

2.8 Teoria do direito autônomo à luz do direito positivo brasileiro. No direito constituído brasileiro, a contar de 1988, foi consagrada autonomia plena do direito à imagem, como oportunamente será examinado neste estudo.

3. Direito comparado – Breve esboço sobre o direito à imagem em legislações alienígenas

3.1 Alemanha. A matéria está disciplinada na Lei do Direito do Autor, de 9 de janeiro de 1907, bem como na Lei de 9 de setembro de 1965. Apresenta como traço fundamental a proibição de divulgação ou exibição em público da imagem sem consentimento do efigiado. Abre exceções para as hipóteses de: a) penetração na esfera da história contemporânea; b)

¹⁴ Id., p. 74.

aparecimento do retrato como mero acessório de uma paisagem ou de uma multidão ou pelo menos de um razoável grupo de pessoas; c) participação de reuniões, cortejos ou acontecimentos similares de um grupo de pessoas interessadas; d) confecção sem encomenda, desde que a divulgação e exposição sirvam a um interesse artístico superior.

Essas exceções não abarcam as hipóteses em que haja uma iniludível ofensa ou lesão a interesse legítimo do retratado ou, se falecido, de seus familiares. Por derradeiro, a lei tedesca não proíbe a reprodução, a divulgação e a exposição pública, patrocinada pelas autoridades competentes, para fins de realização da justiça ou em nome da segurança pública.

3.2 *Argentina*. A matéria encontra-se disciplinada na Lei n. 11.723, de 28 de setembro de 1933, particularmente em seu artigo 31, que consagra o mesmo princípio central alemão. Deixa claro que o consentimento tem que ser expresso e na falta do titular por morte, essa faculdade passa ao cônjuge e aos descendentes diretos daquele; na falta deste, ao pai e à mãe do titular primevo. Estabelece que, na ausência de tais parentes, a publicação é livre. Estatui ainda a revogação do consentimento, sem prejuízo do ressarcimento dos danos e prejuízos. Excetua as hipóteses da publicação com fins científicos, didáticos, culturais ou com acontecimentos de interesse público, desde que ocorridos em público.

3.3 *Áustria*. O artigo 78 da Lei da Propriedade Intelectual, de 9 de abril de 1936, modificada em 14 de julho de 1949 e em 8 de julho de 1953, igualmente proíbe a exposição pública e a difusão de retratos em locais de acesso público, se de tal maneira houver prejuízo da pessoa representada ou de algum parente próximo, sem prévia autorização, específica para a publicação. Tais parentes próximos são das linhas ascendentes ou descendentes e o cônjuge supérstite.

3.4 *Bélgica*. A Lei Belga de Propriedade Intelectual, de 22 de março de 1886, em seu artigo 20, dispõe que nem o autor nem o proprietário de um retrato tem o direito de reproduzi-lo, incluída a exposição pública, sem o

consentimento da pessoa efigiada ou de seus sucessores durante 20 anos a partir da morte.

3.5 *Espanha*. Dois diplomas legais avultam de importância quanto à proteção do direito à imagem na Espanha. Na dicção do artigo 18 de sua respectiva Constituição, de 26 de dezembro de 1978, “*é garantido o direito à honra, à intimidade da pessoa e família e à própria imagem*”. A Lei Orgânica n. 1 de 1982, do mesmo país, por seu turno, em seu artigo 7º, considera intromissão ilegítima, no âmbito da proteção dessa lei, a captação, reprodução ou publicação por fotografia, filme ou qualquer outro procedimento da imagem de uma pessoa em lugares ou momentos de sua vida privada ou fora deles, salvo as expressões legais. De outra parte, igualmente, não é permitida a utilização do nome, da voz ou da imagem de uma pessoa para fins publicitários, comerciais ou de natureza análoga.

3.6 *Estados Unidos da América*. A legislação federal veda o uso do retrato de pessoa viva como marca industrial e nos papéis de banco.

A *Cahill's Law* de 1930, do Estado de Nova Iorque, no Capítulo 7, estabelece em seu parágrafo 50 que é passível de delito quem se utiliza para sua publicidade ou o seu comércio o nome, o retrato ou a imagem de uma pessoa viva sem prévio consentimento dela ou de seus pais ou tutores se menores de idade.

O parágrafo 51 autoriza os fotógrafos profissionais a exporem os retratos que possuam como mostras de seu trabalho, mesmo fora de seus estúdios, a menos que haja proibição por escrito do modelo.

3.7 *Grã-Bretanha*. A Lei Inglesa sobre Propriedade Intelectual, de 7 de novembro de 1956, e a nova lei do Reino Unido, de 23 de julho de 1958, estabelecem que, se uma pessoa contrata um retrato (fotografia, pintura, gravura etc.) e paga ou se obriga a pagar em dinheiro ou o seu equivalente monetário e a obra realizada é fruto desse contrato, o comitente terá todos os direitos autorais sobre ela com base na referida lei.

3.8 *Itália*. O Código Civil Italiano, em seu artigo 10, permite que, a requerimento do interessado, seja obstada a exposição pública

da fotografia de uma pessoa, de seus pais, cônjuge ou filhos menores de idade, fora as exceções legais, quando haja prejuízo ao decoro ou à reputação da pessoa fotografada ou de seus parentes.

A Lei sobre o Direito do Autor, de 22 de abril de 1941, estabelece, em seu artigo 96, a mesma restrição no que se refere à exposição, reprodução ou comércio. Depois de morta a pessoa retratada, faz-se necessário o consentimento do cônjuge ou dos filhos ou, em sua falta, dos pais. Na ausência de todos eles, compete tal direito aos ascendentes e descendentes, até o quarto grau. Dissentindo as pessoas, intervirá a autoridade judicial, ouvido o Ministério Público. Em qualquer hipótese, sempre será respeitada a vontade do defunto, quando manifestada por escrito.

O artigo 97 abre mão da necessidade do consentimento quando a reprodução for justificada pela notoriedade da pessoa, por ocupar cargo público, por necessidade da justiça, por fins científicos, didáticos ou culturais. Igualmente, quando se refira a fatos, acontecimentos, cerimônias de interesse público ocorridas em público. De qualquer maneira, a exibição não pode ser feita quando implicar prejuízo à honra, à reputação ou ao decoro da pessoa efigiada.

Por derradeiro, os retratos realizados por encomenda onerosa podem ser reproduzidos pela pessoa efigiada, por seus sucessores ou cessionários sem o consentimento do fotógrafo, salvo o pagamento a este último por quem se utiliza comercialmente da reprodução, de uma quantidade adequada. Deve ser indicado o nome do fotógrafo, se constante da fotografia original.

3.9 Japão. O direito japonês, por meio de lei de 4 de março de 1899 e ulteriores modificações, dispõe que o direito do autor sobre um retrato fotográfico realizado às custas de um terceiro a este pertencerá.

3.10 México. A moderna Lei Mexicana de Propriedade Intelectual, de 29 de dezembro de 1956, reza em seu artigo 13 a proibição da publicação do retrato sem o conhecimento do retratado e, depois de sua morte, sem o dos ascendentes, filhos e outros descendentes, até o segundo grau. O

consentimento pode ser revogado até a publicação, desde que pagos os prejuízos que daí poderão ocorrer. Abre exceção para a publicação para fins educativos, científicos, culturais ou de interesse geral ou ainda se referente a acontecimento atual e que se deu em público, sempre que não tenha caráter infamante. Os fotógrafos profissionais podem expor as fotos de seus modelos como mostras de seu trabalho quando não se oponha a isso nem um dos interessados supramencionados.

3.11 Portugal. No direito português, a imagem está amparada no artigo 26 de sua Constituição e a Lei n. 2/99, de 3 de janeiro, demarca, para o exercício da imprensa, como limite a imagem e a palavra dos cidadãos, a par de haver capitulação expressa no Código Penal Português, em seu artigo 192, que estipula pena de um ano e multa de até 240 dias para quem captar, fotografar, filmar, registrar ou divulgar imagens das pessoas ou de objetos ou espaços íntimos. Há também amparo no direito tanto no Código Civil Português, que vigora a partir de junho de 1967, como em outros diplomas, como, por exemplo, o Decreto-lei n. 330/90, de 23 de outubro, que trata do código da publicidade.

3.12 Suíça. O sistema legal suíço, em linhas mestras, não difere dos demais quanto ao direito do autor e ao consentimento do retratado. O artigo 28, parágrafo 1º, do Código Civil, prevê que quem sofre um ataque ou uma lesão ilícita em seus interesses pessoais pode solicitar ao juiz a sua cessação.

3.13 Uruguai. A Lei Uruguia sobre Propriedade Intelectual, de 17 de dezembro de 1937, em seu artigo 20, a exemplo de outras, estabelece que cabe à pessoa retratada em obra artística os respectivos direitos, desde que a obra tenha sido contratada com encargo financeiro. No mais, quanto ao consentimento e a possibilidade de reparação, não difere das demais, nem mesmo no que tange às exceções.

4. Direito à imagem nos textos universais

Na esteira do conciso e bem elaborado apanhado de Arnaldo Siqueira de Lima¹⁵, é de se evidenciar a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948¹⁶, como marco inicial indelével da proteção dos direitos do homem, sem vezos de interesses internos, mas sim com a preocupação de princípios de cunho universal¹⁷. Conquanto sem nenhuma referência explícita, protegido o direito do homem, de modo amplo e irrestrito, sem dúvida aí também nasceu o primeiro texto a velar pela proteção à imagem.

Em seguida, pode ser lembrado o Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966, ao consagrar, inspirado no artigo 12 da declaração de 1948, que toda pessoa terá direito à liberdade de expressão, receber e difundir informação de qualquer natureza, ressalvado o respeito à reputação das demais pessoas. O mesmo autor acima citado ilustrou seu texto, chamando à colação a lição de Ana Azurmendi Adarraga, no sentido de que a Resolução n. 2.450, de 19 de dezembro de 1968, da Assembléia-Geral das Nações Unidas, é um forte indício de que o direito à imagem está implicitamente reconhecido no art. 19 do pacto internacional de 1966¹⁸.

¹⁵ LIMA, Arnaldo Siqueira. *O direito à imagem: proteção jurídica e limites de violação*. Brasília: Universa, 2003, p. 47, *et seq.*

¹⁶ O art. 12 desse texto é o seguinte: “ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência nem a ataques à sua honra e reputação”.

¹⁷ É despidendo esclarecer que a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi precedida de textos e de doutrinas que remontam à Antigüidade. Sidney Cesar Silva Guerra (cf. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21, *et seq.*) elabora sucinto, mas interessante apanhado das origens primeiras dos direitos fundamentais da pessoa, desde o Egito e Mesopotâmia, lembrando o Código de Hamurabi, Código de Ur-Namu, Budismo, antigüidade greco-romana, cristianismo, Magna Carta, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689 etc. Quanto ao cristianismo: “e Deus criou o homem à sua imagem; à imagem de Deus Ele o criou” (Gên. 1.27).

¹⁸ ADARRAGA, Ana Azurmendi. *El derecho a la propia imagen*. Madri: Civitas, 1997, p. 101, *apud* LIMA, Arnaldo Siqueira de, *op cit.*, p. 50.

Para rematar este ligeiro enfoque, ainda segundo a monografia de Arnaldo Siqueira de Lima, não custa lembrar que “a *Convenção Européia, firmada em Roma, em 4 de novembro de 1950, pelos ministros dos 15 países membros do Conselho da Europa, que entrou em vigor em 13 de setembro de 1956, reconhece a pessoa como sujeito de direito internacional, permitindo demandas individuais, desde que o Estado a que pertence o litigante tenha aceitado o recurso individual. A Convenção não reconhece expressamente o direito à própria imagem, mas assegura o direito à vida privada, ao afirmar, no seu art. 8, n. 1, que toda pessoa tem direito ao respeito a sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência*”¹⁹.

5. Direito à imagem no direito positivo brasileiro

Na atual Constituição, o direito à imagem está previsto em três tópicos distintos do artigo 5º: incisos V, X e XXVIII, alínea “a”. No inciso V, encontra-se consagrada a proteção da imagem, chamada por Luiz Alberto David Araújo de “imagem-atributo”²⁰. No inciso X, a proteção é da imagem propriamente dita. No XXVIII, alínea “a”, abarca a proteção da imagem no que concerne ao criador da obra.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à imagem foi erigido ao *status* de direito autônomo. Quer dizer, o legislador constituinte originário conscientizou-se da importância do direito à imagem e dotou-o de proteção legal, independentemente da ofensa ou não de outro direito da personalidade.

Antes da promulgação da referida Carta Constitucional, a proteção dava-se de forma implícita no âmbito dos direitos personalíssimos. Saliente-se que, anteriormente, já havia manifestações de nossos tribunais favoráveis à indenização pecuniária em casos de violação do direito à imagem,

¹⁹ LIMA, *op cit.*, p. 51.

²⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 110.

entre os quais pode ser citada a decisão precursora de 1928, da lavra do magistrado Octávio Kelly, relacionada à Miss Brasil de 1922, que teve sua imagem captada, sem seu consentimento, para um filme de atualidades²¹.

Em época primeva, a Lei Eleitoral n. 496, de 1º de agosto de 1898, continha norma de proteção à imagem, relacionada ao direito do autor. O artigo 22 da referida Lei estabelecia limitações ao direito do autor, ao conferir ao retratado direitos mais fortes do que os reservados ao retratista.

Seguiu-se o Código Civil de 1916, inspirado na lei autoral do direito alemão de 1907, a confirmar a lei anterior e dispor no artigo 666, inciso X, que não se considera ofensa aos direitos do autor “*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 a reprodução ou pública exposição do retrato ou busto*”. A Lei n. 5.988/73, posteriormente, revogou o dispositivo do Código Civil, mas manteve semelhante disposição em seu artigo 49, inciso I, “f”.

A proteção de imagens concernentes às marcas industriais remonta a 1971. O texto da Lei n. 5.772, de 21 de dezembro de 1971, que instituiu o Código de Propriedade Industrial, rezava no artigo 65, n. 12, que não é registrável como marca “*nome civil, ou pseudônimo notório, e efígie de terceiro, salvo com expresse consentimento do titular ou de seus sucessores diretos; o uso da efígie de terceiro como marca, com expresse consentimento do titular ou de seus sucessores*”.

²¹ BERTI, Silma Mendes. Direito à própria imagem, *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, 1996, p. 182. Essa decisão, consoante Walter Moraes, realçou cinco aspectos importantes do direito à própria imagem: primeiro, colocou o problema no terreno do direito da personalidade; segundo, reconheceu a tutela dos próprios traços físicos originais do sujeito; terceiro, captação da imagem, com extração de cópias que foram negociadas, sem o consentimento da fotografada, que nem sequer estava prevenida desse *desideratum*; quarto, estendeu a tutela jurídica à imagem dinâmica, típica do cinema (movimento e gestos); finalmente, quinto, sentenciou de forma inédita, com fundamento no art. 666, n. X, do anterior Código Civil (MORAES, Walter. Direito à própria imagem II. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 444, outubro de 1972, p. 22, et seq.).

Registre-se, outrossim, que a exploração da imagem do índio foi regulamentada em 1984 pela Portaria n. 970/N da FUNAI, ao estabelecer a obrigatoriedade de remuneração por parte de quem obtiver lucro com a imagem de silvícolas.

A Constituição Federal de 1988, ao considerar expressamente o direito à imagem como um direito independente e autônomo e estabelecer a indenização por danos morais e materiais, colocou o direito brasileiro, nesta matéria, como um dos mais modernos do mundo, sendo um divisor de águas e fonte de inspiração para a legislação infraconstitucional brasileira.

Para não ficar no terreno do alegar por alegar, pode ser lembrado o que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, ao proteger a imagem da criança e do adolescente, em seu artigo 17, consoante a seguinte assertiva: *“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”*.

O Estatuto ora em exame também resguarda a imagem ao estabelecer, em seu artigo 240, punição com pena de reclusão para quem *“produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica”* e, no artigo 241 do mesmo dispositivo, pena de reclusão de um a quatro anos para quem *“fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”*.

O atual Código Civil, na esteira da Constituição Federal, disciplina, em seu artigo 20, a proteção específica do direito em análise ao ressaltar que a divulgação da imagem só poderá ser feita com o consentimento de seu titular, prevendo, por outro lado, a possibilidade de indenização quando violado.

Dá o mesmo estatuto legitimidade ao cônjuge sobrevivente, ascendentes e descendentes do morto ou do ausente, na hipótese de transgressão do mesmo direito (art. 20, parágrafo único).

O direito à imagem também está relacionado ao direito do autor, como anteriormente transcrito, e hoje regulamentado pela Lei n. 9.601/98, cuja proteção não se atém ao autor, mas se espria ao retratado, ao artista, ao intérprete e ao executante (art. 7º da Lei n. 9.601/98)

6. Caracteres inerentes ao direito à imagem

São os seguintes os principais caracteres: direito subjetivo de caráter privado e absoluto; direito personalíssimo, mas dotado também de conteúdo patrimonial, quando, por meio de seu exercício, possa gerar bens com valor econômico e, portanto, indenização quando violados; direito inalienável, irrenunciável e, em geral, inexpropriável; intransmissibilidade *mortis causa*, com observação de que a legitimidade para a tutela indenizatória, em se tratando de morto ou de ausente, pode ser exercida pelo cônjuge, ascendentes ou descendentes; por derradeiro, imprescritibilidade.

7. Compreensão, limites e autorização para a produção e divulgação da imagem

A despeito de possíveis entendimentos ou decisões judiciais em sentido contrário, a regra a prevalecer, a exemplo do que concluiu o desembargador aposentado Milton Fernandes, é a seguinte: a) a ninguém é dado o direito de fixar e reproduzir imagem sem autorização do modelo; b) autorização não se presume, salvo casos particulares; c) autorização é limitada e seu objeto específico²².

²² FERNANDES, Milton. Proteção civil da intimidade. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, 1996, p. 268.

As três exceções em que a utilização da figura alheia não dependeria do consentimento do retratado, na abalizada e sempre repetida lição de Kohler, são as seguintes: a do indivíduo incluído numa vista geral, no apanhado de um cenário, de uma paisagem, uma multidão etc; a do uso da figura para estudo artístico; e a da representação humorística (caricatura). É o discurso de Walter Moraes, que acrescenta, ainda, outras limitações: o tratamento de personalidade pública; o interesse de ordem pública (de justiça, de segurança, de cultura)²³.

É de toda conveniência prelecionar, ainda uma vez, com Walter Moraes, *“que a regra constitucional da imagem, notadamente a do inciso X do art. 5º, não é uma norma programática, como soem dizer das normas que requerem regulamentação e não são auto-aplicáveis. O preceito do direito à imagem das pessoas, conquanto comporte disciplina ordinária para alcançar a extensão jurídica atingida pela doutrina e pelas leis estrangeiras, não é programático; contém um mínimo auto-aplicável a saber: protege a imagem pessoal correspondente, objetivamente, ao conceito mais vulgar de imagem e, subjetivamente, ao direito exclusivo de uso, gozo e disposição da imagem pelo titular”*²⁴.

8. O direito à imagem e o entendimento dos tribunais.

²³ MORAES, Walter. Como se há de entender o Direito Constitucional à própria imagem. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 5/89, 1ª quinzena de março de 1989, p. 82, *et seq.*

²⁴ MORAES, Walter. Como se há de entender o Direito Constitucional à própria imagem, p. 82.

A jurisprudência dos tribunais, incluído o Supremo Tribunal Federal, aqui e acolá protegem o direito à imagem, ora como ofensa à honra, ora como lesão à privacidade ou intimidade, de modo geral²⁵.

No Pretório Excelso, há precedente protegendo a própria imagem, diante da utilização de fotografia, em anúncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa fotografada, mesmo antes da atual Constituição²⁶. Sob a égide da vigente Constituição da República, ao consagrar o direito à imagem como direito autônomo, é expressivo o seguinte julgado de nossa Corte Maior:

**“CONSTITUCIONAL. DANO MORAL:
FOTOGRAFIA: PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA:
INDENIZAÇÃO: CUMULAÇÃO COM O DANO
MATERIAL: POSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO
FEDERAL, ART. 5º, X.**

I. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X.

II. - R.E. conhecido e provido” (RE 215.984/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.6.2002).

²⁵ Nesse diapasão: STF, RE 192.593/SP, rel. min. Ilmar Galvão, DJ de 13.8.1999; na mesma orientação, analisada a questão também sob o ângulo de ofensa à vida privada: STJ, EREsp 230.268/SP, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 4.8.2003. Uma outra decisão negou indenização por danos morais relativa ao fato de ter sido publicada fotografia de uma mulher desconhecida, cujo nome não foi citado, em jornal de grande circulação, que realizava *topless* numa praia pública, sob o fundamento de inexistência de ofensa à intimidade ou privacidade (STJ, REsp 595.600/SC, rel. min. Cesar Asfor Rocha, j. em 23.3.2004). Com semelhante fundamentação, foi negada indenização a modelo flagrada ao realizar *topless* na piscina de um hotel (TJ-RJ, Ap. Cív. 2000.001.22727, rel. des^a. Leila Mariano, j. em 17.4.2001).

²⁶ RE 91.328/SP, rel. min. Djaci Falcão, DJ de 11.12.1981; no mesmo sentido: RE 95.872/RJ, rel. min. Rafael Mayer, DJ de 1º.10.1982.

A publicação em jornal de fotografia sem autorização constitui ofensa ao direito de imagem, não havendo como confundir com o direito de informação²⁷. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não embaralha os conceitos de direito à imagem com a Lei de Imprensa²⁸, tampouco acolhe a prescrição prevista na Lei n. 5.250/67²⁹.

A ofensa ao direito à imagem permite a composição do dano moral com o dano material³⁰.

A fixação do *quantum* em indenização por dano moral, dadas suas peculiaridades, pode ser estabelecida na instância especial³¹.

A título de mera ilustração, não enseja indenização por dano à imagem a divulgação de fotografias da fachada de casas em *stand* de vendas. Por se tratar o direito à imagem, por personalíssimo, exclusivo à pessoa natural, não se estende a coisas e animais, razão pela qual não há cogitar de danos morais e tampoucos materiais³².

²⁷ Na mesma esteira, analisada a questão sob o prisma exclusivo do constrangimento da fotografada: STJ, AgA 334.134, rel. min. Ari Pargendler, DJ de 18.3.2002.

²⁸ REsp 330.933/RS, rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 10.6.2002.

²⁹ REsp 315.908/SP, rel. min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 28.8.2001.

³⁰ STF, RE 192.593/SP, rel. min. Ilmar Galvão, DJ de 13.8.1999; RE 215.984/RJ, rel. min. Carlos Velloso, DJ de 28.6.2002.

³¹ EREsp 230.268/SP, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 4.8.2003.

³² TJ-RJ, Ap. Cív. 2004.001.06005, rel. des. Sérgio Cavalieri Filho, j. em 20.4.2004.