

OS DESTINATÁRIOS DO DIREITO À IMAGEM E A GRADAÇÃO BIOLÓGICA: O ALCANCE DA IMAGEM A PARTIR DE UMA VISÃO COSMOPOLITA CONSTITUCIONAL PRIVATISTA

Hugo Rios Bretas

Doutor e Mestre em Direito Privado

Pós-graduado em Direito Civil

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Coordenador dos Cursos de Graduação Mediação, Serviços Registrais e Notariais,

Serviços Penais, Serviços Judiciais, Segurança Pública e Segurança Privada,

Coordenador das pós-graduações em Direito Público, Direito de Família e das Sucessões, Conselheiro

representante das Ciências Jurídicas no Conselho de Ensino,

Pesquisa e Extensão (CONSEPE),

Representante docente da pós-graduação na Comissão Própria de Avaliação (CPA),

Professor Adjunto I da Escola de Direito, EAD,

Extensão e Conteudista do Centro Universitário Newton Paiva;

Coordenador da Pós-graduação em Direito Público, Constitucional e Ambiental,

membro do colegiado e Professor Adjunto da pós-graduação e graduação da FUNCESI Professor das Pós-

graduações do SENAC, UNIPAC, UCA-DF e MILTON CAMPOS Membro da Comissão Estadual de

Advogados Professores da

Ordem dos Advogados do Brasil (OABMG)

e-mail: hriosbretas@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7377-4638>

Recebido em: 08/12/2021

Aprovado em: 30/11/2022

RESUMO

O objetivo deste trabalho consiste em revisitar o direito à imagem, tendo em vista os seus destinatários e os impactos de sua violação, além da interface entre a imagem, a personalidade e a dignidade da pessoa humana. Desse modo, para o desenvolvimento da pesquisa, o método a ser utilizado é o analítico, a partir de confrontações bibliográficas, normativas e jurisprudenciais. Aliás, somente a partir dessa visão será possível alcançar a essencial dialética existencial. A partir disso, para a compreensão do proporcional nível existencialista, adotar-se-á como marco teórico a perspectiva de Ingo Wolfgang Sarlet (2016). Assim, é necessária a análise sistêmica, gravitando sobre as searas constitucionais e infraconstitucionais, nesse condão, há um encontro hermenêutico entre a imagem, dignidade, honra e personalidade, tendo em vista as características e os princípios. O fato é que a imagem tem sido objeto de profunda revisitação nos ambientes dogmáticos, jurisprudenciais e teóricos, bem como tem havido intensa releitura do inafastável princípio da dignidade da pessoa humana, comumente em razão de discursos pluralistas e eudemonistas. Não há mais um abismo entre as pessoas naturais, pessoas jurídicas e entes despersonalizados. Sabido é que o ponto nevrálgico diferenciador entre as pessoas jurídicas e naturais, não obstante a intensidade da teoria realista, sempre será a dignidade da pessoa humana. Ao longo deste artigo, os interlocutores poderão acompanhar os panoramas, jurisprudencial e teórico, que se alastram nos átrios do Direito brasileiro, ensejando um movimento expansionista protetivo do discurso da imagem, revelando tendencialmente que os danos morais poderão se configurar em razão da violação dos direitos à personalidade ou à imagem. Ao longo do artigo inquietaremos os leitores para perspectivas como: É possível ter

BRETAS, H. R. Os destinatários do Direito à imagem e a gradação biológica: o alcance da imagem a partir de uma visão cosmopolita constitucional privatista

direito à imagem sem ter personalidade? Pode haver a configuração da indenização por danos morais em favor daquele desprovido de personalidade? Diante disso, a partir de uma visão hermeneuticamente crítica, tentarei minimamente harmonizar essas questões.

Palavras-chave: imagem; personalidade; dignidade; honra.

THE RECIPIENTS OF THE RIGHT TO IMAGE AND BIOLOGICAL DIFFERENTIATION: THE SCOPE OF THE IMAGE A IN A BROAD CONSTITUTIONAL VIEW AND THE PRIVATE LAW

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the right to the image, in view of its characters and the impacts of its violation, in addition to the distinction between the image, the personality and the dignity of the human person. Thus, for the development of the research, the method to be used is analysis, based on bibliographic, normative and jurisprudential discussions. In fact, only with this thought will it be possible to reach the essential existential dialogue. From this, to understand the proportional level of defense of dignity, we adopted the author Ingo Wolfgang Sarlet (2016) as the main source. Thus, a broad analysis is necessary, thinking about the constitutional and infraconstitutional levels, in this thought, there is a meeting between image, dignity, honor and personality, in view of the characteristics and principles. The fact is that the image has been the subject of deep revisiting in normative, jurisprudential and theoretical environments, as well as there has been an intense re-reading of the inalienable principle of human dignity, commonly due to pluralistic and happiness discourses. There is no longer an abyss between natural persons, legal entities and depersonalized entities, however, despite certain approximations, it is not prudent to promote absolute theoretical and practical ruptures between these recipients. It is known that the main differentiating point between legal and natural persons, despite the intensity of the realistic theory, will always be the dignity of the human person. Throughout this article, the interlocutors will be able to follow the panoramas, jurisprudential and theoretical, that spread in the atriums of Brazilian Law, giving rise to an expansionist movement protecting the image discourse, revealing a tendency that moral damages may be configured due to the violation of rights personality or image. Throughout the article, we will also concern the author with perspectives such as: Is it possible to have the right to an image without having a personality? Can there be a configuration of compensation for moral damages in favor of one lacking personality? Given this, from a hermeneutically critical view, I will try to minimally harmonize these issues.

Keywords: image; personality; dignity; honor.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o escopo de valorar as dimensões da imagem, a partir de um viés cosmopolita, capaz de permear distintas fontes do Direito, notadamente a fonte autêntica primária normativa, bem como a jurisprudência e a doutrina. A referida visão, de cunho axiológico e dogmático, transitará pelo cenário constitucional e infraconstitucional.

Quando estamos a abordar a imagem, é necessário ter a consciência de que as espécies basilares da imagem são retrato, atributo, conforme podemos absorver do pensamento de Alexandre de Moraes (2017).

Por certo, desde já, transparecemos que a imagem traz consigo uma relevante interface com a personalidade, assim como há uma forte interdependência com os discursos da honra subjetiva e objetiva.

Em uma vertente teórica penal (deveras estudada no ambiente dos crimes contra honra), conforme as lições de Rogério Greco (2013), a honra subjetiva pode ser entendida como a imagem que o sujeito tem sobre si mesmo, isto é, quais são as características e singularidades que o indivíduo compreende ter. Por outro lado, a honra objetiva pode ser entendida como a imagem que a sociedade tem acerca do sujeito, trata-se de uma verdadeira imagem social.

Nesse sentido, compreendemos que imagem certamente é um reflexo da personalidade, um desdobramento da personalidade, tanto sob a égide física (personalidade objetiva), quanto intelectual (personalidade subjetiva).

Ademais, a evolução jurisprudencial nos permite cravar que o zelo jurídico concernente à imagem há de atingir pessoas jurídicas (direito privado e direito público) e pessoas naturais. Todavia, em relação àquelas é inequívoco que a incidência das teorias da imagem incide com certa mitigação. Por certo, admitimos a seguinte inquietação intelectual: Os entes despersonalizados são destinatários dos direitos à imagem? Tal inquietação ganha relevo na medida em que a estrutura intelectual primeva consiste em interligar a imagem à personalidade, isto é, tenho personalidade logo sou destinatário dos direitos à imagem. Nesse sentido, se sou desprovido de personalidade, em verdade não teria imagem? Creio que a mais profunda premissa seria reputar que os entes despersonalizados têm imagem e, até mesmo, honra objetiva, sobretudo partindo da premissa de que tem havido profunda revisitação da situação jurídica dos entes despersonalizados.

Aliás, em uma gradação biológica (tão cristalina e inelutavelmente presente no Ordenamento Jurídico brasileiro), as teorias da imagem hão de gravitar tipicamente em favor daqueles que têm personalidade, razão pela qual, ante a congruência da teoria concepcionista, o direito de imagem diz respeito aos nascituros, pessoas naturais em seu estágio infante, em favor de adolescentes, jovens, adultos, idosos, capazes e incapazes. Nesse discurso, provocamos ainda sobre a incidência ou não em favor dos entes despersonalizados.

Diante disso, passamos a desenvolver as teorias ao longo do trabalho a partir da cláusula geral de proteção à imagem, qual seja: Artigo 1º, inciso III (proteção profunda à dignidade da pessoa humana, como fundamento da República), da CF (BRASIL, 1988) e, por derivação, o

BRETAS, H. R. Os destinatários do Direito à imagem e a gradação biológica: o alcance da imagem a partir de uma visão cosmopolita constitucional privatista

artigo 5º, inciso X (inviolabilidade da imagem e consequências perpetradas em virtude da violação do bem jurídico) do mesmo diploma.

2 EM BUSCA DE UMA CONCEITUAÇÃO, DISSEMINAÇÃO DO DISCURSO E OS ATRIBUTOS DA IMAGEM

Certamente é árduo sedimentar conceitos. Todavia, precisamos compreender núcleos conceituais das dimensões da imagem.

Num primeiro momento, o Brasil sofre influências de outras nações, sobretudo da França e Itália. Aliás, influência que se perfaz comumente no Direito Privado.

A evolução jurisprudencial e a massificação dos estudos acerca da imagem passaram a se desaguar, principalmente a partir da década de 70, do século XX. Historicamente alguns casos concretos são de fato chamativos, tais como o caso da Rainha da Beleza (Zeze Leone), bem como o caso de Maitê Proença: “A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça garantiu à atriz Maitê Proença o direito a receber R\$ 50 mil de indenização por dano moral do jornal carioca Tribuna da Imprensa, devido à publicação não autorizada de uma foto extraída de ensaio fotográfico feito para a revista Playboy, em julho de 1996. As fotos foram publicadas no mês seguinte na edição comemorativa do 21º aniversário da revista, conforme o site: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/177636075/maite-proenca-ganha-no-stj-direito-a-indenizacao-por-danos-morais>.

Poderíamos invocar o caso de Cauã Raymond, a partir do qual: “Fotógrafo teria usado um drone para flagrar o ator na intimidade, no mesmo período em que vazou a notícia do término do namoro com Mariana Goldfarb” (<https://veja.abril.com.br/entretenimento/solteiro-caua-reymond-processa-paparazzo-por-foto-nu-em-casa/>).

Poderíamos ainda invocar o caso de Cicarelli: “O processo da apresentadora de TV Daniela Cicarelli contra o Google chegou ao fim nesta semana, quando o Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou que a empresa pague uma indenização a Cicarelli pela publicação de um vídeo íntimo dela no YouTube, em 2006” (https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151014_google_cicarelli_cc).

Todos esses casos concretos judicializados são hipóteses midiáticas verdadeiramente chamativas e angustiantes, porém, estabelecer premissas seguras acerca desta temática exige profunda reflexão.

Há um monismo entre direitos de personalidade e imagem, isto é, pertencem a similares esferas, quais sejam, as esferas da humanização e da dignidade da pessoa humana. Contudo,

conforme sopesamos em sede introdutória, a imagem é um desdobramento da personalidade. Afinal, a personalidade classicamente é tida como aptidão, um autêntico marco, por meio do qual direitos e deveres incidirão em relação aos seus destinatários. Nesse sentido temporal, quando se inicia e quando se finda a personalidade, isto é, quando se inicia a tutela da imagem? Em relação à pessoa natural, a personalidade deve ser tutelada desde a concepção (artigo 2º do Código Civil vigente) até a morte (artigo 6º do Código Civil vigente). Porém em relação à imagem, há um zelo superveniente que, de fato, exige ponderações de elevada envergadura. Sobre essa temática, o Código Civil de 2002, em seu artigo 20, preceitua a possibilidade de a família do “de cujos”, vindicar tutela jurisdicional protetiva em virtude da violação da imagem do falecido. Suporte esse, que gera uma interessante discussão: Afinal, há resquícios de personalidade? Se a personalidade da pessoa se finda com o evento morte, seria cabível buscar a defesa jurisdicional da imagem, tendo como foco o bem jurídico de sujeito já falecido?

Entre as espécies de imagem, destacamos a imagem-retrato e atributo. A primeira das quais, a partir do pensamento de Moraes (2017), versa sobre as exteriorizações concernentes ao fenótipo, notadamente elementos que compõem o corpo do indivíduo, bem como as suas adjacências. Nesse sentido, podemos abarcar os olhos, a boca, as orelhas, as mãos, a estrutura corpórea como um todo, bem como a voz, a dicção, a linguagem paraverbal etc. Por outro lado, a imagem-atributo se refere ao conjunto de concepções atinentes ao sujeito, que podem ser extraídas a partir de seu comportamento social, sua conduta e de seus atos jurídicos. Trata-se, portanto, de um conceito estritamente contíguo ao conceito de honra objetiva.

É possível observar que o conceito de imagem se aproxima do conceito de honra, posto que estamos diante de campos extrapatrimoniais. Em verdade, a honra ou a imagem, quando vilipendiados, não geram comumente respostas jurisdicionais suficientemente robustas para a promoção do regresso ao “status quo ante”, motivo pelo qual as respostas normativas e jurisdicionais aos danos extrapatrimoniais, são respostas que visam, tão apenas, a suavizar o prejuízo consumado.

A honra, inclusive sob a égide penal, desdobra-se basicamente em subjetiva e objetiva. A primeira das quais se refere à percepção psíquica que o sujeito apresenta sobre si mesmo. Por outro lado, a honra objetiva de fato se refere a “imagem social”, isto é, de que modo a sociedade percebe moralmente o sujeito, tendo em vista sua conduta social. Em razão dessas conceituações, vislumbramos uma proximidade entre o conceito de honra objetiva e a imagem-atributo.

Quando valoramos simultaneamente os dois desdobramentos basilares da imagem, é possível discutir a imagem qualificada.

Conforme mencionamos, há uma atração entre imagem, personalidade e honra, e, é certo que a personalidade apresenta irradiações, tais como a imagem, nome, capacidade, etc. Por outro lado, atingir a imagem é atingir a honra, em uma de suas espécies. Por isso, ao se violar a imagem, é latente e habitual subsumir a conduta do sujeito aos horizontes da personalidade e da honra. A personalidade, por outro lado, conforme as lições de Gustavo Tepedino, desdobra-se em integridade física e psíquica.

Em razão de uma conotação monista inerente a esse bem jurídico, terminamos por obter a sua conceituação, especificamente no já citado artigo 1º, inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Essa teoria predomina, por se perceber que o elemento em foco não é minuciosamente discriminado pelo legislador infraconstitucional. O que existe é uma busca protetiva que encontra seu conteúdo constitucionalmente.

A partir da compreensão da interface entre personalidade e a imagem, é plausível concluir que os atributos da personalidade podem ser considerados também atributos da imagem. Assim, são atributos da personalidade: a inviolabilidade, a intransmissibilidade (em que pese a previsão normativa da Lei 9.610/98, de Direitos Autorais), inalienabilidade, universalidade, correlatividade, absolutismo (em virtude de sua oponibilidade “erga omnes”), entre outros. Atributos completamente similares às características dos direitos fundamentais, conforme apreendemos por meio das lições de André Puccinelli Júnior (2013).

3 DISCURSO CONSTITUCIONAL DE TUTELA DA IMAGEM

No item pretérito deste trabalho, propugnou-se que as cláusulas gerais de tutela da imagem estão preceituadas no artigo 5º, X e no artigo 1º, III da vigente Constituição Federal. Por isso, seria um atentado hermenêutico abordar a imagem sem considerar sua correlação com a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, salientamos que a dignidade da pessoa humana apresenta como irradiações: a tutela da integridade física e moral. Irradiações essas, que nos inclinam uma vez mais à proximidade axiológica entre a dignidade da pessoa humana e a personalidade, trata-se de uma sintonia umbilical. Nesse sentido de valoração existencial e repersonalização:

A dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um) [...]. Com efeito, verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do

Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade. Como tarefa o reconhecimento jurídico constitucional da dignidade da pessoa humana implica deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção, sem prejuízo da existência de deveres fundamentais da pessoa humana para com o Estado e os seus semelhantes. (SARLET, 2016, p. 266).

A dignidade da pessoa humana é a fonte justificadora de todo o Ordenamento Jurídico brasileiro, o pilar sobre o qual toda estrutura normativa deve repousar.

São espécies também basilares da imagem, a imagem ôntica e assistencial. A primeira das quais se refere à percepção de que a imagem é bem jurídico, latente, inerente ao homem. Isto é, sou homem logo tenho imagem. Lado outro, a assistencial é compreendida como a necessidade de o Estado tutelar a imagem do homem, de modo preventivo, repressivo, extrajudicial e jurisdicional. Nesse viés:

[...] daí a configuração do mínimo de existência como decorrência e instrumento daqueles valores fundacionais. Numa palavra, a dignidade da pessoa humana é a causa próxima do mínimo de existência. É esta exigência que apoia a construção do sistema de direitos fundamentais e o apoio deste sistema em princípios e valores como a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento da personalidade. (MARTINS, 2020, p. 294).

A imagem, conforme os preceitos invocados, é considerada cláusula pétrea, portanto, protegida materialmente pelo poder constituinte originário, nos termos do artigo 60, parágrafo quarto, da vigente Constituição Federal.

A imagem é direito personalíssimo e individual, por isso, pertence ao rol de direitos individuais, portanto, direito fundamental de primeira geração. Discurso, portanto, interligado às defesas revolucionárias (Revolução Francesa, Americana, e outras tantas). Assim, pensar a imagem, em consonância com a dignidade e a personalidade, é salutar, além de existencialmente coerente. Trata-se de um movimento natural de humanização, repersonalização e constitucionalização do Direito Civil. Nesses moldes:

Não foi por outra razão que todo o debate em torno da chamada “constitucionalização” teve início nas trincheiras do direito civil e, ao menos no Brasil, foram os civilistas que defenderam com pioneirismo a aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas. Pela própria matéria com que lidam (relações entre particulares), os civilistas foram logo forçados a trazer para o terreno dos fatos as normas constitucionais, fazendo-as incidir diretamente sobre os casos concretos. Tal aplicação direta, sobre a qual ainda controvertem os publicistas, consiste em um dos três principais fundamentos da metodologia civil constitucional, que se passa a examinar [...] (SHEREIBER; 2016, p. 8).

A imagem, compreendida como direito fundamental, carrega consigo a eficácia horizontal (entre pessoas, num não hierarquizado, deve haver a reciprocidade do respeito e da promoção do respeito à imagem), vertical (o Estado deve primar pelo zelo à imagem, similarmemente ao discurso da imagem assistencial) e irradiante (a defesa da imagem diz respeito aos mais distintos horizontes e esferas), conforme é possível extrair da reflexão de André Puccinelli Júnior (2013).

4 JURISPRUDÊNCIA E DESTINATÁRIOS DA TUTELA DA IMAGEM

Chama-nos a atenção, sobre o bem jurídico em apreço, a súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, capaz de trazer à baila a teoria da realidade das pessoas jurídicas. Conforme essa súmula, as pessoas jurídicas podem sofrer danos morais.

Percebamos como essa súmula verdadeiramente é abrangente. Abrangente em virtude do fato de que esta súmula prevê a expressão genérica “pessoa jurídica”.

A expressão “pessoa jurídica” é deveras ampla, conforme o artigo 41 e seguintes do Código Civil brasileiro em vigor. As pessoas jurídicas se desdobram em pessoas jurídicas de Direito Público Interno (Entes Federativos, Autarquias e Fundações Públicas), pessoas jurídicas de Direito Público Externo (Santa Sé, Organismos Internacionais, Estados Estrangeiros), Pessoas jurídicas de Direito Privado (Sociedades Empresárias e Simples, Fundações, Associações, Sociedades de Economia Mistas e Empresas Públicas).

Ora, a partir de uma hermenêutica morfológica, não há que se falar em ressalvas de pessoas jurídicas na súmula 227 do STJ, diante disso, em tese, as pessoas jurídicas em sua inteireza podem sofrer danos morais.

O que motivou a edição dessa súmula persuasiva? Num primeiro momento, o Código Civil de 2002 preceitua em seu artigo 52 sobre a possibilidade da extensão do discurso protetivo da pessoa natural em favor das pessoas jurídicas, se houver congruência e lógica estrutural.

Sabemos que os danos morais, conforme o Superior Tribunal de Justiça, têm causa se houver agressão à personalidade. Isto é, se houver vilipêndio à integridade física ou moral da pessoa. Nesse discurso, a integridade moral versa, “a priori”, sobre a proteção da mente do homem. E quem tem mente, sentimentos, sofrimentos compreendidos tipicamente etc? Certamente as pessoas naturais. Contudo, nos termos problematizados anteriormente, a personalidade apresenta reflexos, um dos quais a imagem.

Nesses moldes teóricos, a pessoa jurídica tem imagem, em alguma de suas espécies?

Sim, por isso pode sofrer danos morais em virtude da violação à imagem. Entre as espécies de imagem, as doutrinas de Alexandre de Moraes (2017), José Afonso da Silva (2014), e Kildare Gonçalves (2015), inclina-nos a tese de que as pessoas jurídicas têm imagem-atributo e honra objetiva, em decorrência de seu comportamento, atos jurídicos celebrados, seu histórico, seu impacto e relevância perante a sociedade. Assim, a pessoa jurídica, por si só, de modo algum, apresenta sofrimentos, aborrecimentos e angústias, nos moldes psicanalíticos iniciais. Todavia, tem imagem, portanto, tem um reflexo da personalidade, credenciando-nos a corroborar com a presente súmula.

De modo a prestigiar o caráter acadêmico que deve pairar sobre os programas de Mestrado e Doutorado, traremos um caráter dialético. Em busca deste propósito dialético, primeiramente exaltamos uma súmula do Superior Tribunal de Justiça, porém, nesse momento trazemos à baila uma súmula do mesmo Tribunal Superior, a ser objeto de crítica.

Plausível é exaltar a súmula 403 do STJ, que não exige prova de violação da imagem, para fins de tutela jurisdicional ao bem jurídico, trazendo à baila verdadeiramente à perspectiva “in re ipsa” da responsabilidade. Vejamos: “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”

A súmula 385 do STJ prevê que a reiteração da negativação do nome do consumidor no rol de inadimplentes não enseja danos morais. Acerca dessa súmula, reputamos que o princípio da proporcionalidade é núcleo hermenêutico e constitucional. Nesse sentido, há que se promover uma gradação, razão pela qual a primeira negativação não esvazia a moral do sujeito. Isto é, todas as negativações indevidas devem ser alvo de danos morais, posto que o nome do sujeito é uma repercussão da personalidade e da imagem, que é inviolável.

A súmula 37 do STJ prevê a possibilidade de cumulação de danos morais com danos materiais atinentes ao mesmo fato, no mesmo sentido a súmula 387 do STJ, que trata da possibilidade de cumulação entre danos morais e danos materiais, em virtude da agressão à integridade física.

Por fim, correlacionado ao discurso da imagem, emerge a súmula vinculante 10, conforme a qual, a utilização de algemas em face do sujeito, sem causa justificante, pode ser agressiva à imagem, e pode ensejar até mesmo a responsabilidade civil do Estado.

5 TUTELA INFRACONSTITUCIONAL, ESTATUTO PESSOAL E OUTROS DESTINATÁRIOS

O artigo 20, do Código Civil do Civil: “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 couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”

Percebemos nesse dispositivo uma nítida proteção à imagem. Nesse ponto, ninguém pode se apropriar da imagem de terceiro, ou se locupletar da imagem de terceiros, salvo disposição contratuais em contrário.

Esse interessante dispositivo, já comentado neste trabalho, traz para a discussão a famigerada ADI 4815, conforme a qual, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que contou com a presença de impactantes “amicus curiae”: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes”.

Por óbvio, esse provimento não significa a plena e ilimitada liberdade para a escritura de biografias deturpadas, ao contrário, é necessário respeito e coerência à imagem da pessoa biografada.

A imagem, como repercussão da personalidade, é um dos componentes, por extensão, do estatuto pessoal, em interpretação ao artigo 7º da Lei 4.657/1942. Diante disso, a imagem é um dos componentes capazes de individualizar a pessoa em sociedade.

O artigo 1557, dispositivo de Direito de Família, prevê o desconhecimento da imagem, por parte de um cônjuge em relação a outro, pode ser hipótese de anulação, num lapso temporal de 3 (três) anos. Trata-se de uma hipótese dirimente privada, ou anulabilidade, trata-se de um defeito leve do negócio jurídico, ou dirimentes relativas.

Em contígua direção, emerge o artigo 555 do Código Civil, que prevê hipótese de revogação de doação, cujo lapso temporal é decadencial de um ano. A referida ação haveria de ser ajuizada pelo doador que sofreu agressão à sua imagem por parte do donatário.

Como se não bastasse, temos ainda o artigo 1963 do Código Civil, que prevê a violação à imagem, por parte de herdeiro necessário em desfavor de outro herdeiro necessário (artigo 1845 do Código Civil), como hipótese de deserdação, por meio do testamento.

Por derradeiro, a violação à imagem, pode ser causa de exclusão dos herdeiros por indignidade, nos termos do artigo 1814 do Código Civil, cujos legitimados são interessados e, até mesmo, o Ministério Público.

Entre os artigos 1814, 1963 e 555 do vigente Código Civil há um encontro hermenêutico da “ratio legis”, qual seja, todos esses dispositivos têm o desígnio de rechaçar gestos indecorosos, inadmissíveis e ingratos por parte daqueles que deveriam primar pelo zelo a outrem (doador ou sucedido). Vale dizer, o donatário recebe uma liberalidade ou uma graciosidade, recebe a disposição de uma riqueza e não obstante a isso agride bens jurídicos substanciais do doador. Nessa temática, este dispositivo em comento, explicitamente, não estabelece o vilipêndio à imagem como causa de revogação da doação. Todavia, reputamos que não podemos trazer à baila um tom taxativo para o artigo 555. Por esse motivo, este suporte fático prevê que a prática de injúria, calúnia ou difamação pode ensejar a revogação da doação. Ora, os citados crimes agridem a honra, que é precisamente o mesmo bem jurídico envolto à proteção à imagem.

Assim, defendemos uma vez mais a relação umbilical entre a imagem, dignidade, personalidade e honra. No mesmo ambiente analítico, encontramos a deserdação e exclusão dos herdeiros por indignidade. Em verdade, o Código Civil também não prevê, explicitamente, nos artigos 1963 e seguintes e no artigo 1814, a inviolabilidade da imagem. Contudo, os invocados suportes já trazem a proteção à imagem, quando há previsibilidade de que a prática de injúria, calúnia ou difamação são causas de deserdação ou exclusão do herdeiro por indignidade.

Os nascituros seriam destinatários da tutela à imagem? Reputamos, conforme a onda argumentativa que trouxemos, que outra sorte não há senão advogar que sim. Afinal, a personalidade, sob a égide concepcionista, encontra seu marco “a quo” precisamente com a concepção, isto é, desde a nidação, desde a fixação do embrião no endométrio do útero, motivos pelos quais certamente o nascituro é centro de imputação objetiva, e merecedor de zelo da imagem. Discussão essa, que foi objeto de robusto debate em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por meio da Ação de Direta de Inconstitucionalidade de número 3510, ajuizada pelo legitimado universal Ministério Público, ao suscitar a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei ordinária Federal 11.105/05 (Lei de Biossegurança, responsável por tratar da pesquisas atinentes aos embriões), ante a suposta violação do direito à vida, preceituado no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil em vigor.

Na concepção de Francisco Amaral:

a jurisprudência brasileira tem reconhecido a capacidade processual ativa do nascituro (ação de alimentos em seu favor, e ação cautelar de reserva de bens) e também

BRETAS, H. R. Os destinatários do Direito à imagem e a gradação biológica: o alcance da imagem a partir de uma visão cosmopolita constitucional privatista

capacidade processual passiva (ação anulatória de testamento que contempla nascituro, ação anulatória de doação em que o nascituro é donatário) (AMARAL, 2008, p. 258).

Segundo Pablo Stolze e Pamplona Filho, segundo os quais, acerca do início da personalidade e portanto, início do direito à imagem, numa valoração a priorista da teoria natalista: “A aquisição da personalidade se dá com o nascimento com vida, com o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 88): Em tom complementar:

Mas, a celeuma maior se deve a grande confusão que se faz entre personalidade jurídica e capacidade civil, sendo a primeira qualidade e a segunda medida, ou quantidade. Em outras palavras, a personalidade jurídica é que dá ao ente a qualidade de pessoa, e a capacidade é quantidade de direitos que o ente adquire. (CORDEIRO, 2007, p. 338).

Conforme explicitado acima, a doutrina portuguesa distingue, em termos muito incisivos, a personalidade jurídica da capacidade jurídica: a primeira seria um dado qualitativo – a possibilidade de encabeçar direitos e obrigações – quedando, à segunda, uma dimensão quantitativa, ou seja, a dimensão quantitativa de tais direitos ou obrigações. (CORDEIRO 2007, p. 338).

O nascituro, portanto, possui vários direitos conferidos a ele pelo ordenamento, a exemplo, os alimentos gravídicos, direito à sucessão e o código penal tipifica o crime de aborto, mas conforme a mais ampla doutrina não é pessoa, e, portanto não possui personalidade jurídica. Ainda, de acordo com a doutrina portuguesa, o nascituro tem uma capacidade de gozo limitada ao direito à vida. (CORDEIRO, 2007, p. 335).

O código civil de 2002, no art. 2º, diz que a personalidade civil se inicia a partir do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro. A seguir, as teorias que tentaram explicar a questão do nascituro são:

Quando se aborda acerca do início da vida, inelutável será identificar que esta pode se dar com a nidação. Nidação que se opera quando houver a fixação do feto no endométrio do útero, que traduziria o conceito de concepção.

A par do início da personalidade, emergem duas grandes teorias. Quais sejam, a concepcionista e natalista. Ambas que existem em decorrência da incongruência textual positivada no artigo 2º do Código Civil brasileiro.

A primeira parte do Código Civil denota que a personalidade se inicia com o nascimento com vida. E a segunda parte indicia que se dá com a concepção. Nesta seara, não é plausível interpretar o presente suporte fático de forma parcelada ou fracionada. Mister é sistematizar e harmonizar as duas partes, em consonância com as gêneses institucionais da personalidade. (BRETAS; FIALHO, 2011).

Maria Helena Diniz (2018) defende a necessidade de tutela dos direitos do nascituro e o seu reconhecimento. A utilidade desse discurso pode ser percebida, por exemplo, nas imagens intrauterinas, imaginemos as imagens 3D do embrião (sobretudo após a disseminação destes recursos, em razão do avanço tecnológico), que são exibidas para fins comerciais, por parte de uma clínica, sem autorização dos legitimados.

Kildare Gonçalves (2016), em um discurso constitucionalista, defende a necessidade de tutela do embrião, isto é, do nascituro. Trata-se da defesa do direito à vida, desde os períodos biológicos mais tenros.

Em se tratando do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, a proteção à imagem pode ser vista de modo genérico ou singular. Vale dizer, a expressão “criança” já carrega consigo o discurso da vulnerabilidade abstratamente, notadamente a vulnerabilidade física, ante as fragilidades corpórea e psíquica, que naturalmente e biologicamente pairam sobre um ser que está em processo de desenvolvimento mais intenso, quando comparamos com os adultos.

Existem crianças que desenvolvem em tenra idade, aptidões artísticas e se tornam notórias sob a égide empresarial, existem crianças que estão a lograr “status” de reconhecidos *youtubers* e astros, diferentemente de outras que se limitam a agir de modo infantil, gozando de todas as benesses que a pureza pode oferecer.

No que tangencia o ordenamento protetor singular da criança e adolescente invocamos o artigo 17:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (BRASIL, 1990).

Em se tratando do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03, podemos compreender que esse grupo de sujeitos, que têm certa similitude tendencial biológica de envelhecimento considerável, genericamente, apresentam uma imagem. Quando se ouve a expressão “idoso” já há uma imagem pré-constituída do idoso, trata-se de uma imagem “a priori”. O idoso comumente é visto como sujeito mais sensível fisicamente, quando comparamos com o “jovem”. Todavia, ainda com potencial produtivo e de vitalidade.

Existem distintos modos de se enxergar a velhice e existem distintas formas de se viver a velhice. Não ignoramos também que entre os idosos pode haver diferenças estéticas, produtivas, etc. Isto é, o idoso pode ser enxergado de modo genérico e singular, tendo em vista o bem jurídico imagem. O fato é que o envelhecimento é um direito do sujeito, nos termos do artigo 8º da Lei 10.741/03: “Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.” (BRASIL, 2003)

A concepção da imagem genérica do idoso vista de modo abstrato, nada mais é que reconhecer os atributos comuns, em virtude de suas maiores fragilidades e constatar a necessidade de uma tutela diferenciada, nas mais distintas searas, conforme a Assembleia Mundial dos Idosos, de 2002, a partir do discurso do Papa João Paulo II.

É necessária a defesa do idoso de modo categórico, no que tangencia a sua dignidade e imagem, no plano abstrato e de concreção:

[...] trata-se de um grupo verdadeiramente merecedor de respeito, cujo progresso populacional é nítido. Nota-se que a comunidade jurídica atribui uma conotação paradigmática em relação ao denominado “Estatuto do Idoso”, todavia, a abstração normativa, por si só, não é capaz de gerar a almejada concreção, materialização e a efetividade normativa, posto que para atingir este quadro será necessária a seriedade social, política e econômica. Sob a égide jurídica, há uma multiplicidade de conceitos preceituados no ordenamento jurídico pátrio. Porém, a mensuração e identificação do idoso se perfaz em razão de um critério biológico geral de envelhecimento. Dessa forma, não obstante a similitude de critérios para a definição conceitual, o legislador brasileiro atribuiu uma série de conceitos etários divergentes. (BRETAS, 2014, p. 5).

Conforme o artigo 3º da vigente Constituição Federal é vedado qualquer tratamento discriminatório, independentemente de quaisquer fatores, entre os quais o fator idade. Nesses termos abstratos, o artigo 3º está a salvaguardar o princípio da igualdade formal.

Na mesma direção constitucional, emerge o “Estatuto do Idoso”, responsável por tutelar de modo específico o idoso, no plano infraconstitucional. O artigo 10 desse estatuto merece todo apreço, na medida em que há previsão explícita de proteção à imagem e dignidade dos idosos (flagrantemente no paragrafo segundo), considerados, nos termos do artigo 1º desta Lei, aqueles com idade superior a 60 (sessenta) anos. Senão vejamos:

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

- I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
- II – opinião e expressão;
- III – crença e culto religioso;
- IV – prática de esportes e de diversões;
- V – participação na vida familiar e comunitária;
- VI – participação na vida política, na forma da lei;
- VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (BRASIL, 2003).

A tutela da imagem do idoso, deve se dar por conta da autoavaliação e também, difusamente, por todos aqueles que compõem a sociedade, conforme os artigos 2º e 3º do Estatuto do Idoso:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde

BRETAS, H. R. Os destinatários do Direito à imagem e a gradação biológica: o alcance da imagem a partir de uma visão cosmopolita constitucional privatista

física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (BRASIL, 2003).

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2003).

Portanto, o idoso é hipervulnerável, por se tratar tipicamente de consumidor, além da hipossuficiência biológica, o que implica a necessidade premente de tratamento solidário e diferenciado.

6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DERRADEIRA

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275, ante a promoção de um controle de constitucionalidade concentrado, prevê, a partir de um discurso metafisicamente cético, retórico e pluralista, que pertence ao discurso da imagem, a adequação do nome do sujeito à sua percepção individual de gênero. A referida jurisprudência revela a defesa dos transgêneros, quanto à mudança de nome, buscando-se uma adequação e tratamento social compatível.

A RE 208. 685, conforme o artigo 102, II, da Constituição Federal vigente (materializando a competência recursal do Supremo Tribunal Federal), trouxe à tese de que a imprensa tem legitimidade de divulgar escândalos políticos, de aparente violação a alguns tipos penais contra administração pública, sem configurar danos morais.

A RE 387. 014 prevê que o dano moral não se dá por quaisquer aborrecimentos, trata-se de uma racionalização dos danos morais.

O RESP 595.60, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, traz relevante discussão sobre a configuração ou não de danos morais, por parte de veículo de comunicação que divulgou imagem de mulher de topless, sem sua autorização. A discussão é peculiar, na medida em que não houve divulgação do nome da mulher e a sua imagem foi divulgada junto a outras pessoas, num contexto de praia lotada.

O caso de Maitê Proença é de fato interessante, numa discussão sobre danos morais autônomos, revela o direito de danos morais no importe de 50 mil reais, conforme o STJ, em desfavor de jornal carioca que exibiu a imagem da referida atriz, sem a sua anuência. Imagem essa, oriunda da Playboy.

7 CONCLUSÃO

Conforme proposto, em sede de resumo, alguns questionamentos insurgiram: É possível ter direito à imagem sem ter personalidade? Embora haja *a priori* interdependência entre a imagem e a personalidade, ambas providas de dignidade em seu conteúdo existencial, não há outra sorte senão trabalhar tal possibilidade, haja vista a anatomia do Código Civil de 2002, segundo o qual a personalidade somente se inicia a partir do nascimento com vida, conforme a preponderante teoria natalista, preceituada no artigo 2º. Isto é, o nascituro embora não tenha personalidade, na medida em que ainda não nasceu com vida, certamente tem direitos existenciais e patrimoniais, ante a dicção genérica e sem ressalvas “A Lei põe a salvo os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Nesse sentido, a personalidade não lhe é conferida, por expressa vedação. Contudo, outros direitos existenciais não lhe são vedados, tais como a própria imagem e, até mesmo, a honra. Desse modo, numa visão evolutiva, não é mais plausível defender que os danos morais são decorrentes tão apenas da violação a personalidade, na medida em que tal construção termina por elidir os danos morais em favor de entes despersonalizados, como o nascituro; outro questionamento decisivo proposto foi: Pode haver a configuração da indenização por danos morais em favor daquele desprovido de personalidade? Em tom dialético, é pertinente defender os danos morais em favor dos nascituros, se houver a agressão à imagem, não obstante a ausência de personalidade. Isto é, não cabe o aprisionamento científico a partir do qual só cabem os danos morais se houver vilipêndio à personalidade, afinal, tal proposição deixaria de cumprir o escopo existencialista constitucional-civilista, que consiste na tutela da integridade corpórea e psíquica de seus destinatários, sobretudo quando estivermos diante de seres destacadamente vulneráveis, como é caso dos nascituros.

Conclui-se que a imagem verdadeiramente encontra seu respaldo na proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, e sob a égide infraconstitucional na personalidade. Desse modo, é essencial que as mais distintas fontes do Direito, proporcionalmente e racionalmente, primem pela defesa da imagem, tendo em vista a solidariedade e a vulnerabilidade. O Direito Civil responde ao dano moral por meio do arbitramento de indenização. Porém, não se pode perder de vista que a indenização não é capaz de reparar a violação ao bem jurídico indisponível e extrapatrimonial.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRETAS, H. R. Os destinatários do Direito à imagem e a gradação biológica: o alcance da imagem a partir de uma visão cosmopolita constitucional privatista

BRETAS, Hugo Rios. **O idoso no ordenamento jurídico**: Reflexões acerca das (in) congruências concernentes às definições teóricas do idoso. [S. l.]: Novas Edições Acadêmicas, 2014.

BRETAS, Hugo Rios; FIALHO, Claudia. Sujeitos de direito: pessoas nascidas e pessoas por nascer. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 86, mar. 2011. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9232&revista_caderno=6. Acesso em: 10 jul. 2018.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 21. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. *In*: SCHREIBER, Andreson; KONDER, Carlos Nelson (org.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 08-23.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WOJTYLA, Karol Józef. Carta do Santo Padre João Paulo II aos participantes na Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, Vaticano, 2002.