# UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

## FUNDAÇÃO FACULDADE DE DIREITO

### PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**MATHEUS FERREIRA BEZERRA**


# A IMAGEM E SUA PROJEÇÃO:

## UMA ANÁLISE SOBRE A EXPLORAÇÃO DA IMAGEM NO DIREITO BRASILEIRO


**Salvador**

**2020**

**MATHEUS FERREIRA BEZERRA**

# A IMAGEM E SUA PROJEÇÃO:

## UMA ANÁLISE SOBRE A EXPLORAÇÃO DA IMAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Dorea Martinez Carreiro

Salvador

2020

# FICHA CATALOGRÁFICA

B574 Bezerra, Matheus Ferreira
A imagem e sua projeção: uma análise sobre a exploração da imagem no direito brasileiro / por Matheus Ferreira Bezerra. – 2020.
223 f.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Dorea Martinez Carreiro.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2020.

1. Personalidade (Direito). 2. Direitos autorais. 3. Direito à própria imagem. I. Carreiro, Luciano Dorea Martinez. II. Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 342.085

Biblioteca Teixeira de Freitas, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia

MATHEUS FERREIRA BEZERRA

# A IMAGEM E SUA PROJEÇÃO:

## UMA ANÁLISE SOBRE A EXPLORAÇÃO DA IMAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Salvador, 08 de junho de 2020

## Banca Examinadora

Luciano Dorea Martinez Carreiro (Orientador) _____

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil

Universidade Federal da Bahia

Roxana Cardoso Brasileiro Borges _____

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil

Universidade Federal da Bahia

Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho _____

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil

Universidade Federal da Bahia

Flávio Murilo Tartuce Siva _____

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil

Escola Paulista de Direito

Antônio Carlos Morato _____

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil

Universidade de São Paulo

A

minha família, minha esposa Jamille e minha filha Rubi, meus pais João Nilson e Mariluze e minhas duas irmãs, Renatha Mallu e Laysa, que tanto me deram força desde a seleção até a conclusão deste curso.

## AGRADECIMENTOS

Agradecer é sempre uma tarefa muito difícil, pois, para chegarmos a algum lugar, muitas pessoas contribuem de alguma forma na nossa caminhada, cada um na medida de sua possibilidade ou capacidade. Desse modo, apesar do registro aqui feito, é possível que nem todas as contribuições ao resultado final do trabalho sejam aqui lembradas.

Por força disso, para evitar um extenso agradecimento, com uma infindável lista de nomes, desde o momento da gestação da minha mãe até o depósito deste trabalho, mostra-se essencial o agradecimento àqueles que mais contribuíram, especificamente, na trajetória acadêmica do doutorado e para o resultado final desta pesquisa.

Sendo assim, em primeiro lugar, devo começar agradecer a minha família a quem dediquei este trabalho; aos meus colegas de escritório Argemiro Nascimento Filho, Paulo Henrique Lopes Toledo, Iêdo Lobo Filho, ao acadêmico Breno Alexandre e a secretária Rita Rosana, e aos colegas de docência, na Universidade do Estado da Bahia (UNEB), em especial a Pedro Augusto Lopes Sabino.

Aos professores, que possibilitaram novas descobertas ao longo do curso, como os professores do programa, em especial ao meu orientador Luciano Dorea Martinez Carreiro e aos demais membros da banca Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho, Flávio Murilo Tartuce Silva e Antônio Carlos Morato, além dos demais servidores do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Enfim, todos aqueles que sempre me ajudaram, direta ou indiretamente, muito obrigado!

“Ao entrar no sótão, encontraram, pendurado na parede, um esplêndido retrato padrão tal como eles o haviam visto pela última vez, em todo o esplendor da juventude e beleza extraordinárias. Deitado no chão, havia um homem morto, em traje de noite, com uma faca no coração. Estava seco, enrugado, com um rosto odioso. Só quando examinaram seus anéis reconheceram quem era”.

(O retrato de Dorian Gray, Oscar Wilde, 2018).

BEZERRA, Matheus Ferreira. A imagem e sua projeção: uma análise sobre a exploração da imagem no direito brasileiro. 222 p. 2020. Tese (doutorado) – Doutorado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

## RESUMO

O direito de projeção consiste numa perspectiva de análise da exploração da imagem, considerando todos os agentes envolvidos no processo de captação e divulgação da mesma, tais como o projetor, o projetado e o autor da obra. Neste sentido, deve-se compreender tanto o processo de criação de uma obra, que coloca um direito da personalidade à sua disposição, quanto a relação estabelecida entre os direitos da personalidade com a exploração da obra. Assim, o presente estudo apresenta o tratamento dado ao direito autoral, para a compreensão da proteção da obra e do autor atualmente. Doravante, considerando os outros elementos que causam tensão ao direito autoral e a sua publicação, analisa-se o direito à imagem, inserido na proteção dos direitos da personalidade, tendo em vista a sua afirmação no direito civil brasileiro e algumas influencias advindas do direito de outros países, sua inserção no Código Civil e abordagem civil constitucional, a relação deste com a obra e com o direito de projeção, as especificidades deste, a possibilidade de celebração de negócio jurídico com um direito da personalidade, os limites entre o direito de imagem, considerando o conflito entre direitos fundamentais de igual proteção, e o direito de projeção e considerando uma classificação que analisa a imagem projetada sob o ponto de vista da sua exploração.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos da Personalidade. Direito Autoral. Projeção de Imagem. Conteúdo econômico da Imagem.

BEZERRA, Matheus Ferreira. The image and its projection: a analysis of the exploitation of the image in Brasilian law. 222 p. 2020. Thesis (Doctorate) – PhD in Law, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

## ABSTRACT

The projection right consists of a perspective of analysis of the exploration of the image, considering all the agents involved in the process of capturing and disseminating the same, such as the projector, the projected and the author of the work. In this sense, one must understand both the process of creating a work, which puts a privacy right at its disposal, and the relationship established between personality rights and the exploration of the work. Thus, this study presents the treatment given to copyright, to understand the protection of the work and the author today. Henceforth, considering the other elements that cause tension to the copyright and the his publication, the right to image is analyzed, inserted in the protection of the privacy rights, since its affirmation in the Brazilian civil law and some influences received from the law of other countries, its insertion in the Civil Code and the approach constitutional civil, its relationship with the work and the right of projection, its specificities, the possibility of entering into a legal business with a privacy right, the limits between the right of image, considering the conflict between fundamental rights of equal protection, and the right of projection and considering a classification that analyzes the projected image from the perspective of its exploitation.

**KEYWORDS:** Privacy right. Copyright. Image projection. Publicity right

BEZERRA, Matheus Ferreira. La imagen y su proyección: un análisis sobre la explotación de la imagen en el derecho brasileño. 222 p. 2020. Tesis (doctorado) - Doctorado en Derecho, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

## RESUMEN

El derecho de proyección consiste en una perspectiva de análisis de la exploración de la imagen, considerando todos los agentes involucrados en el proceso de capturar y difundir la misma, como el proyector, el proyectado y el autor del trabajo. En este sentido, uno debe comprender tanto el proceso de creación de una obra, que pone un derecho de la personalidad a su disposición, como la relación establecida entre los derechos de la personalidad y la exploración de la obra. Así, este estudio presenta el tratamiento dado a los derechos de autor, para comprender la protección de la obra y el autor de hoy. En adelante, considerando los otros elementos que causan tensión al derecho de autor y su publicación, se analiza el derecho a la imagen, insertado en la protección de los derechos de la personalidad, una vez que su afirmación en la ley civil brasileña y algunas influencias derivadas del derecho de otros países, su inserción en el Código Civil y el enfoque civil constitucional, su relación con la obra y el derecho de proyección, sus especificidades, la posibilidad de celebrar en un negocio legal con un derecho de personalidad, los límites entre el derecho de imagen, considerando el conflicto entre los derechos fundamentales de igual protección, y el derecho de proyección y considerando una clasificación que analiza la imagen proyectada desde el punto de vista de su explotación.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos de la personalidad. Derecho autoral. Proyección de imagen. Contenido económico de la imagen

# LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a. C – Antes de Cristo

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgRgAg – Agravo Regimental no Agravo

ART – Artigo

ARTS. – Artigos

BGH – *Bundesgerichtshof* (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha)

CC – Código Civil

CC/1916 – Código Civil brasileiro de 1916

CF – Constituição Federal

CF/88 – Constituição Federal brasileira de 1988

CFM – Conselho Federal de Medicina

DF – Distrito Federal

DJ – Diário da Justiça ou Diário do (Poder) Judiciário

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

EN. – Enunciado

INC. - Inciso

JULG – Julgamento

MIN – Ministro/Ministra

MG – Minas Gerais

OMPI – Organização Mundial de Propriedade Industrial

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RJ – Rio de Janeiro

RS – Rio Grande do Sul

P. – Página/Páginas

PUBL. – Publicação

ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUM – Súmula

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos do Homem

TV – Televisão

**SUMÁRIO**

**1. INTRODUÇÃO ..... 12**

**2. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE ..... 20**
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS ..... 21
**2.1.1 A primeira fase: a tutela penal ..... 22**
**2.1.2 A segunda fase: a proteção constitucional ..... 23**
**2.1.3 A terceira fase: a proteção civil ..... 27**
**2.1.4 A quarta fase: a proteção da dignidade humana ..... 29**
2.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO ..... 33
**2.2.1 A Constituição de 1988 ..... 34**
**2.2.2 O Código Civil de 2002 ..... 40**
**2.2.3 Características dos Direitos da Personalidade ..... 43**
**2.2.4 Valores Protegidos pelos Direitos da Personalidade ..... 45**
*2.2.4.1 Direito à vida ..... 46*
*2.2.4.2 Direito à integridade física ..... 48*
*2.2.4.3 Direito ao nome ..... 51*
*2.2.4.4 Direito à honra ..... 52*
*2.2.4.5 Direito à vida privada (privacidade) ..... 54*
*2.2.4.6 Direito à imagem ..... 57*
**2.2.5 Direitos da personalidade de pessoas jurídicas ..... 59**
**2.2.6 A tutela protetiva dos Direitos da Personalidade ..... 60**
2.3 A DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE ..... 62

**3. O DIREITO DE PROPRIEDADE ..... 65**
3.1 A PROPRIEDADE MATERIAL ..... 65
**3.1.1 Um breve relato histórico sobre a propriedade ..... 66**
**3.1.2 A propriedade a partir da Constituição Federal de 1988 ..... 70**
**3.1.3 Espécies de propriedade ..... 72**
**3.1.4 O Código Civil de 2002 ..... 74**
**3.1.5 A função social da propriedade ..... 77**
**3.1.6 Das características da propriedade ..... 78**

3.2 A PROPRIEDADE INTELECTUAL ..... 81
**3.2.1 Aspectos históricos dos direitos autorais ..... 81**
**3.2.2 A Tutela do Direito Autoral no Brasil ..... 87**
**3.2.3 A Natureza Jurídica do Direito Autoral ..... 89**
**3.2.4 Da Autoria das Obras ..... 93**
**3.2.5 Direito Moral x Direito Patrimonial ..... 94**
*3.2.5.1 Os direitos morais ..... 94*
*3.2.5.2 Os direitos patrimoniais ..... 95*
*3.2.5.3 Do contrato de cessão de direitos autorais ..... 97*
*3.2.5.4 Da autorização e da licença ..... 98*
*3.2.5.5 Dos limites temporais da exploração econômica ..... 99*
*3.2.5.6 Das limitações ao Direito Autoral ..... 100*
**3.2.6 A obra e suas espécies de proteção ..... 102**
*3.2.6.1 A Obra Audiovisual ..... 104*
*3.2.6.2 A Obra Fotográfica ..... 106*
*3.2.6.3 A Obra Literária ..... 107*
*3.2.6.4 A Obra de Artes Plásticas ..... 107*
**3.2.7 Os Direitos Conexos de Imagem e Voz ..... 108**
*3.2.7.1 Os Artistas, interpretes e executores (Intérpretes) ..... 109*
*3.2.7.2 O Direito de Arena ..... 111*
*3.2.7.3 A Obra Fonográfica ..... 112*
*3.2.7.4 As Obras Radiofônicas ..... 112*

**4. A IMAGEM E SUA PROJEÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A EXPLORAÇÃO DA IMAGEM NO DIREITO BRASILEIRO ..... 114**
4.1 O DIREITO À IMAGEM ..... 118
**4.1.1 Da autonomia do direito à imagem ..... 119**
**4.1.2 A proteção jurídica do direito à imagem ..... 122**
*4.1.2.1 Antecedentes históricos do direito à imagem em outros países ..... 123*
*4.1.2.2 O direito à imagem no Brasil ..... 126*
4.2 O DIREITO DE PROJEÇÃO DA IMAGEM ..... 134
**4.2.1 O fenômeno da projeção ..... 135**
**4.2.2 Imagem e projeção: algumas distinções necessárias ..... 137**
**4.2.3 Natureza Jurídica ..... 143**

**4.2.4 O titular do direito de projeção da imagem ..... 151**
**4.2.5 A possibilidade de alienação ..... 153**
**4.2.6 Do contrato de imagem ..... 156**
**4.2.7 A liberdade de informação e o direito à informação associados ao direito de projeção de imagem ..... 161**
**4.2.8 A Limites ao *direito de projeção de imagem* ..... 165**
**4.2.9 As hipóteses de uso lícito não autorizado da imagem trazidas pelo art. 20 do Código Civil brasileiro ..... 172**
4.3 CONFLITOS CONCRETOS ENTRE O *DIREITO À IMAGEM* E O *DIREITO DE PROJEÇÃO DE IMAGEM* ..... *176*
**4.3.1 Classificação da imagem quanto o direito de projeção ou a sua exploração ..... 176**
**4.3.2 Aplicação da classificação nos casos de conflito (direito à imagem x liberdade de informar) ..... 180**
*4.3.2.1 Limites contratuais da projeção da imagem (Imagem-projeção) ..... 181*
*4.3.2.2 Limites legais da exploração da imagem (imagem-fato) ..... 184*
*4.3.2.3 Limites à exploração da imagem-valor ..... 194*
4.4 A REPARAÇÃO DE DANOS ENVOLVENDO A IMAGEM ..... 196

**5 CONCLUSÕES ..... 204**

**REFERÊNCIAS ..... 211**

## 1. INTRODUÇÃO

As transformações sofridas pelo direito civil nos últimos anos redirecionaram a ordem privada para a tutela do indivíduo, enquanto ser humano e social, contrastando com a anteriormente formulada, que visava a proteção do indivíduo, enquanto ser abstrato e isolado, possível detentor ou potencial detentor de uma patrimônio ou de uma família, verificada no ordenamento jurídico liberal consolidado no Brasil, sobretudo, até parte da vigência do Código Civil de 1916.

Nesse sentido, diante das mudanças na sociedade ocidental, motivadas principalmente pelas alterações das relações econômicas e sociais do século XX, que transformaram as estruturas existentes, o Direito Privado apresentou uma nova proposta, de maior proteção do ser humano, a partir de uma série de movimentos jurídicos, que culminaram com a constitucionalização, a publicização e a repersonalização do Direito Civil, modificando o seu enfoque, a fim de comportar a proteção do indivíduo enquanto ser humano, concreto e imerso no ambiente social.

Doravante, ressalte-se que, por publicização, entende-se uma maior interferência do interesse público sobre as relações privadas; por constitucionalização, uma leitura do direito civil de acordo com os valores da Constituição (LOBO, 2012a) e por repersonalização, uma maior valorização do ser humano em relação ao patrimônio (FACHIN, 2000). Estes movimentos impulsionaram uma revisão das posições liberais, patrimonialistas e positivistas até então adotadas, permitindo uma nova leitura do Direito Civil sobre as relações privadas.

Não obstante, some-se a isso que, atualmente, o Direito Civil vive em outro paradigma que substituiu o modelo da mecânica formal das conclusões, decorrentes de um ideal da completude, pelo modelo da construção da dinâmica funcional da justiça ao caso concreto, que fortaleceu o processo interpretativo e resultou na própria reconstrução do sentido dos institutos do Direito Civil (FACHIN, 2015).

Desse modo, as transformações ocorridas ao longo do século XX, somadas ao contexto do Pós-Segunda Guerra Mundial, que trouxeram à tona a necessidade de maior proteção da dignidade humana, ainda apresentou ao Direito Civil uma nova compreensão de bens a serem tutelados, os direitos da personalidade, aqueles inerentes à própria condição humana, como um reflexo sobre o novo comportamento jurídico privado, que, numa perspectiva mais voltada à pessoa (o "ser"), confere uma tutela a bens jurídicos que não se inserem no processo de apropriação (o "ter").

Por conseguinte, este processo, que resultou em significativas mudanças para a ciência jurídica, trouxe uma maior proteção do ser humano, em busca da concretização da dignidade humana, considerada como o valor-guia da ordem jurídica (SARLET, 2001). Neste contexto, no desiderato que o ser humano não seja um meio, mas um fim da normatividade jurídica, como preconiza o princípio da dignidade humana, protegido pela Constituição Federal de 1988 (inciso III, do art. 1º), o que se estende às relações privadas.

Nesse sentido, ressalte-se que a dimensão atribuída aos direitos da personalidade assume uma condição de proteção elástica, que compreende situações atípicas, pois não se trata propriamente de um direito, mas de um "valor", como se situa o pensamento de Pietro Perlingieri (2002, p. 156), pelo que se entende que "tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas".

Sendo assim, a compreensão da existência de um direito essencial ao indivíduo permitiu a mudança da consciência moral vigente, a ponto de se reconhecer a proteção no direito positivo (CUPIS, 2008). Destarte, em arrimo à proteção constitucional da dignidade humana, o Direito Civil também reconheceu a necessidade de proteção do homem, através do que se convencionou a chamar de direitos da personalidade, na ordem jurídica privada.

Nesse diapasão, as diversas manifestações do direito da personalidade passaram a ser cada vez mais reconhecidas, valorizadas e protegidas no direito brasileiro, além da sua compreensão no plano social, principalmente a partir da democratização promovida pela Constituição Federal de 1988, com uma crescente discussão sobre o direito à vida, à saúde, à diversidade, à intimidade, ao nome, à origem genética, à proteção à imagem, à honra, às liberdades, dentre outros, protegidos especialmente no art. 5º que trata dos direitos individuais fundamentais.

Desse modo, os direitos da personalidade, contemplados pela ciência jurídica de modo enunciativo, a partir do século XIX, ganharam força com a ideia de proteção da dignidade humana, em meados do século XX, passando, assim, a serem considerados bens jurídicos ligados à própria condição humana, donde são tratados como inalienáveis, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, intransmissíveis e vitalícios. Logo, observa-se que há um comando negativo desta tutela, voltado tanto para o Estado, quanto para os demais indivíduos, nas relações privadas, que devem se abster de atentar contra a esfera de proteção conferida pelo Direito Civil à condição humana.

Entretanto, inserida numa realidade social que exalta a imagem, reconhecendo nela um elemento de valor econômico, e que permite, diante do estado da técnica, a sua captação e publicação em poucos segundos, aliada às corriqueiras negociações envolvendo o seu

uso para fins econômicos e comerciais, a proteção negativa dos direitos da personalidade, tais como a inalienabilidade, que posiciona a imagem como um bem fora do comércio, insuscetível de negociação, mostra-se incapaz de contemplar essa realidade posta. Com efeito, esta perspectiva, eminentemente proibitiva, é incapaz de compreender e disciplinar a dinâmica das relações sociais estabelecidas, que se valem da exploração da imagem, inclusive, sob a sua forma onerosa, sem que isso implique, necessariamente, em nulidade ou violação destes atos de disposição, que possibilite uma intervenção estatal.

Além disso, saliente-se também que a construção de uma sociedade humana num Estado Democrático de Direito, compreende uma valorização da liberdade (de expressão, de criação, de manifestação), bem como o acesso à informação, que possibilitam uma maior utilização da imagem de terceiros, em prol da ampliação das liberdades, das manifestações autorais e, consequentemente, do desenvolvimento cultural.

Diante disso, verifica-se que a possibilidade de dispor de alguns direitos da personalidade, associada com a compreensão plena da liberdade de expressão e do direito à informação, pode resultar na permissão da utilização desenfreada da exposição da imagem, da intimidade, da privacidade, em obras, como os programas televisivos denominados de *reality show*, a publicação de fotos íntimas e privadas nos sítios eletrônicos e em redes sociais, divulgação dos resultados de exames de DNA para comprovação de paternidade, o assédio dos *paparazzi*, a exposição de criminosos nos programas de televisão, a divulgação de relações afetivas de pessoas "públicas" ou em locais públicos, a ofensa à honra nos meios de comunicação, a utilização da imagem nas obras literárias.

Por outro lado, a proteção conferida aos direitos da personalidade, quando sobrepostos às liberdades de expressão, criação, manifestação e o acesso à informação, possibilita a proibição da publicação de determinado conteúdo, sob a assertiva da tutela da imagem, o que promove uma vedação ao acesso à informação e à manifestação do pensamento ou à criação humana, impedindo, muitas vezes, a veiculação da informação de interesse público, o desenvolvimento cultural e a produção autoral.

Além disso, uma interpretação inflexível do conteúdo da inalienabilidade do direito da personalidade impede também a disposição da imagem pelo titular, com uma contrapartida onerosa, o que pode representar uma limitação para o indivíduo alcançar o seu projeto de vida à luz da dignidade humana. Assim, em se tratando de uma proibição que não contempla a dignidade humana, nota-se que o posicionamento do Código Civil merece uma reflexão específica, pois conduz o intérprete ao questionamento sobre a eficácia da proteção conferida ao direito, através da norma infraconstitucional, a fim de se descobrir se a

sua disposição está apropriada e se o direito fundamental foi satisfeito na norma ordinária (CANARIS, 2003), mesmo porque a norma constitucional sempre deverá ser aplicada (LÔBO, 2008).

Doravante, observa-se um iminente conflito de interesses juridicamente tutelados, haja vista que a proteção dos direitos da personalidade não implica, necessariamente, em direito de censura ou na completa exclusão da exposição do ser humano nas obras, onerosa ou gratuitamente, nem tampouco que a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento e o direito à informação sejam capazes de autorizar que os autores exponham todos os acontecimentos referentes à vida de uma pessoa, com a utilização ilimitada da imagem.

Nesse sentido, considerando os valores constitucionais envolvidos, o presente trabalho busca estudar os aspectos jurídicos que envolvem a exploração da imagem e os seus limites no direito brasileiro, numa sociedade fortemente influenciada pelo aspecto "visual", como forma de comunicação, propaganda e de obtenção de ganhos econômicos, a fim de compreender a fronteira entre o lícito e o ilícito civil, bem como as consequências jurídicas das suas captações, publicações e das relações negociais estabelecidas com a imagem.

Desse modo, diante do confronto de bens protegidos pelo direito, tais como a atividade econômica e a autonomia privada, a liberdade de expressão, a manifestação do pensamento, o direito à informação, muitas vezes ligados aos direitos culturais, com a proteção dos valores ligados à personalidade humana, em especial a imagem, faz-se necessário estudar de forma específica e aprofundada este contraste, a fim de harmonizar os valores envolvidos.

Nesse contexto, diante da proteção jurídica conferida ao ser humano, trazida, nos últimos anos, pelos direitos Civil e Constitucional, que, ao protegerem a dignidade como um bem, contrasta com as transformações econômicas e sociais, que promovem a exploração da imagem humana e o seu potencial comercial, questiona-se: como a tutela dos direitos da personalidade pode se harmonizar com a exploração da imagem nas obras no direito brasileiro?

A atual compreensão jurídica sobre os direitos da personalidade permite a construção de uma esfera de proteção ao ser humano, a partir das características que lhes são inerentes, para conter as eventuais lesões ou ameaças que lhe possam atingir, sem, contudo, mostrar-se capaz de abrigar as explorações decorrentes destes direitos.

De fato, o conteúdo do direito à imagem, como estabelecido pelo Direito Civil brasileiro, e, muitas vezes, defendido como solução única para diversos problemas que atin-

gem seu conteúdo, não são capazes de contemplar determinadas relações jurídicas, diante das explorações dos direitos da personalidade nas obras, como, por exemplo, a disponibilidade e a utilização adequada destes, em face da compatibilização dos direitos e valores protegidos no plano constitucional.

Nesse sentido, observa-se que a proteção jurídica do direito à imagem, como traçada atualmente, centrada no aspecto negativo e voltada para a proibição, não conduz a uma compreensão adequada do fenômeno da exploração da imagem nas obras. Assim, o conteúdo normativo contrasta com a liberdade (de manifestação, de criação e de disposição), que também se encontra abrigado pelos direitos da personalidade, além do direito à informação, com as restrições próprias da dignidade humana, diante da limitação da disponibilidade, de modo a promover a necessidade de se compreender os limites estruturais destes institutos e rediscutir as suas respectivas funções.

Com efeito, diante das transformações das relações sociais, os conteúdos dos diversos institutos jurídicos precisam ser revistos e revisitados pelo direito, no estudo de suas estruturas, a fim de que os mesmos se mostrem adequados ao contexto jurídico e social, ajustando, assim, as suas funções às necessidades, para assegurar uma maior efetividade dos direitos fundamentais existentes.

Doravante, no caso específico do direito à imagem, deve-se notar que o seu processo de negociação para a exploração, não envolve, necessariamente, a imagem em si, enquanto valor humano, passível de proteção pelos direitos da personalidade, mas uma representação, inserida numa obra, fruto da criação autoral, que se mostra passível de ser alienada, no seu aspecto patrimonial.

Contudo, ressalte-se que uma obra que traz um direito da personalidade, a exemplo do direito à imagem, possui restrições ao seu criador e/ou ao explorador, justamente por conviver com os aspectos negativos da tutela da pessoa, diante de um fenômeno denominado de projeção. A projeção, assim, consiste no enquadramento de um direito da personalidade numa obra que passa a comportar dois interesses jurídicos distintos.

Sendo assim, a projeção representa um fenômeno assaz importante na sociedade contemporânea, sobretudo, diante das facilidades dos meios técnicos de comunicação, publicação e de expressão, que podem representar lesão ou ameaça ao direito à imagem, colocando em conflitos os direitos individuais fundamentais, previstos no art. 5º da Carta Magna, da liberdade de expressão e manifestação do pensamento (IV, IX e XIV), com os direitos da personalidade (incisos V e X). Portanto, para se compreender melhor os limites

das normas jurídicas incidentes sobre estas relações, algumas distinções precisam ser estabelecidas.

Nesse contexto, a presente pesquisa apresenta como contribuição científica central e inovadora a análise aprofundada da imagem em face da sua proteção no direito brasileiro, enfocando, principalmente, os aspectos decorrentes de sua exploração, a partir de fatos e elementos que integram este ato, que, muitas vezes, são ignorados pela doutrina, tais como a importante distinção entre a *imagem* e a *projeção da imagem*, bem como as consequências e relações jurídicas estabelecidas a partir do reconhecimento desta distinção.

Ademais, o presente estudo ainda visa abordar os desdobramentos da proteção conferida ao direito à imagem, pelos direitos da personalidade, conforme dispostos no art. 20 do Código Civil, que permite a proibição da publicação de determinada obra para proteger os direitos da personalidade, o que infringe o direito de publicar.

Por conseguinte, o aprofundamento do estudo dos conflitos existentes entre os direitos fundamentais é de importância crucial para o desenvolvimento do conhecimento sobre a exploração da imagem. De fato, o exercício dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito implica em constantes tensões que não podem ser resolvidas *a priori*, no plano abstrato, com a eleição de valores absolutos, mas sim no plano concreto, à da unidade constitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009), o que coloca como questão central o estabelecimento de critérios para decidir a prevalência de um dos direitos (CASTRO, 2002).

Desse modo, a compreensão da tensão existente entre os direitos fundamentais, mencionados neste trabalho, demonstra a necessidade de um estudo que se aprofunde na própria estrutura e função do direito à imagem e dos direitos autorais, dentro da perspectiva constitucional do direito privado, a fim de se identificar os sentidos dos institutos nas relações contemporâneas, bem como de harmonizar os seus conteúdos com a efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Doravante, uma vez que os presentes conflitos não apresentam uma resolução *a priori*, nota-se que a harmonização dos valores envolvidos deve ocorrer com a ponderação dos princípios em conflito, a partir de um estudo mais aprofundado da imagem e da sua utilização, que compreende duas manifestações jurídicas: uma de natureza personalíssima e outra patrimonial, a exemplo do que ocorre com o direito autoral, de modo que se faz necessário avançar o estudo das repercussões patrimoniais dos direitos da personalidade, para se distinguir o que compreende o direito à imagem e o que compreende o direito de proje-

ção desta imagem, como forma refletir o fenômeno social e econômico a ser tutelado pelo direito, bem como os limites de utilização destes direitos.

Sendo assim, o presente trabalho objetiva estudar os limites da disponibilidade dos direitos da personalidade e a sua exposição nas obras, a partir de sua proteção legal conferida aos direitos da personalidade e aos direitos autorais, à luz dos princípios constitucionais e civis, que preconizam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, para que a utilização econômica da imagem esteja à disposição do indivíduo e não o indivíduo à disposição da projeção.

Neste sentido, o presente estudo busca: a) contextualizar os direitos da personalidade, a partir da evolução histórica e do panorama jurídico e social contemporâneo; b) estudar as relações estabelecidas pelo do direito autoral, à obra e o processo de exploração, em especial àquelas que envolvem a imagem; c) identificar os direitos fundamentais envolvidos, visando o estabelecimento de limites entre os possíveis confrontos, a partir da ponderação dos princípios; d) analisar da proteção da imagem no direito brasileiro e a proposta de compreensão do fenômeno da projeção da imagem, como meio de resolução de conflitos teóricos sobre a exploração desta e e) analisar os desdobramentos da compreensão da existência da projeção da imagem para a teoria do direito e a aplicação aos casos concretos.

Para tanto, o presente trabalho utilizará o método dialético, através de estudos comparativos dos institutos jurídicos envolvidos, que se contrapõem como forma de evolução científica, como o direito da personalidade e a sua exploração econômica nas obras autorais, ambas previstas pelo direito brasileiro, levando-se em consideração as vicissitudes espaciais e temporais e as suas respectivas peculiaridades, baseando-se na doutrina, especializada do direito civil, em especial sobre os direitos da personalidade, a promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais nas relações privadas, a obra no direito autoral, a natureza e a proteção jurídica do direito autoral e a existência da propriedade imaterial e suas manifestações econômicas, o direito à imagem e o tratamento jurídico da cessão da imagem para a exposição nas obras, sob os princípios civis, em conformidade com os preceitos constitucionais, dentre os quais a dignidade humana, os direitos individuais fundamentais, o direito à cultura, a partir de trabalhos publicados em artigos de jornais, revistas, livros, enciclopédias e dicionários, na jurisprudência que trate o tema direta ou indiretamente, sob a exposição da imagem e as suas implicações, e na legislação nacional, a fim de que se obtenha o entendimento que construa uma aplicação jurídica mais condizente com a harmonização das relações sociais e dos preceitos envolvidos.

Por derradeiro, saliente-se que o desenvolvimento do presente trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo tratará dos direitos da personalidade, seu processo evolutivo e suas principais características no direito brasileiro. O segundo capítulo tratará dos direitos autorais, seus aspectos patrimoniais, sua natureza, as obras protegidas e os direitos conexos. O terceiro capítulo tratará dos direito da projeção dos direitos da personalidade, em especial, da proteção conferida pelo direito à imagem, e do direito de projeção, com as consequências advindas no direito brasileiro do seu reconhecimento, dentre as quais uma classificação, segundo a exploração da imagem, capaz de facilitar a compreensão dos limites legais da utilização da imagem na obra, a fim de se estabelecer mais claramente o uso lícito e ilícito do trabalho autoral.

## 2. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade consistem num tema inerente ao Direito Civil que ganhou grande repercussão nos últimos séculos e, aos poucos, assumiu lugar de destaque nos debates jurídicos. No século XIX, quando a tutela civil passou a valorizar mais o "ser"; abrindo-se espaço para discussões existenciais, em detrimento de se pensar apenas no "ter", de modo que o homem, enquanto ser humano, também passou a ser compreendido como bem jurídico passível de proteção.

Nesse sentido, apesar de se estabelecer principalmente no século XIX, vale dizer que esta proteção civil da pessoa foi paulatinamente sendo construída ao longo da história do Direito, uma vez que este processo levou anos para ser suscitado, incluído e consolidado nos ordenamentos jurídicos privados. Logo, a proteção da pessoa na esfera civil veio a ser tratada muitos anos depois que outros institutos de direito privado, tais como a propriedade, o contrato ou a herança, que são conhecidos desde a antiguidade.

Com efeito, a história do direito de personalidade anuncia uma evolução gradativa da proteção do homem, que foi se expandindo de formas diferentes ao longo dos anos, consagrando-se quatro momentos distintos, que podem ser compreendidas como dimensões dos direitos da personalidade. Trata-se, pois, de momentos que se complementam, primeiro, partindo-se de uma tutela penal evidenciada desde a antiguidade, considerando algumas condutas como crimes; depois para uma motivação constitucional com a limitação do poder do Estado sobre o cidadão, que culminou, posteriormente, na consagração civil da proteção humana que abrange a tutela das relações privadas e, mais adiante, com a inserção do discurso da proteção da dignidade humana no ordenamento jurídico.

A partir de então, o presente trabalho buscará apresentar, neste capítulo, os direitos da personalidade, inicialmente através de seu processo histórico de consolidação, o seu conteúdo jurídico e o tratamento conferido pelo direito brasileiro, considerando-se as transformações ao longo do tempo.

Desse modo, antes de se adentrar numa abordagem sobre os direitos da personalidade, em si mesmos considerados, deve-se partir de uma análise sobre as suas transformações no curso histórico do Direito, na qual parte de proteções a aspectos específicos da condição social humana, do homem enquanto cidadão, ao longo dos seus processos de afirmação, para se desembocar numa proteção universal, do homem enquanto pessoa (ser humano), voltada ao "ser".

## 2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

No panorama histórico do direito da personalidade, considerando-se seus aspectos evolutivos, nota-se que a sua compreensão abrangeu, inicialmente, uma tutela penal, na antiguidade, passando por um processo de constitucionalização da proteção do homem, para depois estender suas bases também no direito civil, incidente nas relações privadas ou com repercussões privadas.

Ademais, ressalte-se que a ideia de uma compreensão dimensional do direito da personalidade permite tanto uma consideração da proteção do homem sob um aspecto cumulativo, ampliando o horizonte hermenêutico, quanto melhor sedimenta a noção de consolidação dos mesmos no âmbito temporal (BEZERRA, 2018).

De modo geral, a ideia de proteção do ser humano, como compreendido atualmente, que serve de gênesis para os direitos da personalidade, adveio com o fortalecimento do cristianismo que firmou a base moral destes, na busca pela proteção do homem e da sua dignidade (FERMENTÃO, 2006). Juridicamente, o marco desta proteção veio com a Declaração da Virgínia (1776) que firmou o ideal de proteção humana contra as violações, sobretudo, estatais (VELLOSO, 2003)[1].

Contudo, embora seja muito comum esta associação, dado o alicerce moral aqui estabelecido, vale dizer que a proteção dos direitos da personalidade tem sua gênese na Antiguidade, onde se iniciaram as primeiras manifestações legais de proteção ao ser humano, sobretudo, no que se refere ao estabelecimento de punição em caso de violações. Nesse sentido, nota-se, que o processo evolutivo não foi linear e isolado, restrito a um ramo do Direito, razão pela qual será adotada uma abordagem histórica dimensional, por permitir uma compreensão mais ampla sobre o tema.

Desse modo, os diversos momentos históricos foram promovendo transformações no direito, ampliando a proteção ao ser humano, o que resultou na construção contemporânea que abriga a tutela penal, a constitucional e a civil que devem ser contextualizadas, para melhor serem entendidas em sua essência atual e em suas perspectivas[2].

---

[1] Segundo o citado autor: "A preocupação com o ser humano, a necessidade de protegê-lo contra o poder estatal, é contemporânea da ideia de constituição que surge na segunda metade do séculos XVIII. A declaração da Virgínia, de 1776, foi a primeira que reconheceu os direitos individuais. Ela não foi, entretanto, a que teve maior divulgação. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, de 1789, foi mais conhecida. Em ambas, verifica-se a preocupação com a integridade física do homem e em assegurar-lhe garantias políticas" (VELLOSO, 2003).

[2] Este tríplice proteção é abordada por Isabel Cecília de Oliveira Bezerra (2006) que defende a tríplice proteção dos direitos da personalidade, com as tutelas constitucional, penal e civil. Neste diapasão, a primeira visa estabelecer e assegurar as garantias institucionais e processuais de proteção da pessoa; a segunda estabelece sanções penais contra a violação e a terceira se encontra voltada ao estabelecimento de meios processuais específicos de defesa e reparação patrimonial.

### 2.1.1 A primeira fase: a tutela penal

No plano do desenvolvimento histórico, os direitos da personalidade representam uma construção recente, uma vez que a proteção hoje dada pelo direito privado ao que se convencionou a chamar de "direitos da personalidade" nem sempre foi alvo de tutela pela ciência jurídica, principalmente se for considerado que, num primeiro momento, as normatizações do direito privado estavam mais direcionadas ao "ter" que ao "ser".

Nesse sentido, o enfoque jurídico destes direitos mudou ao longo dos anos, mas não se pode dizer que a previsão de proteção ao ser humano venha a ser uma novidade, haja vista que alguns autores noticiam legislações com previsões protetivas, dentre as quais, o Código de Hamurabi (1690 a. C.), que trazia direitos comuns aos homens, como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família (GUERRA, 2004).

Desse modo, na cultura jurídica ocidental da antiguidade, os gregos não reconheceram os direitos da personalidade, uma vez que aquela sociedade não admitia a subjetividade de tais direitos, mas apenas aqueles decorrentes de uma condição social, enquanto os romanos não reconheciam a personalidade como utilizada hoje, mas apenas aquela noção ligada à capacidade civil, restrita a determinadas pessoas, que deveriam ser conjugadas com os *status libertatis, familiae* e *civitatis* (SIQUEIRA, 2010).

Por conseguinte, de acordo com esse momento da evolução jurídica, ressalte-se que o instituto protetivo se encontra subentendido na esfera penal, de modo que Pontes de Miranda (2012) afirma que o direito da personalidade não nasce propriamente no direito civil, haja vista a sua natureza ubíqua.

Doravante, este mesmo posicionamento legal pode ser encontrado muitos anos depois, como consequência dessa tutela penal inicial, consoante lição de Antônio Menezes Cordeiro (2002) ressalta que a tradição portuguesa das ordenações do reino apenas se concentrava em penas impostas aos infratores aos direitos da pessoa.

Desse modo, a proteção dos direitos da personalidade não era contemplada na antiguidade, muito embora institutos como *dike kakegorias* na Grécia e *actio injuriarium* em Roma fossem utilizados para coibir ofensas à pessoa (NEVES, 2011). Porém, sob o ponto de vista prático, a concepção grega não previa uma proteção do indivíduo contra o Estado ou governantes, uma vez que a conduta estava sujeita ao julgamento da *polis*, que se pautaria na ética ou na política, não podendo se falar em direito, ao passo que os romanos já separavam o justo do lítico (GUERRA, 2004).

Aliado a estas, Leonado Zanini (2010) ressalta também o instituto jurídico de Atenas denominado de *hybris*, que com caráter penal, era destinado à proteção da pessoa con-

tra ultrajes, sevícias, ofensas corporais, a difamação, a violação de mulheres e o uso proibido da força sobre coisa alheia. Trata-se de medida significativa ao estudo, uma vez que se voltava para a criança, a mulher, o homem e o escravo, demonstrando um caráter universal da tutela.

A noção de personalidade somente veio após a influência teológico-cristã no direito que alterou a posição do homem em face da norma jurídica (SIQUEIRA, 2010), em especial, porque o cristianismo muda enfoque do ser humano, não mais visto como um cidadão, mas como uma pessoa (GUERRA, 2004).

Com efeito, a partir do momento em que a visão teleológica pensa o homem como um ser a imagem e perfeição de Deus, compreende-se este homem como uma pessoa, um ser dotado de consciência interior e busca pela vida eterna, decorrente de condição de criatura divina (CASTRO JUNIOR, 2013), o que minimiza as práticas atentatórias à existência e condição humana, em nome desta proximidade com o criador. Posteriormente, a visão racionalista, ao conceber o homem como um ser dotado de racionalidade e de dignidade, afasta-o de Deus e o aproxima da existência de outros seres vivos, começando-se a perceber uma proteção maior para resguardar a condição humana digna de cada ser[3].

Doravante, uma longa trajetória foi percorrida para que os direitos do homem fossem institucionalizados pelo Estado, no qual a *Carta Magna Libertarum* na Inglaterra (1215) representa um marco para os direitos humanos, que repercutiram nos direitos da personalidade, inicialmente, principalmente após o século XIX quando se incorporou a noção de vida privada (SARDAS, 2003).

Nesse momento, a proteção do ser humano diante do poder do recém-criado Estado Nacional se mostrou necessária, sendo incluídas nos próprios textos constitucionais, que foram gerados ao redor do mundo, a partir de que se convencionou a se chamar de direito fundamentais da primeira geração (ou dimensão), que buscaram uma proteção maior ao cidadão (indivíduo) em face do Poder Público.

### 2.1.2 A segunda fase: a proteção constitucional

Os direitos humanos e os direitos fundamentais consistem em construções relativamente recentes na história da humanidade, surgidas principalmente com os movimentos

---

[3] Segundo ensina Marco Aurélio de Castro Junior (2013, p. 27): "A percepção, então, era de que o Homem era conhecedor do universo, ciente de sua posição, mas cioso e orgulhoso aquilo que, se pensava, o distinguia de todas as demais espécies: ser racional. E a razão científica dava causa e esteio. Ser racional e poder governar-se com autonomia, ciente e consciente de tudo que o cerca, do que é, do que pode, do que

constitucionalistas modernos, que marcam uma disputa de território entre a proteção dada ao ser humano e o exercício do poder do Estado, a fim que este perca o seu caráter absolutista, voltado para si mesmo, passando a ser pensado como um meio para a realização do ser humano, detentor de direitos que devem ser respeitados e atendidos pelo poder público (BOBBIO, 2004).

Desse modo, ressalte-se que a construção da teoria dos direitos fundamentais considera a sua composição de acordo com o contexto histórico, que demonstra a evolução para o aperfeiçoamento da proteção a ser dada pelo conteúdo de tais direitos ao longo do tempo e do espaço, como ensina Dirley da Cunha Júnior (2018, p. 524-525):

> Do exame evolutivo dessas Declarações de Direitos percebe-se que existe uma constante e uma lógica nos sucessivos graus históricos da qualificação dos direitos humanos. Do terreno filosófico ao terreno jurídico, do direito natural ao direito positivo, das abstrações do contrato social aos tratados e às Constituições, essas Declarações logram instituir uma sociedade democrática e consensual, que reconhece a participação dos governados na formação da vontade geral. Desse envolver histórico das Declarações constata-se a afirmação progressiva de um direito fundamental básico, que repousa na cidadania ativa e participativa em uma sociedade democraticamente organizada, na qual o ser humano é a constante axiológica, o centro de gravidade para o qual convergem todos os interesses do sistema. Afere-se, portanto, desse contexto histórico a afirmação do direito humano fundamental a um catálogo de direitos, reconhecido e assegurado por uma Constituição que o torne efetivo e real. Resulta, enfim, dessa investigação que ora se conclui, como o ser humano necessita e depende de uma Constituição efetiva que organize e defina um Estado voltado a realizar a felicidade humana.

Sendo assim, nota-se que a construção dos direitos fundamentais reflete um processo evolutivo das sociedades modernas, que possuem o seu conteúdo modificado no tempo e no espaço, nas quais o controle do poder do Estado foi conquistado a partir de uma oposição em defesa de certo bem jurídico em dado momento, tais como a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

A partir de então, J. J. Gomes Canotilho (2003) ensina que os direitos fundamentais possuem quatro funções, a primeira consiste na defesa da pessoa humana e a sua dignidade perante o Estado, a segunda é a prestação, que consiste no direito de o indivíduo obter do Estado algo que ele não teria condições de conseguir com particulares, por não dispor de recursos financeiros suficientes, como a saúde e a educação, a terceira consiste na proteção do indivíduo perante terceiros e a quarta consiste na não discriminação.

A Constituição Federal de 1988, consagrou as diferentes gerações de direitos fundamentais, permitindo uma proteção mais ampla ao ser humano, inaugurando um novo momento histórico, ao se buscar que o indivíduo passasse a ser tratado como detentor de

---

realiza, do que quer, permitia considerar-se, enquanto espécie, superior às demais. Por isso, sujeito de Direito e *não* objeto de Direito, haja vista que na escala evolutiva teria atingido o ápice, o cume".

direitos e não somente de deveres em face ao Estado, deixando a sua condição de súdito para assumir uma condição de cidadão, o que representa um novo momento para a consagração dos direitos humanos (BOBBIO, 2004).

Porém, apesar de toda a importância das dimensões dos direitos fundamentais para a proteção humana na atualidade, para fins do presente estudo, serão utilizados apenas os direitos da primeira dimensão, os direitos individuais fundamentais, referente à liberdade do indivíduo em face do Estado, que se encontram diretamente ligados aos direitos da personalidade.

Neste contexto, apesar das mudanças promovidas pelos movimentos constitucionalistas de proteção ao indivíduo, esta modificação ainda não foi capaz de trazer ao direito um novo olhar para o "ser humano", uma vez que, na Idade Moderna, o Código de Napoleão (1804), de matriz individualista, estava pautado nos princípios do direito privado eram a família monocrática, a propriedade individual, a autonomia individual e a responsabilidade individual, na qual o direito de propriedade, tido como absoluto, concentra a maior proteção normativa (GILISSEN, 1995).

O Código Civil brasileiro de 1916, seguindo a linha do Código Civil francês (1890), que consagra uma matriz patrimonialista e individualista[4], não trouxe uma previsão dos direitos da personalidade, mas apenas uma previsão sobre a ideia de personalidade, de acordo com a concepção clássica do direito, segundo a qual consistia na "[...] aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações" (BEVILAQUA, 1975, p. 71), como explica Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 9):

> A noção de pessoa e, conseqüentemente, de sujeito de direito era tida como meramente formal, sem conteúdo, pois significava nada mais que a situação de um ente a quem o ordenamento jurídico reconhecia a potencialidade de participar de relações jurídicas, a potencialidade de adquirir direitos e deveres. O conceito de personalidade jurídica esteve, dessa forma, ligado a um papel que o homem pudesse vir a exercer no mundo jurídico, a uma função que ele pudesse vir a ocupar em dada relação jurídica.

---

[4] Nesse sentido, Orlando Gomes (2006, p. 22) assim analisa o período histórico do Código Civil de 1916: "No período de elaboração do Código Civil, o divórcio entre a elite letrada e a massa inculta perdurava quase inalterado. A despeito de sua ilustração, a aristocracia de anel representava a racionalizava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, que não perdera o seu teor privatista, nem se libertara da estreiteza do arcabouço econômico, apesar do sistema de produção ter sido golpeado fundamente em 1888. Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite e se contivesse, do mesmo passo, no círculo de realidade subjacente que cristalizara costumes, convertendo-os em instruções jurídicas tradicionais. Devido a essa contensão, o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial. Suas concepções a respeito dessas instituições transfundem-se tranquilamente no Código. Não obstante, desenvolveu-se, à larga, a pretensão da elite letrada para elaborar um Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que no seu idealismo, fazia da sociedade".

Assim sendo, a construção jurídica daquela época entendia a personalidade apenas como um atributo do ser, a fim de que o mesmo possuísse condição para a prática dos atos da vida civil, uma criação social que permite o movimento do aparelho jurídico, de modo que alguns sistemas jurídicos não reconheciam a personalidade a certas pessoas, como por exemplo, os escravos e estrangeiros, ou ainda com graus de distinção, como ocorriam entre patrícios e plebeus (BEVILAQUA, 1975).

Destarte, percebe-se que a personalidade no direito civil está ligada a noção de capacidade jurídica e voltada para a prática dos atos civis, não como uma proteção, mas apenas como uma condição para que o indivíduo participe da ordem jurídica privada como um sujeito, de sorte que nem sempre as noções de "homem", "pessoa" e "sujeito" estavam associadas. Isso porque, como leciona Marco Aurélio de Castro Júnior (2013), o conceito de pessoa, enquanto sujeito de direito, é um conceito em evolução, de modo que, em determinados momentos algum grupo poderá ser incluído ou excluído da proteção jurídica dada à pessoa.

Contudo, esta concepção individualista levou a sociedade a algumas distorções, sobretudo econômica, de modo que, paulatinamente, foi cedendo espaço a um direito mais voltado a atender a efetiva igualdade, trazendo o direito privado para uma "publicização" ou "socialização" que encontrou seu contrapeso no Código alemão (1896) que consagrou a teoria do abuso de direito, a boa-fé (GILISSEN, 1995).

O âmbito constitucional abriu espaço para a expansão inicial dos direitos da personalidade, mas ainda não foi suficiente para a sua maior proteção na esfera civil. Sendo assim, a despeito de representar uma proteção nas legislações civis de alguns países, a exemplo a Lei Romena (1895), o Código alemão (1900), o Código Civil italiano (1942). No direito português, o racionalismo de Visconde de Seabra permitiu transcender esta proteção do ser humano para a esfera puramente privada, com a positivação dos chamados "direitos originários", inseridos no Código Civil português de 1867 (arts. 359 a 368), como resultado das influências constitucionais dos direitos do homem (CORDEIRO, 2002).

Doravante, o terceiro movimento de proteção dos direitos da personalidade somente se deu quando o Direito passou a incorporar o valor para a resolução de conflitos. Nesse contexto, trouxe-se a ideia de proteção do sujeito em si mesmo, abrindo-se os horizontes do direito civil que antes estava limitado em proteger os objetos e não necessariamente os sujeitos.

### 2.1.3 A terceira fase: a proteção civil

Complementando a proteção humana da personalidade, os movimentos jurídicos passaram a compreender uma nova expressão de tutela, conjugada com os direitos fundamentais e com a tutela penal, que foi reconhecida como direitos da personalidade, não restrito apenas ao nome, mas ligadas à própria condição humana.

Segundo leciona Caio Mário da Silva Pereira (2011), o tratamento dos direitos da personalidade, de forma sistemática, pelo direito brasileiro se constitui numa inovação, motivada pela exigência do mundo contemporâneo e da comunidade internacional que conclamaram uma disciplina dos direitos à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e da Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 5º, que consagrou a proteção à intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Nesse sentido, algumas legislações civis passaram a assimilar a proteção do ser humano também na esfera privada, mais condizente com o "ser" que o tradicional "ter" já contemplado pelo direito civil, a exemplo do Código Português (1966)[5] e o Código Civil brasileiro de 2002, que trouxeram não somente a proteção em si, mas também uma nova forma de proteção, a partir da tutela específica em capítulo próprio ao tema (SIQUEIRA, 2010).

Em arrimo a esta análise evolutiva dos direitos da personalidade, explica Alice Lúcia Porto de Barros et. al. (2002, p. 16):

> Ao início do século passado, quando da vigência do anterior Código Civil, época em que reinava o liberalismo, não se cogitava de a pessoa humana vir a ser objeto de tutela também nas relações de direito privado, na medida em que as legislações da época, nas quais se inspirou nosso legislador civil, tinham como preocupação central a proteção do patrimônio, bem como a circulação de riquezas e não o próprio homem. Retrato dessa afirmativa é que as constituições democráticas continham dispositivos que retratavam liberdades públicas, nada se detectando, no âmbito do direito privado, no concernente às normas de proteção à pessoa humana, em suas relações interprivadas. Daí a primazia e importância das normas relativas aos direitos da personalidade, inseridas em um estatuto que se destina a reger as relações privadas na sociedade.

---

[5] De acordo com o direito português, os direitos da personalidade foram alocados nos artigos 70 a 81 do Código Civil de 1966. Nestes, inicialmente a abordagem se deu pela "tutela geral da personalidade" (art. 70º), segundo o qual: "1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral" e mais adiante: "2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida" (PORTUGAL, 1966). Além disso, segundo Letícia de Farias Sardas (2003), o diploma citado trouxe regras claras contra ofensas a defesa das pessoas falecidas (art. 71º), direito ao nome (art. 72º) e ao pseudônimo, a confidencialidade das cartas missivas (arts. 75º e 76º), as memórias familiares e outros escrito (art. 78º), direito à imagem (art. 79º) e à intimidade e à vida privada (art. 80º).

Por conseguinte, a partir do Código Civil de 2002, os direitos da personalidade foram abordados nos arts. 11 a 21, do Capítulo II ("Direitos da Personalidade"), do Título I ("Das Pessoas Naturais"), do Livro I ("Das Pessoas"), da Parte Geral, no qual é feita uma abordagem sobre intransmissibilidade e sua irrenunciabilidade (art. 11), a reparabilidade em caso de lesão ou ameaça de lesão, com cessação dos atos danosos (art. 12), a proteção ao corpo (arts. 13 e 14), à vida (art. 15), ao nome e ao patronímico, ao pseudônimo (arts. 16 a 19), à privacidade e intimidade (arts. 20 e 21), dentre outros, demonstrando uma sintonia da legislação nacional com a doutrina moderna e com a perspectiva filosófica de proteção do homem, enquanto ser humano (BARROS et. al., 2002).

Doravante, considerando os aspectos históricos que envolvem a proteção dos direitos da personalidade, nota-se que a tutela destes direitos já existia desde a antiguidade, com proteções específicas a determinados valores sociais, como a honra ou a liberdade, mas a noção de proteção e sistematização dos direitos da personalidade, como compreendida hodiernamente, somente podem ser considerada existente a partir do século XX, quando se mudou o paradigma de proteção dentro do direito privado (NEVES, 2011).

Sendo assim, a proteção jurídica conhecida como direito da personalidade, na esfera civil, embora, num primeiro momento, voltada ao homem, enquanto sujeito de direito, capaz de participar da ordem jurídica como um cidadão, e destinada a assegurar esta condição de atuação jurídica, atualmente, concebe uma nova vertente, destinada a proteção do homem na sua própria existência, independentemente desta pessoa estar inserida numa relação jurídica ou apta para a realização de atos jurídicos, isto é, a tutela passa a ser mais ampla, pois protege o homem apenas pelo fato de se constituir em um ser humano.

Nesse sentido, anunciando esta mudança de paradigma, encontra-se a lição de Pontes de Miranda (2012) que na metade do século XX, já trazia a distinção dos conceitos de ser humano e personalidade para a seara do direito privado, como se observa pela seguinte passagem:

> Antes de qualquer pesquisa, advirta-se que: a) no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que o direito surge há, necessariamente, alguma pessoa, como elemento do suporte; b) no suporte fático do fato jurídico de que surge o direito de personalidade, o elemento subjetivo é ser humano, e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do *ser humano* no mundo jurídico.

Por conseguinte, considerando a evolução jurídica da proteção humana, percebe-se que os direitos da personalidade estão posicionados muito além da discussão jurídica sobre a capacidade e a personalidade que historicamente compunham a dialética propedêutica do Direito Civil, passando a trazer uma nova preocupação para este ramo jurídico, que é a

compreensão da proteção do indivíduo enquanto ser humano, inaugurando uma reflexão mais existencialista (BEZERRA, 2018).

Nesse sentido, o Direito Civil muda o seu paradigma, enfrentando novas leituras de seus institutos, aproximando o público e o privado, bem como reforçando os valores da pessoa humana em movimentos denominados de publicização, repersonalização e constitucionalização[6] do Direito Privado.

Sobre este, o movimento de constitucionalização, que permitiu a leitura dos institutos privados sobre a ótica dos valores constitucionais, embora tenha sido importante para a percepção dos direitos do ser humano na ordem privada, com o discurso da dignidade humana esta tutela passou a ser mais efetiva, não somente porque resultou de um movimento de positivação na ordem privada, mas sim por representar também uma mudança da consciência jurídica que passou a utilizar o Direito Civil como mais um elemento de proteção e promoção da dignidade humana.

Portanto, a proteção da dignidade humana, ainda que não expressamente positivada nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, no âmbito civil, foi capaz de promover uma mudança de postura no meio jurídico, reforçando os direitos da personalidade.

Doravante, a construção jurídica dos direitos da personalidade ganha reforço, no plano constitucional, com o surgimento e a expansão do princípio da dignidade humana, que trouxe consigo a defesa da própria da humanidade, enquanto valor pertencente ao ordenamento jurídico, o que faz por merecer uma análise deste e suas repercussões civis-constitucionais.

### 2.1.4 A quarta fase: a proteção da dignidade humana

Apesar do surgimento dos direitos da personalidade, ao longo da história do direito não estar vinculado ao surgimento e consolidação do princípio da dignidade humana, a partir do fortalecimento deste na cultura ocidental, aquele passou a receber uma proteção ainda mais ampla e eficiente, pois estendeu o conteúdo normativo para as esferas axiológica e hermenêutica.

Com efeito, o respeito à dignidade humana consiste numa concepção cultural presente desde a antiguidade greco-latina, passando pela filosofia cristã medieval até o racio-

---

[6] Alguns autores criticam estes três movimentos jurídicos do direito privado (constitucionalização, repersonalização e publicização), como é o caso de Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2010), para quem tais expressões são mais retóricas e panfletárias que propriamente científicas, tendo em vista que o Direito Civil dito clássico não é contrário ao uso de valores, mas faz a distinção entre os fatores internos e externos do di-

nalismo antropocêntrico da Idade Moderna, ganhando força, principalmente, após os acontecimentos que marcaram a Segunda Guerra Mundial (SOARES, 2010). Doravante, o reconhecimento da dignidade humana representa uma esfera de proteção para a pessoa contra atos que violem a sua própria condição humana, consagrado em diversos textos constitucionais ao redor do mundo.

A partir do contexto do Pós-Segunda Guerra Mundial, ao longo da evolução dos direitos humanos, a proposta de proteção da dignidade humana passou a representar um verdadeiro fundamento destes direitos, um *prius* lógico e ontológico que se popularizou em diversos ordenamentos nacionais ao redor do mundo, sobretudo, após a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 (CASTÁN, 2007).

Seguindo esta lógica, alguns países passaram a inserir a previsão da proteção da dignidade humana, como o art. 3º da Constituição Italiana (1947)[7] e art. 1º da Lei Fundamental de Bonn (1949) que institui que: "(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo Poder Público" e "(2) o povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça do mundo".

Ademais, em arrimo com este posicionamento alemão, a Constituição da Espanha (1978) institui em seu art. 10.1: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social" e a Constituição da República Portuguesa (1976) que em seu art. 1º assim prescreve: "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".

No Brasil, o princípio da dignidade humana foi inserido no inciso III, do art. 1º, como fundamento da República Federativa, representando um valor-guia do ordenamento jurídico, concebido como um princípio de maior hierarquia axiológico-jurídica, que se irradia para contemplar a proteção humana básica em suas diversas vertentes normativas (SARLET, 2001), de modo que repercute em diversas áreas do Direito, tais como a penal, a processual, a trabalhista, a administrativa, entre outras.

---

reito e que a lógica destes movimentos seria a de atacar o positivismo, o que gera o problema de se desfazer de textos normativos.

[7] De acordo com o art. 3º da Carta Magna italiana: "Todos os cidadãos tem a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que, limitando de facto a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa

No plano do Direito Civil, pode-se perceber que o princípio da dignidade humana encontra inúmeras repercussões em suas ramificações epistemológicas, como nas obrigações, nos contratos, nos direitos reais, de família, de sucessões, de responsabilidade civil, sem falar no direito da personalidade, que consiste no recorte deste trabalho.

Nesse sentido, como corolário da proteção humana, a Constituição Federal de 1988 contempla a tutela do direito à imagem, no inciso X, do art. 5º, prescrevendo que "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", o que, de acordo com os ensinamentos de Manuel Jorge e Silva Neto (2006), não está adstrita a expressão fisionômica da pessoa, contemplando uma perspectiva de retrato (individual ou social) e uma de atributo que são igualmente protegidas pela Carta Magna.

Em arrimo as evoluções sociais vividas nos últimos séculos, o direito privado também experimentou suas próprias transformações, que proporcionaram uma emancipação do ser humano, adotando os valores constitucionais para a composição de seu plexo jurídico, dentre os quais, o princípio da dignidade humana que trouxe uma nova perspectiva a este ramo.

Deveras, primeiramente, o Direito Civil se encontra muito ligado ao processo de apropriação humano, ao longo de sua história, a fim de regular as manifestações patrimoniais existentes na sociedade e o trânsito jurídicos advindos desta patrimonialidade, o que resultou na tutela do que se considerava essencial para as relações humanas, isto é, a autonomia privada, a família, os bens e a sua circulação na sociedade. Contudo, nos últimos dois séculos, as transformações sociais, econômicas, motivaram uma nova forma de compreensão da realidade e estenderam o rol de bens jurídicos protegidos pelo direito Civil.

Desse modo, o Direito Civil foi conduzido o para outras percepções que transcendem a importância do patrimônio nas relações privadas, permitindo a releitura dos seus institutos, a fim de se adequarem a um contexto diferenciado que busca proteger o homem, enquanto ser humano[8] e não somente como sujeito da relação jurídica privada, na qualidade de chefe de família, contratante ou proprietário.

---

humana e a efectiva participação de todos os trabalhadores na organização política, económica e social do País".

[8] Nesse sentido, Luiz Edson Fachin (2000, p. 187-188) contextualiza a mudança de tratamento conferido ao homem pelo Direito nos seguintes termos: "sujeito concreto e cidadania não se assentam na razão de uma compreensão exclusivamente abstrata de sujeito: passa a ter sentido o plano de seu conteúdo, bem como suas projeções concretas. Com isso, é possível afirmar que, quando a Constituição Brasileira de 1988 tutela o direito à vida – e coloca em um primeiro patamar o sujeito, não está fazendo homenagem àquele

Nesse contexto, com o processo de constitucionalização do Direito Privado, passou-se a interpretar o Direito Civil à luz da Constituição, não só em relação ao seu texto legal, mas, principalmente, em relação a sua carga axiológica que influencia todo o ordenamento jurídico, em busca da concretização dos valores ali inseridos, compreendidos desde o dever-ser até o dever-fazer (PERLINGIERI, 2008), o que resultou numa maior proteção da pessoa humana, em detrimento à histórica proteção patrimonial da norma civil.

Por conseguinte, este processo, que resultou em significativas mudanças para a ciência jurídica, trouxe uma maior proteção do ser humano, em busca da concretização da dignidade humana, considerada como o valor-guia da ordem jurídica (SARLET, 2001), através dos seus desdobramentos na ordem constitucional e infraconstitucional, conforme lição de Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 53):

> […] o atual ordenamento, em vigor desde a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, garante a tutela especial privilegiada a toda e qualquer pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais, ao estabelecer como princípio fundamental, ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana. Como regra geral daí decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como o valor cardeal do sistema.

Sendo assim, a compreensão da existência de um direito essencial ao indivíduo permitiu a mudança da consciência moral vigente a ponto de se reconhecer a proteção no direito positivo (CUPIS, 2008).

Destarte, em arrimo à proteção constitucional da dignidade humana, o Direito Civil também reconheceu a necessidade de proteção do homem, através do que se convencionou a chamar de direitos da personalidade, na ordem jurídica privada[9]. Ademais, vale dizer queeste norte constitucional passou a representar a própria fonte ética dos direitos da personalidade (FERMENTÃO, 2006)[10].

---

sujeito abstrato do sistema clássico. Refere-se a um novo sujeito, alguém que tenha uma existência concreta, com certos direitos constitucionalmente garantidos: vida, patrimônio mínimo (que compreende habitação) e sobrevivência. Nele, selada está a passagem que se opera a partir da crise do Direito Civil tradicional [...]".

[9] De acordo com a doutrina de Anderson Schreiber (2013, p. 4): "Já não bastava proteger o homem contra os desmandos do Estado. Nem parecia suficiente proteger o homem contra agressões dos seus semelhantes. Era preciso evitar que o próprio homem, premido por necessidades mais imediatas, abrisse mão dos seus direitos essenciais. Muitos juristas passariam, então, a defender a criação de uma nova categoria que fosse capaz de assegurar, no campo do próprio direito privado, a proteção daqueles direitos imprescindíveis ai ser humano, direitos que não se limitavam a uma liberdade ilusória e vazia, direitos superiores à própria liberdade, direitos a salvo da vontade do seu titular, direitos indisponíveis, direitos inalienáveis, direitos inatos".

[10] Neste sentido, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão (2006, p. 252) assim leciona: "De toda sorte, a dignidade acaba sendo, de forma direta e evidente, a fonte ética dos direitos da personalidade. Em resumo, a teoria dos direitos da personalidade, tanto quanto as suas formas de tutela, evoluíram e foram

Por conseguinte, registre-se que, a despeito de ser dita privada, Gustavo Tepedino (2001) chama atenção para o fato de que a tutela da personalidade compreende uma proteção integrada da ordem pública ou privada para o atendimento do preceito constitucional.

Os direitos da personalidade, assim, podem ser definidos como aqueles "reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos" (BITTAR, 2006, p. 1), daí porque também entendidos como direitos essenciais do ser humano (CUPIS, 2008).

Desse modo, ressalte-se que a dimensão atribuída aos direitos da personalidade assume uma condição de proteção elástica, que compreende situações atípicas, pois não se trata propriamente de um direito, mas de um "valor", como se situa o pensamento de Pietro Perlingieri (2002, p. 156), pelo que se entende que "tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas". Esta compreensão abre caminho para a proteção da pessoa como um todo e não de determinado bem da personalidade em específico, trazendo a noção jurídica de direito geral da personalidade que assegura uma tutela ainda que não prevista expressamente.

Neste sentido, perceber a construção dos direitos de personalidade no tempo, sob a ótica dimensional, consiste numa tarefa de considerar o processo evolutivo da ciência, a partir de momentos distintos que se somam, em torno do mesmo propósito, não se desconsiderando, assim, as contribuições anteriores, para permitir um entendimento mais aprofundado do sistema atual (BEZERRA, 2018).

Por conseguinte, após a análise histórica da proteção e consolidação dos direitos da personalidade ao redor do mundo ocidental de tradição jurídica romano-germânica, mostra-se essencial entender como o Brasil realizou o enfrentamento do tema, através da evolução legislativa do mesmo.

## 2.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, imerso neste contexto protetivo dos direitos da personalidade, que ganhou o ocidente nos últimos séculos, o Direito também consolidou a proteção a esses bens

---

progressivamente se sistematizando, à exata medida que se desenvolveram as ideias de valorização do homem, da sua compreensão como centro e fundamento da ordenação social".

jurídicos, tanto estabelecendo a tutela normativa de natureza penal, constitucional e civil, além de assegurar a proteção da dignidade humana na Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, ressalte-se que as ordenações do reino já traziam os direitos da primeira dimensão no período colonial, de modo que, a partir da emancipação política do Brasil, outras dimensões foram sendo experimentadas, sobretudo, com a Constituição de 1824, que inaugurou o constitucionalismo brasileiro, o que, ainda que timidamente, abriu espaço para as futuras proteções de terceira e quarta dimensão também.

Doravante, pode-se dizer que a despeito da vasta experiência constitucional brasileira, a construção dos direitos da personalidade no Brasil tem como grande reforço atual com a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer um rol de direitos fundamentais, normas protetivas claras e valores a serem defendidos tanto pelo Estado quanto pela sociedade.

Neste sentido, mesmo considerando a importância histórica das constituições anteriores, que serão utilizadas para a compreensão evolutiva do tema, o presente estudo partirá da Constituição Federal 1988, para a análise dos institutos envolvidos, tanto por abrigar as transformações jurídicas pretéritas, envolvidas na proteção ora tratada, quanto por reger o sistema jurídico atual.

### 2.2.1 A Constituição de 1988

A proteção humana no Brasil teve seu início, na primeira dimensão, com as ordenações do reino, quando as proteções penais foram estabelecidas por Portugal. A partir da independência do Brasil, com o consequente advento da Carta Magna (1824), o país estabeleceu os direitos fundamentais, na segunda dimensão da proteção dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, a Constituição Politica do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824, já traçava algumas proteções em seu art. 179, que assim dispôs: "A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte." Ademais, alguns incisos já consagravam a liberdade, de expressão (inciso IV), de religião (inciso V), de trabalho (inciso XXIV); a propriedade intelectual (inciso XXVI); a propriedade (inciso XXII); a integridade física, com a abolição de penas de tortura, açoites (inciso XIX); o sigilo (inciso XXVII). Senão, vejamos:

> XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis.

> XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.
>
> IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.
>
> V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.
>
> XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.
>
> XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo.

Esta Carta Magna foi sucedida pela Constituição de 1891 que, mantendo as garantias instituídas na anterior, assegurou ainda na ordem privada mais algumas garantias, previstas no art. 72, especialmente acerca da propriedade intelectual, tais como o reconhecimento de profissões intelectuais (§24); a propriedade intelectual aos autores (§26) e a propriedade de marcas (§27)[11].

A Constituição de 1934 assegurou os mesmos direitos que a anterior, porém, com redações que trouxeram uma proteção maior ao cidadão, ao estabelecer em seu art. 113, a liberdade de expressão e inviolabilidade da consciência ou crença; (4, 5 e 9)[12].

Esta Constituição foi sucedida pela de 1937, estabelecida num período ditatorial, que, com um rol bem menor de direitos individuais fundamentais, trouxe de novidade o dispositivo 15[13] do art. 122, referente à liberdade de pensamento, que, embora livre, pode-

---

[11] Neste sentido, ficou assegurado na Constituição de 1891: "§ 24. É garantido o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial; [...] §26. Aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gosarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926); § 27. A lei assegurará a propriedade das marcas de fabrica."

[12] De acordo com este artigo: "4) Por motivo de convicções filosófica, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do art. 111, letra b; 5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil." e "9) 9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social."

[13] Neste sentido, dispôs o item 15) do art. 122: "todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. (Vide Decreto nº 10.358, de 1942)."

ria ser alvo de limitação de acordo com o interesse público[14], o direito de resposta em face da impressa, na tentativa de disciplinar a atividade, nos seguintes termos:

> A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:
>
> a) a imprensa exerce uma função de caráter público;
>
> b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei;
>
> c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação;
>
> d) é proibido o anonimato;
>
> e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;
>
> f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no principio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal;

Apesar de representar o resgate do Estado Democrático no Brasil, no plano textual, a Constituição de 1946 não trouxe nenhuma novidade relevante para os direitos privados ora objeto de estudo. Por sua vez, a Constituição de 1967, instituída após o Golpe Militar de 1964, ao estabelecer os direitos individuais (art. 150), ampliou o direito ao sigilo, estendendo também para as comunicações telefônicas e telegráficas (§9º).

A Constituição Federal de 1988, ao contrário das demais, inaugura um novo contexto para os direitos individuais fundamentais, em especial, os atinentes aos direitos da personalidade, primeiro, por considerar o princípio da dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e segundo por estabelecer a relação de direitos fundamentais logo no início do texto, ao contrário das anteriores que sempre posicionavam no final, demonstrando uma prioridade de tratamento.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 97) explica o papel desta inovação adotada pela Constituição Federal de 1988 em face dos direitos fundamentais nos seguintes termos:

> A Constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio e prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado – em

[14] Seguindo este mesmo dispositivo, estabelecia a norma: "A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado."

> homenagem ao especial significado e funções destes – na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas que fundamentam e são informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material. Igualmente sem precedentes em nossa evolução constitucional foi o reconhecimento no âmbito do direito positivo, do princípio fundamental da dignidade humana (art. 1º, III, da CF), que não foi objeto de previsão no direito anterior. Mesmo fora do âmbito dos princípios fundamentais, o valor da dignidade da pessoa humana foi objeto de previsão por parte do Constituinte, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*), seja quando, no âmbito da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, §6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*). Assim, ao menos neste final de século, o princípio da dignidade da pessoa humana mereceu a devida atenção na esfera do nosso direito constitucional.

Por conseguinte, mantendo os avanços históricos, assegurados ao longo dos anos, a partir de uma redação clara, direta e objetiva sobre as proteções conferidas, acrescidas do reconhecimento do dano moral, causado pelas violações, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, para os direitos individuais fundamentais, as seguintes garantias:

> III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
>
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
>
> VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
>
> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
>
> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
>
> X - 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;

Desse modo, de acordo com a proposta constitucional atual, os direitos fundamentais, inseridos no texto da Carta Magna, representam elementos essenciais para a ordem jurídica, uma vez que estabelecem limites, critérios de legitimação do poder estatal, como fundamento material do sistema jurídico (SARLET, 2015).

Neste sentido, considerando que os aspectos textuais de uma constituição, em si mesmos, não representam uma mudança significativa para a maior proteção humana, registre-se que a Constituição de 1988 representou um novo paradigma, não restrito ao texto, mas aos próprios fins a serem alcançados. Com efeito, com a redemocratização do Brasil, após longo período sob o comando do regime militar que tomou o poder em 1964, o propósito de estabelecer uma sociedade livre, justa e solidária, aliado aos crescentes debates sobre a proteção dos direitos do homem, em especial com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (plano público), com a consolidação dos direitos da personalidade (plano privado) e a redução das zonas fronteiriças entre o direito público e o privado, representaram um terreno assaz fértil, para o florescimento dos direitos fundamentais.

Sendo assim, como ensina Konrad Hesse (1991), o ambiente político do momento histórico foi fundamental para a construção da constituição jurídica, tanto sobre o que se tinha naquele momento (o ser/*sein*), quanto o que se deveria ter (dever ser/*sollen*) para a afirmação desta nova proposta constitucional ao país.

Doravante, a previsão constitucional da proteção humana, por meio da inserção dos citados dispositivos como direitos fundamentais do cidadão na Constituição Federal de 1988, ampliaram a esfera de proteção jurídica ao ser humano, apresentando uma nova dimensão de tutela, posicionados num patamar superior, considerando o local em que a Carta Magna se situa na hierarquia das normas jurídicas.

A inserção destes dispositivos na Constituição traz consigo o poder de posicioná-los numa condição hierarquicamente superior, considerando a estrutura normativa de Kelsen, o que implica numa preferência, quando confrontado com outro direito não elevado ao mesmo nível de valoração, como ensina Pietro Perlingieri (2008, p. 206-207):

> O caráter fundamental se identifica por meio da constitucionalidade: os princípios constitucionais, explicitamente expressos ou declarados mediante referências explícitas, são os fundamentos de um sistema concebido hierarquicamente. De forma que, se caráter axiológico e racionalidade constituem as características comuns da Constituição e do ordenamento jurídico, é importante destacar somente que "na Constituição prevalece a componente axiológica, e no ordenamento jurídico, a componente racional-normativa". A unidade do ordenamento não permite a sua separação da Constituição, nem mesmo a sua implícita submissão à normatividade. A interpretação lógica, axiológica e sistemática é um dado que diz respeito a todo ordenamento. A normatividade constitui "caráter fundamental da juridicidade" e não somente dever-ser, mas também o dever-fazer está presente na Constituição, como em todas as outras regras que compõem o ordenamento.
>
> A introdução, por parte da Constituição, de valores normativos no direito positivo não pode deixar de incidir também no plano dos comportamentos e do deve-fazer, prescindindo da mediação de regras em nível inferior ou de *standards* valorativos. Aliás, estes, lidos na perspectiva constitucional, assumem funções e significado diversos. Nesse sentido, os valores constitucionais são valores "re-

> ais", ainda que fortemente caracterizados por nobres e elevadas aspirações; são destinados todavia a encontrar concretização no tempo, condicionados como são, mais do que pela "difusa base de continuidade normativa ordinária", pela cultura dos intérpretes, pela função conservadora do direito, que prevalece sobre aquela inovadora e reformadora. Isto porque é incontestável que os valores constitucionais, embora hierarquizados em seu interior, "prevalecem sobre os valores legais" em nível diverso.

Neste diapasão, consoante Silvio Beltrão (2014), os princípios de Direito Civil, dentre os quais os direitos da personalidade, estão alicerçados nos direitos fundamentais, sendo estes mais amplos que aqueles, como ensina Paulo Lôbo (2012, p. 130):

> [...] A constitucionalização dos direitos fundamentais muito contribuiu para se alcançar essa relevância jurídica, pois os direitos da personalidade, ambientados nas relações privadas, são espécies do gênero direitos fundamentais. Contudo, nem todos os direitos fundamentais, corporificados ou não na Constituição, são direitos da personalidade, porque aqueles vão mais longe que estes, na medida em que atribuem direitos a organizações que não são pessoas e envolvem direitos sociais, econômicos e culturais que não são direitos da personalidade.

Por conseguinte, a consagração dos direitos individuais fundamentais, na ordem constitucional vigente, permitiu tanto uma proteção textual dos direitos da personalidade, quanto uma ampliação do sentido de defesa do ser humano e suas manifestações, sobretudo, por ser mais coerente com a reparação do dano e trazer à tona o princípio da dignidade humana, como fundamento hermenêutico, que direciona também a aplicação da norma de forma mais voltada a tutela.

Por outro lado, quando os direitos conflitantes estiverem situados no mesmo nível, como ocorre entre os direitos fundamentais, por exemplo, busca-se a ponderação dos valores em jogo, a fim de se eleger, ao menos no caso concreto, qual terá preferência para a proteção, mesmo porque não há que se falar em direitos absolutos, nem em hierarquia entre eles, que justifique escolhas predefinidas.

Todavia, o reconhecimento dos direitos fundamentais exerce um papel relevante para a proteção humana na sociedade, traçando um ambiente geral de resguardo, mas que, por outro lado, não completa uma disciplina protetiva específica dos valores humanos envolvidos. Desse modo, a norma constitucional necessita de uma complementação de seu conteúdo, para melhor delimitação e operacionalização da proteção trazida constitucionalmente, de forma mais pormenorizada, ampliando-a para contemplar as relações privadas.

Nesse sentido, considerando que a proteção destes direitos não se resume à sua tolerância por parte do Estado, mas também pela observância do respeito advindos das relações privadas, a abordagem conferida pelo Direito Privado deve ser analisada, principalmente, a partir do Código Civil de 2002, que se encarrega de reger as situações existenciais no cotidiano interpessoal.

### 2.2.2 O Código Civil de 2002

A ampliação da proteção constitucional abre caminho para o fortalecimento da tutela do ser humano em outras searas do Direito, dentre as quais, aquelas referentes às relações privadas, fazendo com que os direitos fundamentais penetrassem nas bases até então consideradas como redutos patrimonialistas do direito.

Doravante, o Direito Civil passa a abordar o tema sob o seu enfoque epistemológico, não para trazer à tona outro sistema normativo para tutelar a pessoa, mas, como ensina Pietro Perlingieri (2008), como parte do ordenamento jurídico unitário, inserida na coexistencialidade estrutural da normatividade, que não representa apenas uma complementação de um sistema distinto.

Desse modo, no âmbito civil, a proteção dos direitos da personalidade, de forma sistemática, somente ganhou força a partir de segunda metade do século XX, uma vez que, a despeito de se existir proteções de natureza civil, os mesmos somente ocorriam em textos esparsos, tais como a Lei de Imprensa e Código de Telecomunicações (honra), Lei de Registros Públicos (nome), a Lei de Direitos Autorais, a Lei de Transplantes etc. (GOMES, L, 2002).

Neste diapasão, as transformações sociais foram sentidas, paulatinamente, a ponto de exigir um novo comportamento da norma jurídica civil para o tratamento do ser humano num novo olhar, numa nova forma de encarar o próprio bem jurídico tutelado:

> Durante o século XX, observam-se as mudanças que causaram o desenvolvimento dos direitos da personalidade, em uma sociedade que se tornava mais complexa e cujas relações privadas já não poderiam se valer de um sistema cujo ponto de referência era a propriedade. O direito assume efetivamente seu papel de mediador de interesses em situações que, em épocas anteriores, eram resolvidos em outras instâncias, como a família, autoridades políticas ou religiosas, e enfrenta o problema da desigualdade social decorrente do primado da igualdade formal. Uma renovação conceitual era necessária, e, um de seus resultados foi exatamente a categoria de direitos da personalidade. (DONEDA, 2003)

Por sua vez, Orlando Gomes (1966) defende que a proteção da pessoa humana decorreu de uma reação ao tecnicismo que afrontou a própria dignidade, que motivou a sistematização do conteúdo denominado de direitos da personalidade no século XX, em diversos códigos civis, dentre os quais se destaca o Código Civil Italiano de 1942[15], em que o

---

[15] Em arrimo a este diploma legal, a matéria é tratada pelos arts 5º a 10, nos seguintes termos: "*Art. 5 Atti di disposizione del proprio corpo:* Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (1418); *Art. 6 Diritto al nome:* Ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito. Nel nome si comprendono il prenome e il cognome. Non sono ammessi cambiamenti, aggiunte o rettifiche al nome, se non nei casi e con le formalità dalla legge indicati. *Art. 7 Tutela del diritto al nome:* La persona, alla quale si contesti il diritto all'uso del proprio nome o che possa risentire pregiudizio dall'uso che altri indebitamente ne faccia, può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto

tema foi tratado com ares de originalidade e sistematicidade, conhecido por ser o precursor da ordenação da matéria (VELLOSO, 2003).

Ademais, ressalte-se que o terreno para o florescimento dos direitos da personalidade já havia sido preparado pelo Código Civil alemão (1900), quando o mesmo rompeu a tradição individualista do *Code Napoleon*, mais tarde ratificado pela Constituição de Weimar (1919), que encerrou as fronteiras entre o público e o privado na ordem civil, além de permitir a proteção dos direitos da personalidade ao caso concreto, quando o valor da personalidade estiver em jogo (DONEDA, 2003).

Nessa toada, embora a temática já estivesse presente no Brasil ao tempo da inserção no Projeto de Clóvis Beviláqua (Código Civil de 1916), a sua inserção na lei encontrou muita resistência, inclusive de ordem técnica, tendo em vista que o reconhecimento desta categoria ainda sofria críticas acerca de sua própria compreensão ontológica para a proteção jurídica. Além disso, Paulo Lôbo (2012) destaca a essência patrimonialista que predominava entre a mentalidade civilista, com a valorização o indivíduo proprietário, como outra barreira enfrentada para a normatização do tema, que, por muitos anos, foi tratada à margem do Direito Civil[16].

Doravante, no Direito Civil, Orlando Gomes (1966) defende o alargamento do conceito de bem jurídico, para além dos aspectos econômicos e patrimoniais, a fim de compreender a proteção dos direitos da personalidade que englobam os atributos do sujeito. Esta proposta acaba por apresentar ao Direito Civil uma nova perspectiva, intitulada de direitos

---

lesivo, salvo il risarcimento dei danni (2563). L'autorità giudiziaria può ordinare che la sentenza sia pubblicata in uno o più giornali. *Art. 8 Tutela del nome per ragioni familiar:* Nel caso previsto dall'articolo precedente, l'azione può essere promossa anche da chi, pur non portando il nome contestato o indebitamente usato, abbia alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne d'essere protette. *Art. 9 Tutela dello pseudônimo:* Lo pseudonimo, usato da una persona in modo che abbia acquistato l'importanza del nome, può essere tutelato ai sensi dell'art. 7. *Art. 10 Abuso dell'immagine altrui:* Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione e dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni.

[16] Segundo Paulo Lôbo (2012, p. 130-131): "Sua natureza não patrimonial, em desacordo com a cultura jurídica ocidental de valorização do indivíduo proprietário, fez com que permanecessem à margem do direito civil. Foi preciso que avançasse na compreensão de que sua violação deveria se enquadrar no âmbito dos danos e, fundamentalmente, dos danos morais. As trajetórias dos dois institutos ficaram indissoluvelmente ligadas. Ambos sofreram resistência de grande parte da doutrina para considera-los objetos autônomos do direito. Todavia, obtiveram reconhecimento expresso na CF de 1988, que os tratou em conjunto, principalmente no inciso X do art. 5º, que assim dispõe: "X – 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". Essa interação não é ocasional, mas necessária. Nos tribunais, essa conjugação é notada, como na decisão do STF (AgRgAg 196.379-9) que reconheceu o direito à reparação por dano moral em virtude de atraso de voo e perda de conexão, por violação dos incisos V e X do art. 5º da CF"

existenciais (do "ser") em contraposição aos direitos patrimoniais (do "ter"), como analisa e distingue Pietro Perlingieri (2002, p. 155):

> A esta matéria 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 (cfr. *Retro*, cap. 5, § 69). Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas.

Sendo assim, uma vez superada a compreensão dos direitos da personalidade em si mesmos considerados, estes foram inseridos na Parte Geral[17] do Projeto do Novo Código de 1975, seguindo a linha do projeto anterior de 1963 elaborado por Orlando Gomes, que mais tarde se consolidou como o Código Civil de 2002, com apenas duas modificações, uma no parágrafo único do art. 15[18] e outra no art. 20[19] (VELLOSO, 2003).

Neste sentido, o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002), após longos anos de discussão, assegurando, enfim, a dimensão civil aos direitos da personalidade, estabelecendo uma disciplina ao tema em 11 artigos (arts. 11 a 21), inseridos no Capítulo II, do Livro I, com denominação própria ("Dos direitos da personalidade"), encerrando, de vez, as discussões terminológicas e do conteúdo protegido por eles.

Por conseguinte, uma vez reconhecidos pelo direito brasileiro, para maior compreensão da extensão e do mecanismo de proteção dos direitos da personalidade, faz-se necessária uma breve apresentação de suas características, conforme reconhecidas pela norma e defendidas pela doutrina especializada no tema.

---

[17] De acordo com Orlando Gomes (1966, p. 44): "Por sua singularidade, constituem os direitos da personalidade categoria insuscetível de enquadramento em qualquer das partes especiais em que se divide o Direito Civil. Não se justifica, entretanto, seu isolamento para inserção à parte no plano sistemático das matérias dêsse ramo do Direito, visto que nada desaconselha enquadrá-los na Parte Geral como capítulo final do estudo das pessoas, que não deve ser feito unicamente como um dos elementos da relação jurídica, mas, sim, como ponto de referência central de todo o Direito Privado."

[18] Segundo Carlos Mário da Silva Velloso (2003, p. 119): "O parágrafo único do art. 15 admite atos de disposição do próprio corpo ainda quando importem diminuição permanente da integridade física, se para fins de transplante, e na forma estabelecida em lei especial. O Projeto revisto e o Anteprojeto Orlando Gomes não faziam essa ressalva, como, aliás, ocorria com o art. 5º do Código Civil italiano de 1942. Mas, como se deu na Itália – onde se derrogou este art. 5º pela Lei 458, de 1967, que admitiu o transplante de rim – o mesmo se verifica no Brasil, em que a Lei 5.479, de 10.08.1968, em seu art. 10, §2º, permite o transplante desse órgão"

[19] Mais adiante, o referido autor: "No art. 20, não se acolheu a restrição 'quando adquirir a importância do nome', que se encontrava no art. 42 do Projeto revisto (e que advém do art. 9º do CC italiano de 1942), nem tampouco se acolheu a restrição que se acha no art. 74 do novo Código Civil português ('quando tenha notoriedade'), mas se preferiu seguir a fórmula sugerida por Juan M. Semon, que tem a vantagem de proteger pseudônimos sempre que adotados para atividades locais, ainda que não tenham alcançado notoriedade, ou a importância do nome" (VELLOSO, 2003, p. 119)

### 2.2.3 Características dos Direitos da Personalidade

A compreensão do estudo dos direitos da personalidade passa pelo entendimento de sua própria essência, de como este tema é apresentado e tratado pela ciência jurídica, de modo a permitir uma melhor dimensão nas suas repercussões e limites nas relações que evolvam os direitos ditos existenciais.

Doravante, de acordo com esta proteção conferida ao ser humano, Carlos Alberto Bitar (2006, p. 11), a partir da posição do Código Civil de 2002, sintetiza as características dos direitos da personalidade como "direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, como tem assentado a melhor doutrina, como leciona, aliás, o art. 11 do novo Código".

Neste sentido, aquém das características apresentadas pela doutrina, tanto de Carlos Alberto Bittar, acima transcrita, como de outros doutrinadores[20], o Código Civil de 2002, em seu art. 11, fez menção expressa apenas a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, nos seguintes termos: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária".

Considerando, dentre as características que envolvem a presente discussão, vale dizer que, de acordo com Orlando Gomes, amparado na doutrina de MESSINEO: "dizem-se inalienáveis no sentido de que o titular não pode transmiti-los a outrem, privando-se de seu gôzo, por isso que nascem e extinguem *ope legis* com a pessoa" (GOMES, 1966, p. 42). Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 194) defendem que a extrapatrimonialidade deve ser entendida como a "ausência de conteúdo patrimonial direto, aferível economicamente, ainda que sua lesão gere efeitos econômicos" e por indisponibilidade[21] que significa que o direito não pode sofrer modificabilidade de titular, nem mesmo pela vontade do próprio individuo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012a). Destarte, entende-se que não há como o direito ser dissociado do seu titular e, por isso, mesmo também não se considera que possam ser passíveis de negociação.

---

[20] Consoante informação apresentada, gize-se dizer que para Pontes de Miranda (2012) são absolutos, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, inatos e, Orlando Gomes (1966) ressalta que este direitos são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários.

[21] Os mencionados autores justificam a utilização desta denominação: "Preferimos utilizar a expressão genérica "*indisponibilidade*" dos direitos da personalidade, pelo fato de que ela abarca tanto a *intransmissibilidade* (impossibilidade de modificação subjetiva, gratuita ou onerosa – inalienabilidade) quanto a *irrenunciabilidade* (impossibilidade de reconhecimento jurídico da manifestação volitiva de abandono do direito)" (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 194)

Nessa mesma linha de exclusão da patrimonialidade deste direito, ainda podem ser considerados como *imprescritíveis*, uma vez que não existe um prazo para o exercício do direito (VELLOSO, 2003)*, impenhoráveis*, o que vale dizer que não serão alvo de constrição judicial e *irrenunciáveis,* que consiste na impossibilidade de o titular renunciar ao referido direito, Pontes de Miranda (2012, p. 61) destaca que o fundamento desta consiste no mesmo da *intransmissibilidade*, qual seja: "ter ligação íntima com a personalidade e ser eficácia irradiada por essa".

Por outro lado, entre as características apresentadas pela doutrina, tem-se ainda como *inatos (originários),* uma vez que nascem com a pessoa, reforçando-se a ideia de que são inseparáveis da pessoa humana, desde o nascimento[22] até a morte (BELTRÃO, 2014). Pelo fato de o titular não perder estes direitos enquanto viver, extrai-se a característica de *vitalício* deles (GOMES, 1966). Excecionalmente, porém, admite-se que os direitos da personalidade sejam exercidos após a morte e por outra pessoa, no que Paulo Lôbo (2012) denomina de transeficácia, como na hipótese apresentada por ele de que alguém morto, que sofra lesão em sua honra ou imagem após a morte, possa ser defendido por seus familiares, conseguindo, assim, proteção *post mortem*.

Por *necessários*, depreende-se do fato de que não podem faltar, isto é, são indispensáveis, (GOMES, 1966), ou, no dizer de Pontes de Miranda (2012) são "necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas" e *absolutos,* pelo fato de que são oponíveis *erga omnes*, sem a necessidade de uma relação jurídica direta para haver o respeito, visto que existe, indiretamente, uma obrigação negativa a toda a coletividade de respeito a estes direitos (BELTRÃO, 2014).

Sendo assim, uma vez analisadas as características dos direitos da personalidade e com ela a extensão protetiva destes na seara civil, passa-se ao estudo dos valores protegidos pela tutela deles, que consiste nas manifestações práticas destes bens jurídicos, o que é

---

[22] Embora seja bastante disseminada a lição de que estes direitos sejam inatos e, com isso, dependentes do nascimento, esta doutrina não é isenta de críticas, considerando que o nascituro é titular de direitos da personalidade, mesmo antes de ter nascido com vida. De fato, trazendo um contraponto a este pensamento advindo da teoria natalista, aceita pelo art. 4º do Código Civil de 1916, à luz da teoria concepcionista, encontra-se o posicionamento de Silmara Juny de Abreu Chinellato e Almeida (2003/2004, p. 93), nos seguintes termos: "[...] sustentamos em nossa tese de Doutorado e em trabalhos posteriores, que a personalidade – que não se confunde com capacidade – não é condicional. Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutiva mente condicionada ao nascimento sem vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutiva, isto é, o nascimento sem vida, porque a segunda parte do artigo 4º. do Código Civil, bem como outros de seus dispositivos, reconhecem direitos (não, expectativas de direitos) e estados ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a concepção."

também conhecido pela doutrina especializada como o estudo das espécies de direitos da personalidade.

### 2.2.4 Valores Protegidos pelos Direitos da Personalidade

Os direitos da personalidade representam o ingresso do Direito Civil no rol de tutela do ser humano. Neste sentido, observa-se o homem enquanto ser, a ser passível de proteção em si mesmo, porém, por meio de diversos aspectos da sua condição humana em sociedade, o que convencionou a chamar de espécies dos direitos da personalidade.

Desse modo, nota-se que o direito da pessoa não se encontra fatiado, em espaços autônomos e independentes de tutela, dividido pelas espécies de direitos apresentados pela doutrina, mas representa um valor de proteção. Neste sentido, diga-se que a proteção da pessoa está ligada ao direito geral de personalidade, não dependendo de tipificação específica, porém, passa a ser dividido em espécies para a melhor compreensão e defesa dos fenômenos específicos desta tutela.

Sendo assim, apesar da proteção ser uma sobre a pessoa em si, a doutrina costuma dividir os direitos da personalidade, para melhor estudo e análise das partes, nas seguintes espécies: em direito à vida, à saúde, à integridade física, à liberdade, ao nome, à honra, à privacidade e à imagem. Por oportuno, saliente-se que este é um rol aberto de direitos, de modo que, a depender da fonte de estudo, pode se deparar com uma relação maior ou menor de espécies de direitos da personalidade, não existindo, de fato, um número pré-definido[23].

A despeito de outras classificações apresentadas como a de Orlando Gomes (1966) que separa estes direitos em dois grupos, direitos à integridade física (direito à vida, sobre o próprio corpo e direito o cadáver) e à integridade moral (direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e do autor), outros autores, como Carlos Alberto Bittar (2006), propõem uma classificação em três grupos, de acordo com o bem jurídico, que são: a) físicos (vida, o corpo, partes do corpo, integridade física, a imagem e a voz; b) psíquicos (li-

[23] Reforçando esta divergência entre os doutrinadores, ressalte-se que Orlando Gomes (1966) estabelece a seguinte relação: direito à vida, ao próprio corpo, ao cadáver, direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e autoral; Pontes de Miranda (2012) traz o direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica, direito à liberdade, direito à verdade, direito à honra, direito à própria imagem, de igualdade, ao nome, pseudônimo, ao nome comercial oriundos os exercício de liberdade, de velar a intimidade e direito autoral; Carlos Alberto Bittar (2006) relaciona: direito à vida, à integridade física, ao corpo, a partes separadas do corpo, ao cadáver, à imagem, à voz, à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica, ao segredo, à identidade, à honra, ao respeito e às criações intelectuais e Renan Lotufo (2004) dividi-os em direitos à integridade física, no qual estariam o direito à vida, ao sobre o próprio corpo e ao cadáver e à integridade moral nos quais estão o direito à honra, à liberdade, à privacidade, à intimidade, à imagem, ao nome e os direitos morais sobre as criações pela inteligência.

berdade, higidez psíquica, intimidade e segredos); c) moral (nome, reputação, dignidade pessoal, direito de autor ou inventor, o sepulcro, lembranças de família dentre ouros).

Por conseguinte, considerando a importância de se iniciar o tema, sem pretensão de aprofundar os debates sobre cada uma das espécies, ora apresentadas, dada a proposta específica deste trabalho, far-se-á uma apresentação dos mesmos à luz do Código Civil de 2002 e das construções doutrinárias e jurisprudenciais que os envolvem, sem a pretensão de, neste momento, realizar uma análise mais profunda de quaisquer deles.

Neste sentido, ressalte-se que nem todos os direitos da personalidade foram positivados expressamente pelo Código Civil de 2002, mas serão abordados, por representarem direitos civis à luz do Direito Civil Constitucional, bem como relevância temática, conforme já relacionados no presente trabalho, a exemplo do direito à honra e à vida.

*2.2.4.1 Direito à vida*

O direito à vida é inerente à pessoa, sendo reconhecido como um bem jurídico assegurado ao ser humano, podendo, inclusive, ser considerado como o principal entre os direitos da personalidade, haja vista que a vida traz consigo os demais direitos da personalidade, muito embora o direito não esteja necessariamente condicionado a esta.

O direito à vida implica numa proteção à continuidade da existência humana, o que, para alguns doutrinadores, representa até mesmo o dever de se manter vivo para o seu titular. Neste sentido, Silvio Romero Beltrão (2014) alerta que o direito à vida não corresponde a um direito sobre a vida, dada a indisponibilidade desta.

Todavia, a discussão sobre a disponibilidade da vida pelo seu titular, a despeito de não ser reconhecida pelo direito brasileiro, representa um ponto polêmico, principalmente, com o fortalecimento das discussões Bioéticas e dos questionamentos sobre a prática da eutanásia e do suicídio assistido[24]. Com efeito, de acordo como afirma Paulo Lôbo (2012), por se tratar de um direito irrenunciável, é incompatível com o consentimento de ato que atente contra a própria vida. Todavia, o mesmo autor, faz referência expressa de que o ato

[24] De acordo com Pontes de Miranda (2012): "Pensou-se que o direito à vida implicava em direito à morte. O homem, se tem direito de viver, tem direito de morrer. A sociedade não teria interêsse a pregar à vida quem não na quer. O suicídio teria saída voluntária do círculo social. O sofisma ressalta. A tôdo direito corresponde dever, mas dever de outrem; a tôda pretensão corresponde obrigação de outrem; a tôda ação, ou tôda exceção, a posição passiva de outrem. Se o sujeito passivo é total, o próprio titular está incluído, no que se possa evitar confusão. Não há como se tirar do direito de viver o direito de morrer. Se houvesse tal direito, não se puniria a ajuda ao suicídio, nem se reputariam não contrários a direito os atos tendentes a se impedir o suicídio, nem se dariam algumas pessoas, *e.g.*, quem tem a guarda do incapaz, o dever de impedí-lo".

de garantir a morte natural de quem está sendo mantido vivo artificialmente por aparelhos, seja considerado um ato atentatório ao direito à vida (LÔBO, 2012).

Por outro lado, Orlando Gomes vai além dessa ideia de artificialidade da vida ligada aos aparelhos, defendendo uma noção ainda mais restrita do direito à vida, em confronto com a manutenção artificial, que engloba também o uso dos medicamentos, como se observa pela transcrição abaixo:

> Não compreende o direito à vida o de tornar-se artificialmente mais suportável, ou mais agradável, às custas de estupefacientes, ou mesmo dos ataráxicos, mas, embora se reconheça que afetam a personalidade, não há sanção civil para essa abusiva prática, que se coíbe, entretanto, com a regulamentação da venda desses produtos farmacêuticos, inadmissível, se fosse reconhecido o direito de livremente usá-los. (GOMES, 1966, p. 46)

Nesse sentido, o que se pode extrair do pensamento dos aludidos doutrinadores é que o direito à vida não é renunciável, mas também não é inevitável. Desse modo, deve-se vislumbrar, no caso concreto, quando a vida não se mostra, autonomamente, mais viável, para que o prolongamento artificial não seja mais doloroso à pessoa (titular do direito), em benefício dos demais que desejam a manutenção da vida a qualquer custo. Por conseguinte, a compreensão da morte no tempo certo, denominada de ortotanásia, não representa uma violação ao direito à vida.

Ademais, os atos atentatórios contra a vida devem ser afastados por remédio jurídico próprio, quer seja a tutela prevista no art. 12 do Código Civil, quando se tratar de ação ou omissão de terceiro, ou até mesmo, como alerta Pontes de Miranda (2012) pelas garantias constitucionais (controle de constitucionalidade) quando se tratar de lei ou ato normativo dos poderes públicos que venham a ferir o direito consagrado na Carta Magna, independentemente de outras medidas de natureza penal, se cabíveis.

Por fim, saliente-se que Orlando Gomes (1966) chama atenção para o fato de que o direito à vida não legitima o suicídio, mas que se reconhece o direito de celebrar determinados atos jurídicos capazes de colocar a vida do seu titular em risco, como os espetáculos circenses e as práticas desportivas, cuja natureza impõe o tratamento diverso. Todavia, como ressalta Silvio Romero Beltrão (2014), o fato de a atividade ser de risco, isto não representa nenhuma renúncia ao direito à vida.

Outros direitos decorrem como corolário natural da proteção à vida, tais como o direito à saúde e o direito de envelhecer, que nada mais é do que o próprio prolongamento do direito à vida, que também são tratados, ainda de que forma secundária pelo direito privado, como bens jurídicos a serem protegidos.

Não obstante se falar em direito à vida e à saúde, que asseguram a continuidade da existência humana, outra importante espécie de direito da personalidade corresponde o direito à integridade física.

*2.2.4.2 Direito à integridade física*

A integridade física corresponde uma proteção integral ao corpo humano, estando por esta compreendida tanto uma proteção do todo, quanto das partes por ele compostas. Trata-se, do direito ao gozo e usufruto dos bens decorrentes desta integridade (física e mental) recebidos com o corpo humano ao nascer (BELTRÃO, 2014).

A exemplo do direito à vida, não se compreende como um direito sobre o próprio corpo, como defendia a terminologia proposta por Orlando Gomes (1966), mas a integridade do corpo que não se confunde com a ideia de posse ou propriedade sobre as partes. Neste sentido, advoga Pontes de Miranda (2012, p. 74):

> [...] O direito à integridade física supõe que o objeto seja essa integridade, o ser inatingido, e não a propriedade do corpo. Se o dano ao corpo se há de ressarcir em valor patrimonial é porque ocorre a irreparabilidade integral no corpo mesmo. O devedor não pode pagar em unidade o bem que foi violado. Quando se diz que o braço tem um valor econômico para o pintor, porque com êle trabalha e ganha para viver, alude-se ao que o pintor produz, usando a mão e o braço; mas êsse valor econômico é *plus,* não é êle o que se protege quando se protege a integridade física. Vale dizer-se que a integridade física é bem em si. Se o sistema jurídico adota tarifa, ou avaliação, para o dano à integridade, tomando por base, ali a fazer a lei e aqui o critério dos avaliadores, o que o lesado deixa de produzir, confunde o interêsse que se tutelava com a ação da Lei Aquiliana e o interesse não-patrimonial. Se o critério é tal que se ressarce o dano de não produção, *mais* o da ofensa da integridade física como bem em si, têm-se, então, a indenização do dano patrimonial e a do dano ao direito de personalidade, como absoluto como o de propriedade mas inconfundível com êle [...]

Desse modo, dada a importância de se garantir a integridade física e psíquica do ser humano, o Código Civil de 2002 disciplinou esta proteção nos artigos 13 a 15, os dois primeiros versando sobre a possibilidade de disposição do próprio corpo, o que alguns autores entender ser o direito sobre o próprio corpo, enquanto o último a possibilidade de se opor a intervenção de terceiro. Senão, vejamos:

> Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.
>
> Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.
>
> Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.
>
> Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

> Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Doravante, nos artigos 13 e 14, o Código Civil trouxe à tona a possibilidade de disposição do próprio corpo por seu titular em dois contextos distintos. No primeiro (art. 13), válido para disposições em vida, a lei civil estabelece uma restrição para aqueles casos em que a disposição compromete a própria integridade, uma vez que vai de encontro a atos de resultem em diminuição permanente do próprio corpo, salvo casos de transplante.

Não obstante, ressalte-se que a possibilidade de disposição do próprio corpo envolve ainda discussões sobre alterações feitas pelas cirurgias, dentre as quais, mais recentemente, ganharam destaque as de adequação sexual, uma vez que, inegavelmente, representam uma conduta contrária ao texto do mencionado artigo.

Todavia, a interpretação do dispositivo não está adstrita ao texto civil, compreendido de forma isolada, devendo ser analisada à luz dos valores trazidos pela Constituição Federal:

> Quanto a este limite de caráter geral que é o critério da afronta aos bons costumes, impõe-se uma interpretação constitucionalizada. Em uma sociedade plural, que protege constitucionalmente os mais diversos estilos de vida e preconiza a tolerância e a não-discriminação, torna-se tarefa de difícil justificação a proibição de atos individuais que não atinjam a terceiro, sob o fundamento da violação dos "bons costumes". Um dispositivo proibitivo desse jaez poderia violar os preceitos constitucionais que garantem a livre expressão da identidade e a inviolabilidade. O termo "bons costumes", portanto, deve ser entendido em consonância com os fundamentos e os objetivos da República, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO; BARBOSA; MORAES, 2007, p. 37)

Sendo assim, contrariando a leitura textual do dispositivo civil num primeiro momento, à luz dos preceitos constitucionais, incidentes sobre os direitos da personalidade, TEPEDINO; BARBOSA; MORAES (2007) entendem que o ordenamento jurídico permite a realização da cirurgia de transgenitalização para pacientes diagnosticados com disforia de gênero[25].

No segundo (art. 14), válido para as disposições após a morte, o diploma não estabelece uma restrição, tendo em vista a impossibilidade de comprometimento da vida, mas apenas a possibilidade de doação de órgãos e tecidos pós-morte e a possibilidade desta disposição ser revogada a qualquer momento. Além disso, Renan Lotufo (2004) ressalta que a

---

[25] Neste sentido: "Tal critério em nosso ordenamento a cirurgia de transgenitalização para os pacientes diagnosticados com disforia de gênero, i. e., a mudança de sexo. O diagnóstico do transexualismo como um desvio permanente, caracterizado pelo 'desconforto com o sexo anatômico natural' e pelo 'desejo de mudar de sexo capaz de levar à automutilação ou auto-extermínio' é definido pela Resolução CFM nº 1.682/2002 como idôneo a permitir a permitir ao médico a realização de cirurgia, atendidos os demais requisitos estabelecidos em tal norma deontológica. Justifica-se esta operação, que é mutiladora e irreversível, com base em seu propósito terapêutico de adequação ao sexo psíquico" (TEPEDINO; BARBOSA; MORAES, 2007, p. 38).

contribuição a ser dada pela ciência, através da doação deve seguir os princípios éticos, pois os experimentos científicos devem estar subordinados ao atendimento do princípio da dignidade humana.

No terceiro artigo do grupo (art. 15) existe a proteção à integridade psíquica diretamente, haja vista que a tutela se volta para o ato de constrangimento, e, indiretamente, à integridade física e o direito à própria vida, uma vez que a submissão de alguém a tratamento médico descrito pela norma, manifestamente, traz consigo o risco de morte.

Nesse contexto, pode-se perceber que o tratamento médico ganha uma dimensão de respeito àquele que se submeterá ao procedimento, de modo que o paciente não se encontre completamente refém do parecer médico. Trata-se do que, em Boética, convencionou-se a denominar de consentimento informado[26], tendo encontrado amparo neste dispositivo civil, consoante defendem alguns doutrinadores, dentre os quais Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 44):

> A exigência do consentimento informado corresponde a uma proteção especial ao princípio da boa-fé objetiva, que impõe às partes envolvidas não só uma perspectiva de confiança, como uma obrigação de lealdade recíproca, além dos deveres acessórios, com o dever de informar. Na prestação de serviços médicos, em que o paciente entrega seu bem-estar, saúde e mesmo a vida aos cuidados do profissional, tem tal importância este princípio que substitui o modelo de sujeitos antagônicos do sinalagma contratual (liberal) por um dever de cooperação mútua, ao trocar o paradigma do indivíduo em sua autonomia privada pelo dever de solidariedade contratual

Com efeito, de acordo com Renan Lotufo (2004), o médico possui a obrigação de esclarecer sobre o procedimento a ser adotado, tanto sobre o alcance quanto às possíveis consequências; além disso, ressalta o doutrinador que o consentimento do paciente é essencial, somente sendo excepcionadas em casos específicos de urgência ou impossibilidade de obtenção da aquiescência coloquem em risco à própria vida da pessoa.

Doravante, após a breve análise dos elementos gerais que integram a proteção da integridade física, no direito brasileiro, o estudo será encaminhado para a abordagem ao direito ao nome.

---

[26] Sobre o consentimento informado, tem-se a explicação dada por TEPEDINO; BARBOSA; MORAES (2007, p. 44): "O consentimento informado seria, portanto, a concordância do paciente, após uma explicação completa e pormenorizada sobre a intervenção médica que inclua sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, protocolos atuais e nível de confidencialidade dos dados (Carlos Nelson Konder, 'O consentimento no biodireito', p. 59). Também é fundamental garantir a liberdade total do paciente para recusar o procedimento ou interrompê-lo em qualquer momento. E o mais importante: a obrigação do médico de informar o paciente em linguagem adequada (não técnica) para que ela compreenda plenamente todas as informações. Nesse sentido, o art. 46 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.246/88) dispõe que 'é vedado ao médico efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida".

*2.2.4.3 Direito ao nome*

O direito ao nome é dos mais essenciais dentre os direitos da personalidade, uma vez que está diretamente ligado tanto à identidade da pessoa, quanto a sua identificação no meio social em que vive.

Nesse sentido, Pontes de Miranda (2012, p. 128) defende que: "[...] Ser e parecer quem é constitui, pois, bem da vida; e o sistema jurídico faz irradiar-se da personalidade o *direito à identidade pessoal*, uma de cujas manifestações é o *direito ao nome* [...]". Doravante, o art. 16 do Código Civil estabelece que: "Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome."

O nome, como elemento de identificação da pessoa na sociedade, compreende tanto o prenome quanto o sobrenome, nome patronímico ou nome de família, além de outros elementos identificativos, tais como os apelidos, identificações sociais de alguém, que podem ser acrescidos ao registro civil e o pseudônimo, que compreende uma identificação atribuída pelo próprio titular como identificação diversa do seu nome civil que possui a mesma proteção dada ao nome de acordo com o que dispõe o art. 19 do Código Civil, sendo assim, ao se ler nome nos dispositivos legais, deve-se pensar que o texto se refere tanto ao nome civil quanto ao pseudônimo.

Segundo Pontes de Miranda (2012), o pseudônimo, que é utilizado desde a antiguidade, merece a mesma proteção dada ao nome por apresentar a mesma função identificadora deste, não sendo, porém, utilizado de forma substitutiva, haja vista que o pseudônimo somente se verifica quando a pessoa já possui um nome e este é diferente daquele, caso contrário não há um pseudo-nome[27].

Além disso, ressalte-se que os dois institutos se diferenciam quanto à essencialidade, pois o ser humano deve ter um nome civil como um elemento identificador ao longo de sua vida, ao passo que o pseudônimo se constitui num direito, mas não num dever, de sorte que pode existir sem se valer desta forma de identificação.

Neste sentido, a proteção conferida ao nome se constitui num impedimento a que alguém tanto utilize a identificação civil de outrem (nome ou pseudônimo), quanto a explo-

---

[27] De acordo com Pontes de Miranda (2012, p. 172): "Pseudônimo é nome de pessoa. Se o castelo, o hotel, a casa de saúde, o prédio de fazenda, ou o de fábrica tem nome e se lhe dá, depois outro, cumulativamente, nem por isso o nome, que depois se lhe deu, se faz pseudônimo. Ambos são nomes de coisa, ainda quando um conste e outro não, de indicações dos registros públicos ou das repartições públicas. O segundo nome só é pseudônimo, respeito a pessoas, porque as pessoas têm de ter nome e um só nome. O segundo pseudo-nome, ou nome de claustro, ou nome comercial, ou nome de icógnito, porque o outro, o primeiro, é que é o nome. Quem usa pseudônimo, não muda de nome, ainda que especificamente, como ocorreria com o nome claustral, razão por que a proibição de mudar de nome não atinge a pseudonímia. Tão-pouco,

re economicamente, para a obtenção de alguma vantagem sem a devida autorização. No primeiro caso, fala-se em usurpação do nome, ao passo que no segundo, de utilização ou exploração indevida, tendo sido esta tratada pelos arts. 17 e 18 do Código Civil, nos seguintes termos:

> Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.
>
> Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

No primeiro dos dois dispositivos (art. 17), nota-se uma preocupação para que o nome de alguém não seja utilizado de forma a causar lesão indevida à sua dignidade. Neste sentido, saliente-se que, a despeito do código expressar apenas a proteção ao desprezo público, a proteção do referido artigo compreende toda forma de agressão que vise o menosprezo ao ser humano (TEPEDINO; BARBOSA; MORAES, 2007)

Sobre o segundo dispositivo (art. 18), Renan Lotufo (2004) ressalta que os direitos da personalidade não inibem a utilização, para fins econômicos, pelo titular, mas esta exploração econômica está restrita ao titular. Deste modo, a utilização por terceiro deve estar autorizada pelo titular do nome, caso contrário estará caracterizado o enriquecimento sem causa, passível de ser indenizado sem necessidade de demonstração de dano efetivo, bastando-se, apenas, a demonstração do uso indevido.

Desse modo, após a abordagem sobre os aspectos gerais que envolvem o direito ao nome no Brasil, o presente estudo segue com o tratamento civil conferido ao direito à honra.

#### *2.2.4.4 Direito à honra*

O direito à honra é reconhecido como um direito de natureza moral da pessoa, haja vista que diz respeito a uma representação social que o ser humano possui no ambiente em que vive e se relaciona, o que consiste, assim, na percepção que se tem sobre o comportamento ou conduta de alguém.

A despeito da importância da defesa da honra para a pessoa, o direito civil brasileiro não trouxe uma previsão expressa de proteção a este bem jurídico, de modo que o seu fundamento se encontra, primeiro, de forma direta, na previsão constitucional do inciso X, do art. 5º, segundo a qual: "X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a i-

---

o pseudônimo se confunde com o nome abreviado, com que, de ordinário, se assinam as obras e se fazem conhecidos os autores [...]"

magem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"; segundo, de forma indireta, nas redações dadas à proteção civil do direito à imagem, quando atingirem "a honra, a boa fama ou a respeitabilidade".

Todavia, esta proteção de forma indireta dada pelo direito civil brasileiro, que segue a abordagem dada pelo Código Civil Português[28], não significa que a proteção à honra não seja autônoma, e que, por isso o bem jurídico passível de proteção independentemente da reprodução da imagem, como se possa entender, pela análise isolada do texto legal.

Deveras, ao estabelecer a devida distinção entre honra e imagem, Carlos Affonso Pereira de Souza (2003, p. 50) ressalta que apesar de correlatos os dois direitos não se confundem, como se observa na seguinte reflexão:

> Com relação à imagem-retrato, imagine-se que um determinado modelo fotográfico conceda autorização para que fotos suas sejam publicadas em determinada revista. Ao se deparar com a publicação das mesmas em outro veículo de comunicação, distinto daquele com o qual se avençou a divulgação das fotos, está caracterizada a violação do direito à imagem. Note-se que a utilização das fotografias para fins distintos daqueles contratados pode, inclusive, abonar a honra do sujeito lesado em seu direito à imagem. Para que isso ocorra basta apenas que, na utilização não-consentida das fotos, seja ressaltada a reputação ilibada daquele indivíduo.
>
> Assim, pode ocorrer violação da imagem pessoal sem que a honra do mesmo tenha sofrido qualquer prejuízo, gozando ainda o sujeito, muito pelo contrário, até mesmo de lisonjeiros elogios por parte do terceiro que lhe lesiona o direito da personalidade em comento.

Por conseguinte, observa-se que a honra se refere a um bem jurídico distinto dentre as proteções conferidas pelos direitos da personalidade em espécie, como explica Carlos Alberto Bittar (2006, p. 133):

> O reconhecimento do direito em tela prende-se à necessidade de defesa da reputação da pessoa (honra objetiva), compreendendo o bom nome e a fama de que desfruta no selo da coletividade, enfim, a estima que a cerca nos seus ambientes, familiar, profissional, comercial ou outro. Alcança também o sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade (honra subjetiva), de que separamos, no entanto, os conceitos de dignidade e de decoro, que integram, em nosso entender, o direito ao respeito (que versaremos a seguir), ou seja, modalidade especial de direito da personalidade apartada do âmbito geral da honra (que, na doutrina, vem, em geral, contemplada no mesmo conjunto).

Doravante, vale dizer que a honra costuma ser dividida em objetiva e subjetiva. A primeira consiste à reputação da pessoa na sociedade, ao passo que a subjetiva consiste ao sentimento pessoal de estima, isto é, a sua consciência sobre a própria dignidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

---

[28] De acordo com item 3, do art. 79 do Código Civil português: "3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada."

Sendo assim, esta distinção se mostra importante, como se observa pelo entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017), no julgamento do Recurso Especial nº 1.650.725-MG, segundo qual: "[...] Os danos morais podem referir-se à aflição dos aspectos mais íntimos da personalidade ou à valoração social do indivíduo no meio em que vive e atua. A primeira lesão reporta-se à honra subjetiva, a segunda à honra objetiva.". Trata-se de distinção relevante, visto que refletiram no resultado da pretensão formulada em juízo da pessoa jurídica, uma vez que, como constou no ponto seguinte da ementa: "A pessoa jurídica, por não ser uma pessoa natural, não possui honra subjetiva, estando, portanto, imune às violências a esse aspecto de sua personalidade, não podendo ser ofendida com atos que atinjam a doutrina costuma classificar a honra em objetiva, aquela que se refere a reputação."

Por fim, reforçando a ideia de que imagem e honra não se confundem, ao tratar da reparação dos danos à honra, Pontes de Miranda (2012, p. 108), propõe como medidas: "a) pela publicação da sentença de condenação específica, ou pela publicação de sentença penal; b) pela publicação da retificação ou resposta; c) pela supressão dos escritos ou outros meios ofensivos." Ora, diante deste rol, nota-se que a honra pode ser lesada por outros meios, tais como a escrita, independentemente de se usar imagem para tanto.

Desse modo, uma vez apresentadas algumas temáticas que envolvem o direito à honra no Brasil, esta pesquisa segue com a abordagem sobre o direito à vida privada e suas implicações.

*2.2.4.5 Direito à vida privada (privacidade)*

O direito à vida privada representa uma garantia fundamental para a preservação da esfera privada do ser humano de qualquer publicidade indesejada, sobretudo, de elementos que somente digam respeito a um número restrito de pessoas.

Neste sentido, buscando estabelecer os limites da reserva da esfera privada do interesse externo, alguns autores denominam algumas repercussões deste direito, tais como o direito ao sigilo, ao recato, à privacidade, à intimidade etc., como defende Paulo Lôbo (2012, p. 142):

> Sob a denominação de "privacidade" cabem os direitos da personalidade que resguardam de interferências externas os fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados ao espaço público. O termo, de origem anglo-saxônica, difundiu-se no uso linguístico, no Brasil, a partir da década de 70 do século XX, tendo sido adotado por nossos dicionários, como o de Houaiss. Apesar do anglicanismo, não pode ser substituído simplesmente por intimidade, liberdade pessoal, vida íntima ou sossego, como sugerem o dicionarista, pois cada uma dessas situações insere-se no todo da privacidade. Incluem-se os direitos à

> privacidade os direitos à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem. O art. 21 do CC ressalta que a "vida privada da pessoa natural é inviolável", o que deve ser entendido como inviolabilidade oponível ao Estado, à sociedade e à própria pessoa. Como diz o CC português, a extensão da privacidade (ou reserva) é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.

Por conseguinte, visando assegurar tão amplo e importante aspecto da dignidade humana, o Código Civil procurou tutelar a vida privada nos seguintes termos: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma." (art. 21).

Neste sentido, observa-se, pela redação dada, que o legislador optou por não estabelecer padrões pré-definidos ou limites apriorísticos sobre a privacidade de alguém, mas apenas estabeleceu o dever geral de proteção para a pessoa, que deverá ser analisado no caso concreto pelo magistrado.

Doravante, diante do conteúdo aberto conferido pela norma para a proteção da vida privada, a interpretação deve ser dada no caso concreto, que permite, muitas vezes, uma leitura diferente da expressão utilizada pela lei, como Paulo Lôbo (2012) menciona nos julgamentos do Recurso Extraordinário nº 251.445, em que o Supremo Tribunal Federal estendeu o conceito de "casa", para todo compartimento privado em que alguém exerce profissão ou atividade e do Recurso Extraordinário nº 418.416, que estendeu o conceito de "comunicações telefônicas" para o de "comunicação de dados"

Ademais, após o entendimento do bem protegido por este direito, a interpretação do dispositivo, para além dos ditames textuais apresentados, deve considerar os valores envolvidos, realizando a ponderação de direitos fundamentais, se for o caso, que justifiquem a violação da privacidade, como defendem Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 61):

> Muito pouco se pode extrair da dicção do dispositivo em análise, segundo a qual "a vida privada da pessoa natural é inviolável". Não há dúvidas de que a privacidade representa um direito importantíssimo da pessoa humana. Entretanto, mostra-se evidente no mundo contemporâneo a permanente colisão entre a privacidade e todos os demais interesses tutelados na sociedade globalizada. Cabe ao intérprete, pois, mais do que simplesmente alardear a inviolabilidade teórica dos direitos fundamentais, delimitá-los em sua correta atuação. A propósito, "doutrina e jurisprudência estão acordes quanto à inexistência de direito absoluto à privacidade, porque pode ser afastada a proteção este direito quando razões plausíveis superem o direito individual" (STJ, 2ª T. ROMS 9887, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 14.08.2001, publ. DJ 01.10.2001)

Todavia, a ponderação de princípios não deve representar a supressão do direito privado, sempre que houver uma mínima demonstração de "interesse público". A violação do direito da personalidade deve ser uma exceção tolerada em alguns casos, não devendo ser feito sem justificado motivo.

Neste sentido, Silvio Beltrão (2014) salienta que a invasão de privacidade pode ser justificada, por exemplo, pela administração da justiça ou manutenção de ordem pública, desde que devidamente fundamentadas por ordem judicial. No caso das pessoas ditas públicas, a exposição também deve ser justificada, visto que as mesmas também não perdem seus direitos, como ensina Paulo Lôbo (2012, p. 143):

> Uma das questões mais discutidas é se pessoas com vida pública (políticos, artistas, desportistas) têm direito à privacidade. Entendemos que há uma esfera mínima de proteção da privacidade que deve ser observada, independentemente da maior ou menor exposição pública dessas pessoas, inclusive nos espaços públicos. Ao contrário do senso comum difundido, as pessoas públicas não perdem o direito à intimidade e à vida privada, pois a tutela do art. 5º, X, da Constitui os inclui. As pessoas públicas são também titulares de direitos da personalidade, os quais, ainda que limitados pelo fato da especial publicidade a que estão submetidas, não são suprimidas. O direito à informação e a liberdade de imprensa não são ilimitados e devem contemplar o equilíbrio entre o interesse social e a esfera mínima da privacidade

Desse modo, a publicidade de fatos relativos às pessoas públicas deve estar, estritamente, ligada ao interesse público, muitas vezes, relacionada a fatos que precisam ser conhecidos pelo público em geral, como aqueles que dizem respeito ao caráter do homem público, pois permitem o juízo crítico da população, o que já serviu de fundamento no Brasil e nos Estados Unidos, representando a restrição da vida privada dessas pessoas (LÔBO, 2012).

Por fim, defende Danilo Doneda (2003) que a proteção ao direito à vida privada ou privacidade, na atualidade, representa um tema bastante delicado, uma vez que com o grande desenvolvimento tecnológico e a dificuldade de se tutelar estes bens com os instrumentos tradicionais do ordenamento jurídico, as violações se tornaram mais fáceis e as proteções mais difíceis, todavia, ressalta também que a responsabilidade civil também pode ser utilizada como forma de resguardar a pessoa de possíveis violações[29].

Doravante, após a abordagem das questões gerais que envolvem a vida privada, o presente trabalho passa a fazer uma breve exposição sobre o tratamento conferido pelo direito à imagem.

---

[29] Neste sentido, explica Danilo Doneda (2003, p. 53): "Não se deve entender que a proteção da privacidade não se possa fazer também por via de responsabilidade civil – ela é mais um instrumento que pode e deve ser utilizado. Apenas é patente a dificuldade em se utilizar este instituto quando o dano é tão dificilmente demonstrável, como em tantos casos de violação da privacidade, apesar de evidente a antijuridicidade pelo desrespeito à pessoa e à sua dignidade. Ao se clamar pela criatividade do magistrado para que tome as providencias adequadas, o Código dá mostras da necessidade de uma atuação específica de todo o ordenamento na proteção da privacidade da pessoa humana, que seja uma resposta eficaz aos riscos que hoje corre".

*2.2.4.6 Direito à imagem*

No rol estabelecido por esta abordagem preliminar, o direito à imagem se apresenta como o último a ser abordado, consistindo no "[...] direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintivos (rosto, olhos, perfil, busto), que a individualizam no seio da coletividade [...]" (BITTAR, 2006, p. 94).

Neste sentido, reconhecendo que esta expressão física da pessoa no seio social constitui um direito passível de ser protegido, o Código Civil brasileiro disciplinou a exploração da imagem, de forma bastante genérica, no art. 20, nos seguintes termos:

> Art. 20. 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.
>
> Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Desse modo, observa-se que o dispositivo civil se preocupou com a exploração indevida do uso da imagem, isto é, sem a autorização do seu titular, ressalvados os casos em que o interesse público, manifestado na lei pelas expressões "à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública".

Doravante, ressalte-se que o texto dado ao Código Civil de 2002 consiste num reflexo da doutrina de Orlando Gomes, que já defendida a proteção da imagem, nos seguintes termos:

> O retrato de uma pessoa não pode ser exposto ou reproduzido, sem o consentimento dela, salvo se assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, com finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos ou de fatos de interêsse públicos, ou que em público hajam decorrido (**Projeto do Código Civil Português**, art. 79). Proíbe-se a reprodução, ou exposição, quando o fato atenta contra a honra, a boa fama e a responsabilidade da pessoa retratada, admitindo-se que, nesses casos, possa o ofendido requerer a proibição e pleitear indenização do dano que sofreu. Tais, em síntese, as regras relativas ao direito à imagem (GOMES, 1966, p. 48)

Nesse sentido, Danilo Doneda (2003), pondera que a norma civil brasileira admite a utilização da imagem que não macule a honra da pessoa ou que não tenha fins lucrativos, ao se estabelecer os requisitos para a exploração, o que, em comparação com o direito português, inegavelmente, mostra-se mais permissiva, como se observa pela transcrição do art. 79 do Código Civil português: "O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a

autorização compete às pessoas designadas no n.º 2 do artigo 71.º, segundo a ordem nele indicada."

Desse modo, observa-se que o direito à imagem também se encontra tutelado em cláusula aberta, para ser entendida a justiça no caso concreto, em detrimento do estabelecimento de critérios *a priori* de resolução de conflitos. Por conseguinte, os valores constitucionais envolvidos no uso da imagem devem ser ponderados pelo magistrado no caso concreto, a fim de se buscar soluções que melhor se aproximem da noção de justiça na sociedade.

Com efeito, como defende Renan Lotufo (2004) não existem direitos absolutos no ordenamento jurídico, estando cada direito limitado pelo campo de atuação de outro direito, o que faz por merecer um limite de atuação em que se está a exercer um direito, tal como a liberdade de comunicação, ou se ferir o direito personalíssimo alheio.

Ademais, este é o ponto central da presente pesquisa, compreender quais os elementos que devem ser considerados para o estabelecimento do uso da imagem, tendo em vista que, atualmente, as imagens são constantemente captadas e transmitidas pelos diversos aparelhos eletrônicos com grande facilidade, muitas vezes de forma amadora, sem a autorização do seu titular, sem um filtro ético sobre a possibilidade ou não da exposição da pessoa e sem, sequer, uma noção de utilização responsável.

Por oportuno, saliente-se que é comum a compreensão que o direito à imagem também envolve a proteção à voz, como defendido por alguns doutrinadores e previsto em conjunto no texto constitucional (art. 5º, inc. XXVIII, *a*). Contudo, saliente-se que não se trata de uma junção pacífica, pois alguns autores, como Antônio Carlos Mortato (2007), reconhecendo a importância da voz para a personalidade humana, que permite tanto o reconhecimento e quanto o relacionamento social, defendem a sua autonomia em relação ao direito à imagem, tendo em vista a sua gradual evolução na sociedade e que a proteção deste bem se mostra igualmente importante para a proteção do ser humano[30].

Nesse sentido, ressalte-se que a despeito de o direito à imagem apresentar grande relevância e diversas discussões no direito brasileiro, por hora, a abordagem ao tema será feita de forma superficial, tendo em vista que o assunto será analisado de forma mais aprofundada no Capítulo 4, que traz a abordagem central da presente pesquisa, momento em

[30] Em conformidade com Antônio Carlos Morato (2007, p. 172): "o fundamento constitucional do direito à voz (art. 5º, XXVIII) assinalou, em termos normativos, a relevância de sua inserção entre os direitos da personalidade de forma autônoma, em decorrência da superação da ultrapassada concepção de que constituiria mero elemento do direito à imagem, vez que, mesmo ausente do rol de direitos da personalidade do

que serão apresentados os problemas mais específicos envolvendo a proteção da imagem na atualidade.

Desse modo, após as considerações sobre a proteção dos direitos da personalidade, voltados para as pessoas naturais, impende apresentar os aspectos que podem ser aplicados às pessoas jurídicas, de acordo com as suas peculiaridades.

### 2.2.5 Direitos da personalidade de pessoas jurídicas

Apesar de não ser considerada uma espécie de direito da personalidade propriamente dito, o tema será abordado neste ponto como forma de distinguir o tratamento a ser dado à pessoa humana (física), da entidade moral (jurídica), bem como quando as duas poderão receber o mesmo tratamento.

Na verdade, como dito, o direito brasileiro não reconhece um direito da personalidade à pessoa jurídica, porém, reconhece a esta a possibilidade de aplicação de tais direitos, como se observa pela redação dada ao art. 52 do Código Civil: "Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade."

De acordo com Danilo Doneda (2003), a pessoa jurídica, ainda que estranha ao processo de construção dos direitos da personalidade, pois voltada a proteção do ser humano, partilha com este a condição de sujeito de direito e a possibilidade de ser inserida em situações jurídicas, embora sua proteção não se trate de direitos existenciais, mas sim patrimoniais[31].

Nesse sentido, como adverte Paulo Lôbo (2012), alguns dos direitos da personalidade somente podem ser direcionados para a tutela da pessoa humana, tais como o direito à vida, à integridade física ou psíquica, ao passo que à pessoa jurídica, pode-se tutelar o direito à honra (objetiva ou subjetiva), à privacidade e à imagem.

Por conseguinte, a aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas deve ser feita com o juízo crítico, haja vista que tais direitos possuem uma função específica de

---

art. 5º, inciso X da Constituição Federal, tal rol seria meramente exemplificativo e complementado, no próprio texto constitucional, pelo dispositivo mencionado inicialmente".

[31] Segundo Danilo Doneda (2003, p. 56-57): "Este entendimento, aliado à súmula 227 do STJ, editada em 8 de setembro de 1999, reflete o entendimento do Tribunal de que 'a pessoa jurídica pode sofrer dano moral' e cumpre o importante papel na defesa da concorrência e da livre iniciativa, pois a pessoa jurídica corre o evidente perigo de sofrer prejuízos dificilmente estimáveis, em relação ao abalo no crédito, enfraquecimento da imagem e outros efeitos de ofensas à sua imagem ou honra. A referência deste prejuízo, porém, é um conjunto de fatores em tudo diferentes do que seriam para a pessoa humana, por refletirem em um complexo de relações patrimoniais voltadas ao lucro e à eficiência, e é dentro deste ambiente que deve ser avaliado. Evidente que há situações mais complexas, onde a pessoa jurídica pode exercer atividade não lucrativas (caso das fundações) ou visar a objetivos relacionados ao interesse comum; tais casos, nos quais eventualmente pode haver ofensa a direitos da personalidade de pessoas físicas, hão de ser devidamente ponderados pelo intérprete."

proteção do ser humano, que, elevado ao patamar máximo de proteção constitucional, somente serão aplicados indiretamente aos entes morais (DONEDA, 2003).

Outrossim, após uma breve explanação da espécies de direitos da personalidade consagrados no Direito Civil brasileiro e seus conteúdos, faz-se necessária uma abordagem da tutela protetiva prevista, voltada a assegurar estes direitos.

### 2.2.6 A tutela protetiva dos Direitos da Personalidade

Além dos direitos da personalidade propriamente ditos, contemplados no direito material, de acordo com as espécies retromencionadas, o direito brasileiro trouxe uma previsão da tutela destes, que consiste, como formas de assegurar sua efetividade.

Doravante, o próprio Código Civil de 2002, no seu art. 12, antes mesmo de fazer a abordagem dos direitos em espécie, dispõe sobre a forma de tutela ao afirmar que: "Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei."

Por oportuno, saliente-se que, considerando a possibilidade de haver uma ofensa a memória do morto, que atinja indiretamente seus familiares, o parágrafo único do art. 12, complementa a redação dada ao *caput*, ao estabelecer que: "Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau."

Como se observa, dada a redação genérica e abrangente do dispositivo, depreende-se que o Código Civil trouxe uma perspectiva de proteção mais ampla possível, a fim de melhor resguardar a pessoa de lesões ou ameaça, como leciona Danilo Doneda (2003, p. 48):

> A tutela dos direitos da personalidade deve ser integral, garantindo a sua proteção em qualquer situação. O artigo 12 responde a esta necessidade de ampliação da tutela com um mecanismo que já vinha sendo utilizado para minimizar ou evitar danos à personalidade, que é a tutela inibitória. Esta tutela faz-se acompanhar, no enunciado do artigo, de um meio já tradicional de tutela dos direitos da personalidade, que é a responsabilidade civil.
>
> É também reconhecida a possibilidade de outras sanções, previstas em lei, incidirem sobre o ofensor. Na verdade, a experiência estrangeira vem demonstrando a dificuldade de oferecer à personalidade uma tutela eficaz somente por meio dos institutos tradicionais do direito civil. O desenvolvimento tecnológico e a atual dinâmica social criam uma demanda de proteção à pessoa humana que deve ser realizada com novos instrumentos e de todo o ordenamento.

Nesse sentido, o direito brasileiro não enumera as ações a serem adotadas pelo Poder Judiciário, dando ampla margem de atuação, a fim de impedir ou minimizar os efeitos de uma lesão ou ameaça ao direito, mas o que se observa é que as medidas mais corriquei-

ras são as utilizadas tanto num momento anterior, como medida preventiva, quanto num posterior, como medida reparadora, a exemplo do tratamento jurídico conferido na Alemanha, que, segundo Renan Lotufo (2004), ocupa-se tanto de prevenir a lesão, ou, quando isso não se mostrar possível, repará-la[32].

Por sua vez, o direito português, como ensina Ivo César Barreto de Carvalho (2013), traz a possibilidade de uma tripla proteção dada à vítima que consiste numa tutela preventiva, numa tutela indenizatória e numa tutela atenuante, o que muito se assemelha, na prática, às medidas judiciais adotadas no Brasil.

No que diz respeito à prevenção, entende-se se a medida prioritária e urgente do direito, haja vista que este acaba sendo o próprio sentido de resguardo da tutela específica positivada, mesmo porque a lesão a direito da personalidade "[...] não se coaduna com a recondução do prejudicado ao estado anterior [...]" (TEPEDINO; BARBOSA e MORAES, 2007, p. 35), o que implica numa maior necessidade de ação preventiva ou, em caso de repressão, que atue de forma rápida contra a violação para minimizar seus efeitos.

No plano da responsabilidade civil, também se mostra numa medida eficaz, tanto protegido pelos dispositivos específicos, que remetem ao uso indevido do direito da personalidade, quanto ao dispositivo genérico do art. 186 do Código Civil, que assim dispõe: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Por fim, a tutela atenuante, deve ser empregada para minimizar os efeitos da lesão, mesmo porque, como leciona Ivo César Barreto de Carvalho (2013), muitas vezes, a lesão é insuscetível de ser desfeita, não se permitindo a reconstrução do direito violado e o restabelecimento da ordem anterior. Neste sentido, verifica-se a possibilidade do direito de resposta e de retratação conferido aos ofendidos contra manifestos abusos perpetrados no exercício da liberdade de expressão.

Desse modo, Gustavo Tepedino (2001) defende que o mecanismo meramente repressivo, tipicamente penais, decorrentes do binômio lesão-sanção, não se mostra suficiente para a melhor proteção humana, exigindo-se uma atuação voltada também para a promoção do ser, haja vista que a personalidade consiste num valor que deve moldar as atividades humanas a novos critérios de validade.

---

[32] De acordo com Renan Lotufo (2004, p. 56): "Na Alemanha, o direito geral de personalidade pode ser tutelado preventivamente, isto é, antes da ocorrência efetiva do atentado ao direito ou como forma de reparação do dano, no caso de a lesão ocorrido já ter ocorrido. A tutela preventiva dá-se quando o sujeito estiver com o seu direito geral de personalidade ameaçado. Se, todavia, já tiver sido praticado o atentado e este se estender pelo tempo, poderá a vítima obter a cessação da violação."

Apesar de toda a proteção dada pelo ordenamento jurídico para impedir a violação dos direitos da personalidade, através da exigência de uma conduta negativa ou positiva de terceiros, que implicam na noção de indisponibilidade destes, o direito brasileiro ainda reconhece a liberdade da pessoa sobre os direitos da personalidade, para permitir a disponibilidade. Trata-se de um tema importante, que será analisado a seguir.

## 2.3 A DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Apesar da característica de indisponibilidade estar presente nos direitos da personalidade, esta não é encarada de forma absoluta pelo direito, apenas para estabelecer uma limitação de ordem exclusivamente negativa, que impeça a sua exploração, tendo sido analisada de forma mais moderada pela doutrina civilista.

Com efeito, o direito brasileiro tem admitido a disponibilidade dos direitos da personalidade, visto que, como adverte Anderson Schreiber (2013), a repressão da vontade humana, como se depreende pela leitura do art. 11 do Código Civil é uma restrição exagerada, capaz de considerar ilegais procedimentos corriqueiros e aceitos na sociedade como *reality shows*, furar a orelha, lutar boxe ou expor informações pessoas nas redes sociais, como o *Twiter*, *Facebook* e o *Instagram*, o que contrastaria com a realização da própria dignidade humana do indivíduo.

Desse modo, em se tratando de uma proibição que não contempla a dignidade humana, uma vez que esta pode ser realizada de forma positiva, nota-se que o posicionamento do Código Civil merece uma reflexão, pois conduz o intérprete ao questionamento sobre a eficácia da proteção conferida ao direito, através da norma infraconstitucional, a fim de se descobrir se a sua disposição está apropriada e se o direito fundamental foi satisfeito na norma ordinária (CANARIS, 2003).

De fato, a mera proibição não implica em proteção. A realidade fática, ao contrário do que preconiza o mencionado artigo, tem demonstrando a existência situações nas quais as manifestações da personalidade são alvo de contrato de cessão e de autorização de uso, onerosa ou gratuitamente, com o aval do direito, indicando uma característica completamente oposta àquela supramencionada, como explica Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, pp. 119-120):

> Na verdade, o direito da personalidade, em si, não é disponível *stricto sensu*, ou seja: não é transmissível nem renunciável. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. Ou seja: a imagem não se separa do seu titular original, assim como sua intimidade. A imagem continuará sendo daquele sujeito, sendo impossível juridicamente – e até fisicamente – sua transmissão a outrem ou, mesmo,

> sua renúncia. Mas expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do uso. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade. O exercício de alguns direitos da personalidade pode, sim, sofrer limitação voluntária, mas essa limitação é também relativa.

Desse modo, embora protegidos a nível constitucional, os direitos da personalidade podem ser alvo de disponibilidade, como ocorre com os denominados direitos de imagem, direito à voz, cuja previsão se encontra no art. 5º, XXVIII, "a", da Constituição Federal de 1988[33], muitas vezes, negociados e divulgados em obras autorais, nos quais o detentor da imagem não é o titular do direito de imagem[34], de modo que tanto envolvem a possibilidade de cessão, quanto a própria repercussão econômica na sociedade.

Por conseguinte, nota-se que, embora o direito reconheça a indisponibilidade de direitos da personalidade, na atualidade, as relações privadas trazem contratos que colocam esta concepção em xeque. Logo, a realidade destas relações ou implicam que esses contratos são nulos ou a indisponibilidade não representa um dogma para os direitos de personalidade, de modo a se permitir sua exploração, inclusive, para fins econômicos.

Ademais, superada a utilização positiva (consentida) da imagem como forma de atenção do direito da personalidade, outra perspectiva, a negativa, precisa ser analisada, considerando que na atualidade existem muitos mecanismos tecnológicos de captação e divulgação da imagem, em que estas são produzidas, reproduzidas e transmitidas por terceiros sem o consentimento do seu titular.

Neste diapasão, registre-se que as capturas de imagem, ainda que não consentidas pelos titulares do direito, consistem em obras autorais que também se encontram amparadas pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988, ora sendo justificado pela liberdade de expressão (inciso IX): "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" ou do acesso à informação (inciso XIV): "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional" ou pela proteção autoral (inciso XXVII): "aos

---

[33] De acordo com este dispositivo: "a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas".

[34] Nesse sentido, impende informar o tratamento conferido pelo art. 42 da Lei nº 9.615/98, que prevê a titularidade do direito de imagem às entidades de prática desportiva, nos seguintes termos: "Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem". Mais adiante, nota-se que, aos atletas, pessoas que praticam o esporte, somente é conferida uma parte dos direitos de imagem, conforme dispõe o § 1º: "Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil".

autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar".

Por conseguinte, a imagem captada para a sua exploração integra o direito autoral, haja vista que a mesma só pode ser capturada por uma obra, seja ela retrato, desenho, filme ou transmissão, o que pode gerar um conflito de interesses, entre direitos de mesma hierarquia constitucional, de modo a exigir uma compreensão mais aprofundada sobre os conteúdos envolvidos.

Sendo assim, o presente estudo passa a analisar duas temáticas importantes para ser dada a dimensão ao problema ora apresentado, tais como o direito de propriedade e o direito autoral que, a despeito de serem tratados de formas distintas, como será apresentado, compõem a construção jurídico-constitucional da noção de propriedade (material e intelectual). Neste contexto, o capítulo seguinte pretende envolver os temas de proteção dos direitos autorais, dando-se ênfase àquelas abordadas nessa temática que se relaciona com o direito à imagem, de exploração econômica destes direitos e de sua disponibilidade, no sistema jurídico brasileiro.

## 3. O DIREITO DE PROPRIEDADE

Em outro plano da discussão apresentado por este trabalho, encontra-se o direito de propriedade, o direito autoral e os aspectos patrimoniais envolvidos com a exploração da imagem, de modo que o presente capítulo fará uma abordagem destes temas, trazendo os elementos essenciais, a fim de melhor situar a problemática ora proposta.

Neste sentido, embora o direito autoral tenha sido afastado do direito de propriedade com o passar dos anos, principalmente, com o fortalecimento do reconhecimento dos aspectos personalíssimos nas obras e da repersonalização das relações advindas do direito autoral, os dois temas ainda possuem forte ligação, apresentando aspectos comuns em dados momentos, além de serem contemplados como propriedade, no âmbito constitucional. Ademais, a compreensão dos aspectos patrimoniais do direito autoral se mostra necessária para o desenvolvimento do conteúdo central do trabalho, a exemplo do conteúdo patrimonial da imagem e do direito autoral, o que justifica uma abordagem conjunta neste capítulo, no intuito de fornecer uma visão mais ampla.

Desse modo, num primeiro momento, o presente capítulo fará uma breve abordagem sobre a construção jurídica da propriedade material, bem como o seu tratamento no Brasil, de acordo com o conferido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002 e, num segundo momento, uma análise sobre os aspectos mais relevantes, para o trabalho, sobre a propriedade intelectual (imaterial), em especial, sobre o conteúdo do direito autoral, que envolve noções tanto de direito de autor quanto de direitos conexos, cujo conteúdo é essencial para a compreensão desta pesquisa.

Como se verá ao longo da breve abordagem a seguir, a propriedade será utilizada para a delimitação do tratamento conferido aos bens exclusivamente físicos, ao passo que a propriedade imaterial será para aqueles que possuem tanto existência física, quanto intelectual, pois representam o processo de materialização das criações e invenções.

### 3.1 A PROPRIEDADE MATERIAL

O direito de propriedade é reconhecido há muitos anos pelo Direito Privado, como parte de sua espinha dorsal, em decorrência do processo histórico de apropriação dos bens pelo homem, em especial, a partir da experiência romana da antiguidade, que disseminou o modelo através do tempo e do espaço.

A propriedade (material) representa um elemento essencial para a compreensão da história econômica, social, política e jurídica da humanidade ao longo dos séculos. A grande importância da propriedade para as relações humanas trouxe uma necessidade de disci-

plina política e jurídica dos elementos por ela envolvidos, o que encontrou guarida no Direito Civil de muitos povos desde a antiguidade.

Neste sentido, a propriedade material está tão ligada ao Direito Privado e ao cotidiano social, tendo em vista que o homem primeiro se utilizar da apropriação de bens físicos e tangíveis, para a composição das sociedades e relações sociais e, somente após alguns avanços tecnológicos, passou a se preocupar com a imaterial, tendo em vista ser uma tutela mais recente para a ciência jurídica, que é comum que ao se falar em "propriedade", refira-se a "propriedade material", incidente apenas sobre bens físicos, como se fossem sinônimos.

Numa perspectiva econômica, a propriedade pode ser compreendida como o poder de decisão sobre a utilização de um recurso, e as consequências dele decorrentes (ganhos e perdas), que é atribuído a uma pessoa ou grupo de pessoas, a quem compete o uso reservado, sendo excluído do livre acesso dos demais que não seus titulares ou autorizados por estes (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Por conseguinte, o direito brasileiro, reconhecendo a importância da propriedade para a sociedade e a necessidade de sua proteção, sobretudo, diante do poder público, deu relevância constitucional ao tema, reconhecendo o direito de propriedade e a proteção patrimonial, como direito individual fundamental previsto no inciso XXII, do art. 5º da Carta Magna.

Doravante, uma vez erigida à condição de direito fundamental, o que também ocorre com os direitos da personalidade, como apresentado no capítulo anterior, nota-se que qualquer conflito de normas existentes entre estes direitos não se resume apenas a uma alegação acerca da hierarquia constitucional, visto que ambos estariam no mesmo plano, mas de uma análise concreta do caso, a partir do uso da ponderação, a fim de se afastar a incidência de um em benefício do outro no caso concreto.

Contudo, antes de adentrar nos confrontos diretos propostos pelo problema deste trabalho, impende apresentar a construção jurídica existente em torno do direito de propriedade, partindo-se de uma perspectiva histórica do instituto, para uma contextualização do mesmo na sociedade atual.

### 3.1.1 Um breve relato histórico sobre a propriedade

A defesa da propriedade acompanha a própria história do homem, principalmente quando este, abandonando o nomadismo, assumiu uma postura sedentária, vivendo, assim,

num determinado local, que passou a considerar como "seu", para a formação e desenvolvimento do agrupamento humano então formado.

De acordo com John Locke (1994), a ideia de propriedade decorre do trabalho humano e o desenvolvimento deste faz com que o ato de se apropriar possa ser compreendido como justo a alguém e, consequentemente, injusto para os demais pretendentes de determinada terra, como se observa pela seguinte passagem:

> Mas visto que a principal questão da propriedade atualmente não são os frutos da terra e os animais selvagens que nela subsistem, mas a terra em si, na medida em que ela inclui e comporta todo o resto, parece-me claro que esta propriedade, também ela, será adquirida como a precedente. A superfície da terra que um homem trabalha, planta, melhora, cultiva e da qual pode utilizar os produtos, pode ser considerada sua propriedade. Por meio do seu trabalho, ele a limita e a separa do bem comum. Não bastará, para provar a nulidade de seu direito, dizer que todos os outros podem fazer valer um título igual, e que, em conseqüência disso, ele não pode se apropriar de nada, nada cercar, sem o consentimento do conjunto de seus co-proprietários, ou seja, de toda a humanidade. Quando Deus deu o mundo em comum a toda a humanidade, também ordenou que o homem trabalhasse, e a penúria de sua condição exigia isso dele. Deus e sua razão ordenaram-lhe que submetesse a terra, isto é, que a melhorasse para beneficiar sua vida, e, assim fazendo, ele estava investindo uma coisa que lhe pertencia: seu trabalho. Aquele que, em obediência a este comando divino, se tornava senhor de uma parcela de terra, a cultivava e a semeava, acrescentava-lhe algo que era sua propriedade, que ninguém podia reivindicar nem tomar dele sem injustiça.
>
> Nenhum outro homem podia se sentir lesado por esta apropriação de uma parcela de terra com o intuito de melhorá-la, desde que ainda restasse bastante, de tão boa qualidade, e até mais que indivíduos ainda desprovidos pudessem utilizar. Se bem que, na realidade, a cerca que um homem colocasse em seu benefício não reduziria nunca a parte dos outros. Deixar uma quantidade igual que outro homem fosse capaz de utilizar, equivaleria a não tomar nada. Ninguém pode se sentir lesado por outra pessoa beber, ainda que em uma quantidade exagerada, se lhe é deixado todo um rio da mesma água para matar sua sede. O que vale para a água, vale da mesma forma para a terra, se há quantidade suficiente de ambas (LOCKE, 1994, p. 100-101).

A "apropriação" é uma palavra utilizada para duas significações distintas: uma, tornar algo próprio para a realização de uma determinada finalidade e a outra, de fazer algo de propriedade ou posse, de modo que neste, tem-se uma *apropriação-pertença*, enquanto naquele outro sentido, uma *apropriação-destinação* (DARDOT; LAVAL, 2015). Doravante, é comum se utilizar a frase "ele se apropriou do discurso", de modo a se compreender que o discurso foi utilizado para uma fundamentação, mas não que alguém tenha assumido a sua titularidade e também, em outro sentido, "ele se apropriou do terreno abandonado", de modo a ensejar o sentido ora utilizado de se tomar posse, assumindo algo como seu.

Sendo assim, a apropriação utilizada no presente trabalho, consiste naquela ação de tomar algo para si, como coisa. Esta ação assume desde antiguidade a preocupação do Direito, seja pelo aspecto econômico envolvido, uma vez que a apropriação se reverte em poder e propriedade nas sociedades mais primitivas, possibilitando o surgimento de confli-

tos sociais. Com efeito, a existência de propriedade é, em sua essência, conflituosa, pois, a despeito de ser justificada como o exercício de um direito de liberdade, segundo o pensamento iluminista, considera imprescindível para a autonomia do indivíduo, mas que traz consigo a ideia de exclusão do outro (DARDOT; LAVAL, 2015).

Destarte, a partir das convivências em grupo e da necessidade de se defender o seu espaço de constantes ameaças, existentes dentro do próprio grupo de indivíduos, criou-se gradativamente as normas de convivência sociais que culminaram com o desenvolvimento da propriedade privada pelo homem e o seu reconhecimento pelo Direito, como forma de legitimar e estabilizar as relações sociais (BEZERRA, 2009). Por conseguinte, contextualizando a propriedade no tempo, Paulo Lôbo (2015) defende que o seu conceito depende dos contextos históricos vividos, sendo, hoje, compreendida como "[...] o conjunto de direitos e deveres atribuídos a uma pessoa em relação à coisa, com oponibilidade às demais pessoas [...]" (LÔBO, 2015, p. 84)

Nesse sentido, apresentando os registros doutrinários históricos, em primeiro lugar, Darcy Bessone (1996) ensina que o homem passou a se apropriar livremente das coisas da natureza, em nome de uma coletividade (horda), demarcando o surgimento de uma propriedade coletiva[35], que não possuía espaço delimitado de existência, dado ao caráter nômade do ser humano da época. Trata-se, pois, de um processo que gradativamente foi resultando na diminuição de titulares (da coletividade para as famílias e das famílias para seus chefes, em nome das famílias), momento em que se registrou uma transição entre a propriedade coletiva e a propriedade individual.

Amiúde, mais a fundo na estrutura do direito romano na antiguidade, José de Alencar (2004) ressalta a *mancipio*[36] como a gênese da propriedade, visto que este momento histórico compreende tudo aquilo que se poderia adquirir pela força, pelo direito de captura, o que durou por muitos anos no Direito Civil, estabelecendo a base daquela sociedade

---

[35] Nesse sentido, tecendo comentários sobre a propriedade coletiva, a qual denomina de comunitária, ensina Francisco Eduardo Loureiro (2003, p. 21) que "a propriedade comunitária apresenta múltiplas variações, de acordo com o tempo e o espaço, mas ostenta uma plataforma comum, qual seja, a de constituir a garantia de sobrevivência para os membros de uma comunidade plurifamiliar, com a função nitidamente alimentar. O *jus disponendi* mostra-se diluído em detrimento do direito do gozo, sempre condicionado ao bem-estar da comunidade. A apropriação recai sobre o produto gerado pelo bem, mas não sobre o próprio bem".

[36] Nesse sentido, José de Alencar (2004, p. 11): "A mancipação *mancipatio*, primeira transformação do *mancipium*, é a cerimônia civil da investidura da propriedade. Ella se fazia na praça pública na presença de cinco testemunhas. O adquirente proclamava ahi a intenção de fazer sua a cousa; em virtude do poder que outorgava o direito quiritário, isto é, o direito civil! – *Hune ego hominem ex jure quiritium meum esse aio*."

civil, apresentando interferências, por exemplo, na liberdade, na participação política e na chefia da família.

Numa análise dessa evolução da propriedade no direito romano, encontra-se a lição de Paulo Lôbo (2015, p. 84-85):

> No direito romano, o direito de propriedade foi designado primitivamente pela palavra *mancipium* (de *manus* + *capere*, segurar pela mão); depois, por *dominium* (de *dominus*, senhor ou dono), quando era exercido exclusivamente pelo *paterfamilias*; e, finalmente, a partir do fim do direito clássico, por *proprietas*, que expressa seus efeitos, porque apropria a coisa a cada indivíduo (Pinto, 1993, p. 2). Mas os juristas romanos não deixaram uma definição de propriedade. Encontra-se, apenas, no Título IV do Livro II, das *Instituições* do imperador Justitiano (1979, p. 69), no século VI, a expressão *plena in re potestas*, como poder pleno sobre a coisa, quando alude à extinção do usufruto. É importante assinalar que a expressão *proprietas* surgiu apenas no império romano do oriente, na fase bizantina.

Nesse contexto, a ideia da apropriação passa a contemplar um número menor de titulares. Desse modo, a propriedade privada deixou de ser plurifamiliar, em que reunia diversas famílias, para ser familiar, na qual correspondia a interesses de um número menor de pessoas unidas por laços de parentesco a um ancestral comum.

Por conseguinte, observa-se que a relação de apropriação existente entre o homem e os bens remonta aos tempos primitivos da humanidade, de modo que o direito de propriedade há muito acompanha as sociedades humanas, sempre se modificando, ao longo dos anos, para melhor atender a realidade de seu tempo.

Sendo assim, a propriedade é o reflexo de uma relação do homem com o bem, que não se mantem a mesma ao longo do tempo. Esta relação passa por diversas transformações que tanto influenciam, quanto são influenciadas pelas relações sociais de cada momento histórico, passando desde um contexto de inexistência de propriedade, com o nomadismo; passando por uma noção de uso superando a de ter; até outro momento em que os bens passam a ser apropriáveis e ainda apreciáveis economicamente, que asseguram a necessidade do ter direta, através do próprio bem, quanto indiretamente, através das trocas monetárias.

Doravante, evidencia-se que a noção de propriedade sofreu modificações com o passar do tempo, uma vez que, ao longo da história, sempre se manteve valorizada socialmente, embora não da mesma forma, recebendo influencias das relações sociais e suas transformações em cada momento, o que representa um ponto importante para a própria compreensão do direito de propriedade.

Todavia, apesar da importância da compreensão destas transformações, para melhor se entender o tratamento jurídico da propriedade material ao longo dos anos, estas não

serão tratadas nesta pesquisa por fugirem ao foco central do trabalho, de modo que, neste momento, a abordagem será direcionada para um estudo sucinto do tema como tratado pela Constituição Federal de 1988.

### 3.1.2 A propriedade a partir da Constituição Federal de 1988

No Brasil, o direito de propriedade encontra previsão no inciso XXII[37], do art. 5º, do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), do Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), da Constituição Federal de 1988, na qual só concebe uma perspectiva mais ampla que o tratamento exclusivamente na seara civil e privatista.

Com efeito, a inserção constitucional, encerra dois sentidos à propriedade, primeiro, que a mesma, atualmente, evolve questões mais complexas, abrangendo diversos ramos do direito como o constitucional, o administrativo, o civil, o empresarial etc. Segundo, o instituto da propriedade não deverá ser analisado sob uma perspectiva eminentemente patrimonialista e voltada a atender os anseios de um único indivíduo, como feito preteritamente, mas sim, destinada a atender aos padrões estabelecidos pela própria sociedade.

Nesse sentido, a entrada da Constituição Federal de 1988 trouxe uma significativa mudança no direito de propriedade brasileiro, uma vez que, apesar de não promover grandes alterações sob seu texto, em relação à anterior, no que se refere ao seu aspecto interpretativo e sistemático, a nova Carta Magna representou uma mudança de rumo sobre a hermenêutica da propriedade, primeiro, por ser conjugada juntamente com o Código Civil no momento da aplicação do Direito, o que atingiu a centralidade codificadora, prevalecente até então, e, segundo, por trazer não somente regras, mas também princípios e valores que passaram a permear o entendimento estabelecido pela norma.

Desse modo, sob o ponto de vista metodológico e interpretativo deste Direito Civil, Gustavo Tepedino (2009) traz uma leitura sob a ótica constitucional, considerando que o ordenamento jurídico não se resume ao direito positivo, de modo que os princípios e valores constitucionais devem ser observados e que o ordenamento jurídico deve ser compreendido como um todo orgânico. Sendo assim, a aplicação jurídica deve ser um momento de conjugação das fontes normativas com os princípios e valores envolvidos, consoante se observa pela lição do referido autor:

> O sistema jurídico, bem ao contrário, há fazer convergir a atividade interpretativa e legislativa na aplicação do direito, sendo aberto justamente para que se possa nele incluir todos os vetores condicionantes da sociedade, inclusive aqueles que atuam na cultura dos magistrados, na construção da solução para o caso concreto.

---

[37] Segundo a redação deste inciso: "é garantido o direito de propriedade".

> A pluralidade de fontes normativas, pois não pode significar perda do fundamento unitário do ordenamento, devendo sua harmonização se operar de acordo com a Constituição, que o recompõe, conferindo-lhe, assim, a natureza de sistema. Ou seja, a pluralidade de núcleos legislativos deve conviver harmonicamente com a noção de unidade de ordenamento.
>
> Assim, chega-se à noção de ordenamento não como repositório de normas jurídicas, mas como conjunto de ordenamentos dos casos concretos, para cuja construção o intérprete levará em conta os elementos condicionantes dos fatos e das normas jurídicas conjuntamente interpretadas em cada conflito de interesses. Daí a importância atual da argumentação jurídica, a qual não se repete, por isso mesmo, entre dois casos concretos (sendo sempre singular e indispensável para a legitimidade desta fusão de culturas e de compreensões de mundo operada pelo magistrado na decisão judicial). E tendo em vista a unidade indispensável à própria existência do ordenamento, a interpretação deste processo complexo há de ser feita, necessariamente – convém insistir –, à luz dos princípios emanados pela Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo as normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas (TEPEDINO, 2009, p. 11-12)

Embora pareça uma consequência natural da estrutura normativa hierárquica, com o Direito Civil sendo interpretado à luz da Constituição, esta prática nem sempre fora observada nos ordenamento jurídicos, seja porque algumas cartas constitucionais não traziam princípios, regras e valores que deveriam conduzir as normas inferiores, seja porque estas normas inferiores, desprovidas de apego aos valores constitucionais, representavam normas específicas que, pela regra de hermenêutica, prevaleceria sobre as normas de caráter geral[38], o que, de acordo com a perspectiva atual, passou a representar uma interpretação invertida, de baixo para cima[39].

Nessa toada, a perspectiva constitucional trouxe uma nova metodologia para o direito privado, reestruturando seus conceitos, seu epicentro, que passaria a ser a pessoa humana, através da promoção da dignidade humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que, aos poucos, assumiu os lugares do patrimonialismo, do individualismo e da autonomia da vontade (TEPEDINO, 2009).

Por conseguinte, como defende Luiz Edson Fachin (2008) a Constituição Federal de 1988, ao inserir a proteção da dignidade humana, impôs ao Direito Civil o abandono da

---

[38] Sobre esta mudança no paradigma do papel da norma infraconstitucional, TEPEDINO (2009, p. 31): "A alusão à civilização do direito constitucional atribui ao codificador o papel de *tradutor* ou *decodificador* dos princípios constitucionais, admitindo a redução do espectro normativo constitucional à vontade infraconstitucional, cujas regras, por suas próprias características, mostram-se necessariamente mais analíticas e detalhadas na especificação dos comandos normativos."

[39] Nesse sentido, explica Gustavo Tepedino (2009, p. 32): "De fato, quanto mais baixa na hierarquia normativa mais detalhada a norma se apresenta. E justamente por possuir maior concretude, mostram-se certos autores tentados a adaptar o preceito constitucional ao comando pormenorizado da regra raquítica, lendo a norma constitucional à luz da norma infraconstitucional – e não o contrário -, de modo a fazer com que a regra específica prevaleça sobre a determinação constitucional, e subvertendo, assim, a hierarquia de valores do ordenamento, no âmbito do qual os princípios constitucionais devem sempre

postura patrimonialista herdada do século XIX, para colocar a proteção à pessoa humana como o fim último do direito, na busca pelo seu pleno desenvolvimento. Esta nova perspectiva não foi inteiramente seguida pelo Código Civil seguinte[40], que fora redigido antes mesmo que a Carta Magna de 1988, porém, deve se submeter a esta, dada a sua supremacia de regras e princípios sobre os demais diplomas legais.

Esta mudança de paradigma hermenêutico e axiológico do Direito, em especial do Direito Privado, aliado ao processo de descentralização e de redução das fronteiras do público e do privado, fizeram com que o Código Civil de 1916 se mostrasse bastante ultrapassado, com muitos dispositivos se tornando inaplicáveis por violação direta ou indireta das normas constitucionais, o que restringiu consideravelmente o seu alcance normativo ao longo dos anos em que conviveu com a Constituição Federal de 1988.

Doravante, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a propriedade privada como uma garantia fundamental e um dos princípios da ordem econômica; estabeleceu limites gerais à sua utilização, e ainda reconheceu algumas espécies de propriedades, as quais visam a ser abordadas por este estudo.

### 3.1.3 Espécies de propriedade

Além de estabelecer o direito de propriedade, como uma garantia individual fundamental, e estabelecer que ela será regida pelo princípio da função social, como se verá adiante, a Constituição Federal de 1988 consagrou uma definição ampla do que se deve entender por propriedade.

Deveras, de acordo com José Afonso da Silva (2005), a Constituição consagrou a tese da doutrina italiana, de acordo com a qual a propriedade não se resume a um instituto único, uma vez que o conteúdo trazido pela garantia abrange várias instituições diferenciadas, de modo a se poder falar em *propriedades*, sendo as mesmas regidas por diversas normas no direito brasileiro de natureza civil, administrativa, empresarial, dentro desta regulação constitucional[41]. Neste sentido, a noção de propriedades, decorrente da exploração

---

prevalecer. Trata-se de uma espécie de *técnica de interpretação conforme* às avessas, oblíqua, intolerável do ponto de vista hermenêutico."

[40] De acordo com o pensamento de FACHIN (2008, p. 146): "Se a preocupação primordialmente patrimonialista o Projeto do Código Civil, à época de sua elaboração e a dignidade humana não eram sequer metas do regime ditatorial vigente, e em que o 'milagre econômico', alavancado em uma perspectiva desenvolvimentista, privilegiava especialmente a concentração de renda -, estava de acordo com ordenamento jurídico vigente, após 1988, com a imposição constitucional da concretização da dignidade do ser humano, a adequação ao novo sistema deixou de existir."

[41] De acordo com José Afonso da Silva (2005, p. 274): "Em verdade, uma coisa é a *propriedade pública*, outra a *propriedade social* e outra a *privada*; uma coisa é a propriedade *agrícola*, outra a *industrial*; uma a propriedade *rural*; outra a *urbana*; uma a *propriedade de bens de consumo*, outra, a de *bens de produ-*

exclusiva pelo titular, está presente em diversas passagens do texto constitucional, tais como a propriedade urbana, a propriedade rural, a propriedade de marcas, a propriedade de veículos automotores etc.

Sendo assim, analisando-se as espécies trazidas pela Constituição, pode-se perceber que a propriedade pode ser classificada como: pública e privada; móvel e imóvel; material e imaterial, dentre outras diferenciações que podem ser trabalhadas pela doutrina, tais como rural e urbana; civil e empresarial. Ademais, ao presente trabalho interessam estas definições que se referem à abordagem temática adotada.

Essa ideia de propriedade constitucional, utilizada em seu sentido amplo, que abriga tanto a material, quanto a imaterial, na qual estaria inserida a propriedade intelectual, é bastante reconhecida pelos constitucionalistas nacionais, haja vista a existência de aspectos patrimoniais nestes direitos, apesar desta classificação não representar uma unanimidade entre os doutrinadores[42].

---

*ção;* uma a propriedade de *uso pessoal*, outra a *propriedade/capital*. Pois, como alertou Pugliatti, há bastante tempo: "no estado das concepções atuais e da disciplina positiva do instituto, não se pode falar de um só *tipo*, mas se deve falar de tipos diversos de propriedade, cada um dos quais assume um aspecto característico". Cada qual desses tipos pode estar sujeito, e por regra estará, a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade".

[42] Neste sentido, no plano constitucional, leciona José Afonso da Silva (2005, p. 275-276): "O art. 5º, XXVII, que assegura o direito autoral, contém duas normas bem distintas. A primeira e principal confere *aos autores o direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras*, sem especificar, como faziam as constituições anteriores, mas compreendido em conexão com o disposto no inc. IX do mesmo artigo, conclui-se que são *obras literárias, artísticas científicas e de comunicação*. Enfim, aí asseguram os direitos do autor de obra intelectual e cultural, reconhecendo-lhe, vitaliciamente, o chamado *direito de propriedade intelectual*, que compreende os *direitos morais e patrimoniais*. A segunda norma declara que este *direito é transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.*". Mais adiante, segue defendendo a noção abrangente da propriedade intelectual: "Trata-se de propriedade de bens incorpóreos: privilégio de invenção industrial, que assegura ao inventor (criador de objeto capaz de propiciar novos resultados industriais) o direito de obter patente que lhe garanta a propriedade do invento (ou modelo de utilidade, objeto prático suscetível de aplicação industrial, com nova forma ou disposição, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação) e o direito exclusivo de utilização do objeto da patente e o consequente direito de impedir que terceiro faça; a proteção pelo registro, à propriedade de desenhos industriais, das marcas e de seu uso exclusivo: à propriedade das marcas de serviços; à exclusividade dos nomes de empresas e de outros signos distintivos" (SILVA, 2005, p. 278). Ademais, na seara civilista, Caio Mário da Silva Pereira (1999, p. 71): "É certo que, em puro rigor, a condição de sujeito de direito sobre bens incorpóreos se designa por outros apelidos. É certo, também, que os direitos de autor na atualizada revisão terminológica e conceitual desobrigam da relação dominial. Mas à amplitude semântica do vocabulário jurídico não repugna designar a titularidade dos direitos sobre bens incorpóreos como "propriedade". Em contrapartida, há quem defende e forma contrária dentre os civilistas, como defende Roberto de Ruggiero (1999, p. 462-463): "O objeto do direito de propriedade são, racionalmente, apenas as coisas corpóreas. Todavia, fala-se também de uma propriedade literária, artística e industrial, cujo objeto seria constituído por coisas incorpóreas ou bens imateriais. A ela se refere expressamente o art. 437 do cc, em que se declara que as produções do engenho pertencem aos seus autores, se onde parece que devia inferir a própria lei, estendendo o conceito tradicional de propriedade, tenha considerado como seu objeto não só as coisas corpóreas, mas também as incorpóreas ou imateriais. Este é, na verdade, o parecer de muitos escritores, para os quais o direito do autor é um direito de propriedade, não obstando a tal concepção a tradicional concepção romanista, segundo a qual o objeto de domínio eram apenas as coisas corpóreas, uma vez que aquela concepção restrita já foi ultrapassada. Em nossa opinião, porém, a natureza do direito de autor não

Doravante, o direito brasileiro trata a propriedade material, principalmente, no Código Civil e nas legislações especiais, como móveis ou imóveis, enquanto as imateriais (intelectuais) são regidas principalmente pelas Leis nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial) e 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), que estabelecem normas gerais de tratamento para a propriedade industrial e os direitos autorais, além de outras mais específicas.

Vale dizer que, a despeito das divergências sobre a natureza de propriedade dos direitos intelectuais ou da propriedade intelectual, em especial dos direitos autorais, e suas especificações, como se verá mais adiante, existem conteúdos aplicáveis a estas espécies de bens, como algumas das normas dos direitos reais. Por conseguinte, o trabalho segue o estudo da propriedade material disciplinada pelo Código Civil de 2002.

### 3.1.4 O Código Civil de 2002

A partir da edição da Constituição Federal de 1988, os direitos referentes à propriedade, que se encontravam disciplinados, principalmente, pelo Código Civil de 1916, já se mostravam anacrônicos, de modo que uma modificação do sistema regulador das relações reais privadas se fazia necessária.

Assim, com a edição do Código Civil de 2002, o direito de propriedade passou por modificações, em especial sobre a percepção que se deveria dar a alguns de seus institutos jurídicos, considerando as diversas mudanças ocorridas nos últimos anos que não foram acompanhadas pelo código anterior, para adequá-los tanto à realidade social quanto à realidade constitucional.

Nesse sentido, numa manifestação mais condizente com a proposta do Estado Social, limitando o direito de propriedade, o Código Civil de 2002 trouxe dispositivos com previsão de menor poder individual ao proprietário, fazendo com que a utilização da pro-

---

presta a incluí-lo sem mais sob o conceito de propriedade. A obra de arte, literária, musical ou dramática, a invenção científica, a descoberta industrial, em suma; todo o produto do engenho humano não é protegido nem regulado com as mesmas normas que tutelam a propriedade sobre coisas corpóreas e que para elas seriam inaplicáveis. Pertencem sim a seus autores, mas tal pertença só por analogia se pode chamar propriedade e não identificar-se com ela. Melhor é, pois, falar em direitos sobre bens imateriais e, sem condenar ou excluir as usuais locuções de "propriedade literária, industrial e artística", designar o direito de autor como direito patrimonial de natureza real, com características particulares que o diferenciam de todos os outros". Por fim, reforçando esta segunda corrente, ressalte-se a lição de Paulo Lôbo (2015, p. 370): "É possível assegurar a proteção aos direitos autorais sem necessidade de relacioná-los ou classifica-los com a propriedade. Essa relação decorreu da influência da concepção da propriedade como direito subjetivo por excelência e do sistema de *common law*, notadamente o norte-americano, que considera a propriedade como paradigma da proteção dos direitos autorais e demais direitos intelectuais, que originam vultuosos valores econômicos. A criação intelectual é um bem jurídico protegido, mas não é coisa. O suporte material da criação (a tela, o livro, por exemplo) revela, mas não atrai ou absorve a criação, que, em si mesma, é inapropriável. Daí que a Lei de Direitos Autorais os classifique em morais e patrimoniais. A coisificação de bens jurídicos ideais é incompatível com os fundamentos de nosso direito".

priedade fosse compreendida sob a forma de utilidade dentro de um contexto social. Doravante, o art. 1.228 do Código Civil e os seus cinco parágrafos apresentaram um novo panorama para a propriedade nos seguintes termos:

> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
>
> § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.
>
> § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.
>
> § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.
>
> § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.
>
> § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Por conseguinte, pode-se notar, na análise deste dispositivo, que a proposta atual de disciplina do direito de propriedade já não coincide com aquela trazida pelo art. 524[43] do Código Civil de 1916, que dispõe que, em conformidade com a crítica, coloca-se a propriedade sujeita ao uso adequado do bem, que, ao final, recai na noção de função social da propriedade. Isso se deve ao fato de que o vetusto dispositivo apresentava a preocupação apenas com os poderes do proprietário, sem se preocupar com o seu aspecto funcional (TEPEDINO, 2004).

Desse modo, como inovações legislativas deste artigo face ao anterior, pode-se apontar a busca pelo respeito ao meio ambiente (§1º), exigência expressa do comportamento não abusivo do titular da propriedade (§2º) e a possibilidade de se privar o titular de área extensa de terra por decisão judicial em prol de um número considerável de pessoas (§4º).

---

[43] O art. 524 do Código Civil de 1916 apresentava a seguinte redação: "A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua." Embora esta redação seja muito semelhante à do art. 1228 do Código Civil de 2002, a complementação da sua previsão foi bastante diferente, uma vez que o artigo anterior somente possuía um parágrafo com o seguinte conteúdo: "A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do Capítulo VI deste Título."

Nesse diapasão, assim como o art. 1.228 do Código Civil vigente, os demais, em comparação com a disciplina trazida pelo código anterior, também demonstram um condicionamento da propriedade à sua utilização em conformidade com o interesse social, o que limita o seu exercício, como se observa pela redação do art. 1.229, nos seguintes termos:

> Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

Desse modo, nota-se que, recentemente, o tratamento foi diverso ao dado pelo anterior art. 526[44] do CC/1916, quando não se fazia maiores ressalvas aos limites verticais, senão aqueles decorrentes da sua possibilidade física. De fato, a redação atual já traz consigo a ideia de utilidade pelo seu titular, de modo que a extensão do bem não se mostra ilimitada, assim como a sua defesa.

No artigo seguinte, outra restrição é feita ao exercício do direito de propriedade, de modo que "A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais" (art. 1.230), o que, mais uma vez, restringe a amplitude vertical do bem, para lhe dar adequação ao ditame constitucional, que expressamente reconhece estes como bens da União (art. 176[45]).

Por fim, nos artigos 1.231 e 1.232 do Código Civil também está sinalizado que não há um padrão ilimitado sobre determinado bem, de modo que os dispositivos apresentam ressalvas ao exercício do direito de propriedade. Com efeito, o primeiro, estabelece que "A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário", de modo que deixa clara a existência de prova em contrário capaz de retirar a exclusividade e a plenitude; ao passo que o segundo dispõe que "Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem", o que deixa em aberto a possibilidade de que determinado fruto não venha a pertencer ao proprietário, não sendo, pois, uma resposta a ser dada *a priori*.

---

[44] De acordo com este dispositivo do código anterior: "Art. 526. A propriedade do solo e do subsolo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário impedir trabalhos, que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em obstá-los."

[45] De acordo com este dispositivo da Constituição Federal de 1988: "As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra."

Sendo assim, o direito brasileiro, ao dispor sobre propriedade, trouxe uma série de limitações ao seu exercício, a fim de que o mesmo seja exercido dentro dos moldes constitucionais, que abrigam o interesse público e procuram evitar o uso abusivo do direito, com a sua consequente nocividade econômica e social.

Nesse sentido, a compreensão do uso da propriedade sofreu modificações, ao longo do século XX, em especial, no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, o que representou numa nova percepção deste direito, sobretudo, por uma busca mais efetiva do uso em conformidade com a função social, que merece um tratamento específico, como será feito a seguir.

### 3.1.5 A função social da propriedade

A função social da propriedade é dos princípios mais significativos do direito de propriedade da atualidade, com grande relevância para o direito brasileiro, tendo a sua previsão sido inserida na Constituição Federal de 1988, no Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), do Título I (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), com a seguinte redação: "a propriedade atenderá a sua função social" (inciso XXIII, do art. 5º).

Apesar de relatos históricos desde a Idade Média, a inserção da ideia de função social da propriedade, como concebida atualmente, advém dos estudos de Karl Renner que refletiu sobre os propósitos dos institutos jurídicos, de acordo com as estruturais sócio-políticos-constitucionais, que superou o seu momento histórico, como se observa na abordagem feita por Fabrício Bertini Pasquot Polido (2006, p. 16):

> Importante observar que em sua obra, Renner mostra o quão extensa é a ideia de "função econômica" dos institutos jurídicos e de cada disciplina jurídica específica. Sua preocupação está em mostrar como as necessidades da vida cotidiana aparecem justificadas pelas formas e esquemas jurídicos adotados para disciplinar as relações privadas entre os indivíduos, e qual o papel dos institutos conexos de direito público no contexto do exercício de direitos subjetivos. Destaca-se, por exemplo, a atenção que dispensa o autor para tratar da influência das medidas de polícia relacionadas ao planejamento urbano no gerenciamento de direitos de proprietários e as limitações delas decorrentes para os titulares. Renner tem o mérito de perceber como as instituições econômicas do início do século XX serviriam para modificar os esquemas tradicionais do Direito Privado, influenciando especialmente os contornos da propriedade tradicional. Fundamentalmente, sua análise emprega simultaneamente um dissenso e consenso com a análise marxista quanto às relações de produção de bens na sociedade e a divisão do trabalho.

O processo evolutivo da ciência jurídica sobre a propriedade, influenciada, sobretudo, pelo direito alemão, que trouxe a noção de que "a propriedade obriga o seu titular", na Constituição de Weimar (1919), promoveu uma alteração da concepção do instituto ju-

rídico em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, tal como o direito brasileiro que passou a adotar a ideia de função social para a propriedade.

Doravante, seguindo a linha evolutiva, a Constituição Federal de 1988 sistematizou o princípio em diversas passagens, demonstrando que a sua importância transcende a preocupação com a proteção do patrimônio individual. Sendo assim, encontra-se o princípio da função social da propriedade, tanto o colocando na parte dos direitos fundamentais, quanto trazendo a sua importância para a ordem econômica (arts. 170 e 173), para a política urbana (art. 182 e 183) e política agrícola e fundiária e da reforma agrária (arts. 184 a 186), o que demonstra que o mesmo também deve compor políticas públicas econômicas e sociais, rurais e urbanas.

Neste sentido, em primeiro lugar, ao estabelecer as diretrizes gerais para a economia do Estado, o art. 170 da Constituição Federal de 1988 reconhece a função social da propriedade como um dos seus princípios, ao lado da soberania nacional, propriedade privada, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, além do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no país.

Sendo assim, ao longo dos anos a propriedade privada sofreu modificações em seu conteúdo, uma vez que passou a ser conjugada e condicionada ao cumprimento da função social, o que resultou num novo olhar sobre o instituto, que passou a ser compreendido pela sua funcionalidade, deixando de ser entendido como um poder supremo do seu titular, para representar um poder-dever, segundo o qual o seu titular também possui obrigações a serem atendidas, de acordo com os interesses sociais consagrados, para que o uso dela se torne social e economicamente aceito e, por conseguinte, venha a ser referendado pelo direito.

Por fim, antes de encerrar a abordagem da propriedade pelo direito brasileiro, impende apresentar o conteúdo do direito de propriedade e as suas características, a fim de se melhor compreender o tema.

### 3.1.6 Das características da propriedade

Numa abordagem final sobre o tema neste capítulo, vale ressaltar que a propriedade material trazida pelo Código Civil segue as regras dos direitos reais, por se retirar a relação desenvolvida entre o sujeito, o objeto e a sociedade[46] e estas, como se verá, apesar de

[46] Nesse sentido, vale trazer a lição de Paulo Lôbo sobre os direitos reais: "De acordo com a teoria personalista, que adotamos, a relação jurídica real se constitui entre um sujeito titular determinado e um

não regerem mais a propriedade intelectual, serviu de base para a compreensão das semelhanças e diferenças de tratamento a serem dadas a ambas.

Doravante, saliente-se que, na sistemática do direito civil brasileiro, a propriedade (sobre bens materiais) se constitui num direito real, inseridos na relação apresentada pelo art. 1.225[47] do Código Civil de 2002, considerado complexo, que envolve a faculdade de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto (GOMES, 2012). Sendo assim, a propriedade privada tratada pelo Direito Civil apresenta uma abrangência menor que aquela abordada pela Constituição Federal de 1988 que envolve outros conteúdos, como, por exemplo, a propriedade intelectual.

Ademais, em análise a esta estrutura inserida no Código Civil, pode-se dizer que o direito de propriedade possui as seguintes características: direito *absoluto*, tanto por conferir ao seu titular o poder de decidir acerca da destinação sobre a coisa, quanto por ser oponível *erga omnes*, embora este último não lhe seja peculiar[48] (GOMES, 2012); *perpétuo*,

---

sujeito passivo indeterminado e universal, tendo por objeto uma coisa, enquanto, na relação jurídica pessoal, os sujeitos são determinados e o objeto é um ato de conduta de um dos sujeitos. O direito real tem como conteúdo a coisa, de modo que a prestação da parte contrária apenas é consequência do direito, seja de caráter positivo (por exemplo, restituir a coisa), seja de caráter negativo (abstenção de violação de direito). No direito pessoal, há relação entre duas pessoas ou mais. No direito real, apenas a violação do dever geral de abstenção determina o devedor e faz nascer sua obrigação específica, inclusive, de indenização" (LÔBO, 2015, p. 38)

47 Frise-se que o rol de direitos reais é taxativo, podendo ser apresentado pelo Código Civil e por leis especiais. No caso do Código Civil, este estabelece que: "Art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese; XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; XII - a concessão de direito real de uso e XIII - a laje." Ao contrário da doutrina clássica, alguns autores defendem que o rol apresentado pelo artigo não é taxativo, mas meramente exemplificativo, como Flávio Tartuce (2019) que argumenta haver a possibilidade de constituição de outros direitos reais não previstos na relação deste artigo, através do direito privado, desde que em conformidade com os limites legais, a exemplo do tratamento dado à multipropriedade e à legitimação de posse urbana, de modo que haveria uma tipicidade da lei e não uma taxatividade do art. 1.225 do Código Civil.

48 Segundo Orlando Gomes (2012, p. 104): "*Direito absoluto* também é porque confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la, e, ainda, se lhe convém limitá-lo, constituindo, por desmembramento, outros direitos reais em favor de terceiros. Em outro sentido, diz-se, igualmente, que é absoluto, porque oponível a todos. Mas a oponibilidade *erga omnes* não é peculiar ao direito de propriedade. O que lhe é próprio é esse poder jurídico de dominação da coisa, que fica ileso em sua substancialidade ainda quando sofre certas limitações [...]"

uma vez que não encontra limitação no tempo[49]; *exclusivo*, de modo que não comporta o uso pelo titular e por terceiros ao mesmo tempo[50] (GONÇALVES, 2018).

Neste contexto, Flávio Tartuce (2019) faz distinção entre os direitos reais e os direitos pessoais de cunho patrimonial, ressaltando que os primeiros são uma relação jurídica entre pessoa e coisa, sendo considerado o sujeito passivo toda coletividade, seguem o princípio da publicidade, possuem efeitos erga omnes, possuem rol taxativo, direito de sequela (sobre o bem específico) e caráter permanente; ao passo que os segundos são relações entre sujeito (ativo e passivo), seguem a autonomia privada, apresentam efeitos entre as partes, rol exemplificativo, os bens (de forma genérica) respondem pelo cumprimento da obrigação e possuem caráter transitório.

Doravante, inicialmente a propriedade intelectual e os direitos autorais foram tratados como direito de propriedade e seguiam regras comuns, trazidas pelos direitos reais, e, como se verá, esta influência histórica ainda se mantém, embora em menor força na atualidade, em que o direito autoral teve reconhecidas natureza e características que não se resumia àquelas apresentadas pelos direitos reais sobre bens materiais.

Não obstante toda a construção jurídica aqui apresentada, que serve de linhas gerais para a compreensão do tratamento jurídico da propriedade e do direito de propriedade no Brasil, a partir deste momento se faz necessária uma abordagem à propriedade intelectual, em especial do ramo denominado de Direito Autoral, o seu desenvolvimento histórico e o seu conteúdo atual, tendo em vista a sua importância para o enfrentamento da questão central desse estudo.

---

[49] Sobre a limitação no tempo, é preciso fazer algumas considerações, como se percebe pela lição de Paulo Lôbo (2015, p. 88): "No direito brasileiro, em princípio, a propriedade é perpétua, não havendo limitação no tempo e se transferindo, pela sucessão hereditária, de geração a geração. Porém, pode ser limitada no tempo, em determinada circunstâncias, pela lei ou convenção. Exemplo de limitação temporal pode ocorrer com a propriedade resolúvel, uma vez que ela se extinguirá (se resolverá) quando ocorrer o termo final previsto no título (CC, art. 1.359), transferindo-se para outro titular, em cujo favor se opera a resolução. A retrovenda é outro exemplo: o vendedor pode reservar-se o direito de recobrar o imóvel que vendeu, no prazo máximo de três anos, restituindo o preço recebido e as despesas feitas pelo comprador".

[50] De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 238): "[...] A mesma coisa não pode pertencer com exclusividade e simultaneamente a duas ou mais pessoas. O direito de um sobre determinada coisa exclui o direito de outro sobre essa mesma coisa (*duorum vel plurium dominium in solidum esse non potest*). O termo é empregado no sentido de poder o seu titular afastar da coisa quem quer que dela queira utilizar-se". Mais adiante, o autor faz a ressalva sobre o condômino: "Tal noção não se toca com a de condomínio, pois cada condômino é proprietário, com exclusividade, de sua parte ideal. Os condôminos são, conjuntamente, titulares do direito; o condomínio implica divisão abstrata da propriedade" (GONÇALVES, 2018).

## 3.2 A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Após a abordagem sobre os aspectos gerais da propriedade material no direito brasileiro, o presente trabalho parte para a abordagem da propriedade imaterial (intelectual), dando ênfase aos direitos autorais que envolvem as obras que captam as imagens, que consistem no cerne do problema desta pesquisa.

A Propriedade Intelectual é um ramo do Direito Privado que envolve as criações e as invenções, respectivamente pertencentes aos direitos autorais e a propriedade industrial. Os primeiros envolvem as produções culturais conhecidas como criações do espírito, ao passo que a segunda envolve a produção de inventos e sinais, voltados para as diversas atividades empresariais.

Desse modo, considerando a temática abordada pela presente pesquisa, que abriga as obras, o trabalho seguirá com a análise pautada nos direitos autorais. Sendo assim, somente será feita menção à propriedade industrial, em casos específicos, quando esta se mostrar relevante ao desenvolvimento do estudo e ligada à proteção e exploração da imagem.

Doravante, a Propriedade Intelectual será abordada sob três formas distintas: uma, em seu aspecto histórico, considerando seus momentos evolutivos distintos; duas, considerando o processo de apropriação intelectual, a fim de se estabelecer o sentido da propriedade intelectual e, três, considerando os reflexos do tratamento jurídico da propriedade intelectual na atualidade, em especial das obras autorais, justamente por se tratar de tema central na abordagem do problema da presente pesquisa.

Trata-se de uma divisão que leva em consideração os aspectos essências da Propriedade Intelectual, dentro da perspectiva do problema trazido à baila pela presente pesquisa. Destarte, a fim de trazer uma contextualização do tema propriedade intelectual, entre os valores patrimoniais e existenciais, parte-se de uma visão histórica, à luz da evolução do tema com o passar dos anos.

### 3.2.1 Aspectos históricos dos direitos autorais

A propriedade intelectual, apesar de presente nas sociedades mais antigas, em suas diversas manifestações, nem sempre recebeu um tratamento jurídico adequado, a fim de proteger a criação e o criador da utilização não autorizada.

Na antiguidade, havia previsão de direito de autor em poucas manifestações, tais como a proibição que um manuscrito pudesse ser vendido a duas pessoas. Neste caso, a obra literária, por exemplo, era considerada um bem comercializável, mas, diante da difi-

culdade de sua reprodução de um material, o interesse privado se resumia a negociação do manuscrito, não havendo nenhuma proteção fora esta, de modo que o livreiro arcaria com os custos de reprodução e o autor poderia ter alguns exemplares de sua obra[51] (DE MATTIA, 1979).

Com a Idade Média, a produção intelectual e sua proteção sofreram retrocessos, tendo em vista que a aquisição de livros se tornou menor. Desse modo, alguns trabalhos passaram a ser controlados pela Igreja, somente sendo lidos e reproduzidos com seu consentimento, as autorias das obras eram colocadas em segundo plano, mesmo porque, naquele momento, prevalecia a ideologia de que os homens expressavam a voz de Deus, de sorte que a identidade, muitas vezes, não era verificada. Esta situação permanece por cerca de mil anos, até o florescimento das cidades e das universidades, além do aumento do número de pessoas alfabetizadas, proporcionando uma maior demanda por livros (ZANINI, 2014).

Nesse sentido, diante de um mundo com dificuldade em aumentar o número de livros, dada forma em que a mesma era feita, manualmente, a grande revolução deste período pode ser atribuída à invenção da imprensa de tipos móveis que facilitou a reprodução e o acesso aos exemplares das obras, como ressalta José Carlos Costa Netto (2019, p. 101):

> Na Alemanha, em 1436, Hans Gutenberg inventou a imprensa em tipos móveis, revolucionando o sistema de extrações de cópias, em grandes quantidades e com baixo custo, de obras literárias e outros escritos que, durante os vinte séculos anteriores (de V. a.C.), eram manuscritos. Esta data consiste em um marco na conscientização sobre a necessidade de estabelecimento de uma forma de proteção diferenciada do regime comum e genérico próprio aos bens materiais móveis. As várias cópias extraídas de um único livro não consistiam apenas na reprodução de um objeto qualquer, pois, ao contrário, continham um bem imaterial dissociado do suporte físico e ligado à personalidade do autor: a obra intelectual.

A partir desse momento, a história do direito autoral precisava sofrer uma alteração também, pois as proteções desenvolvidas até então não conseguiam mais atender à necessidade social. Com o passar do tempo, ficou cada vez mais evidente que a regulação de cópias manuais e de venda de poucos exemplares não era o mesmo que a nova realidade de

[51] Nesse sentido, Flávio Maria De Mattia (1979, p. 162), ressalta as dificuldades do mercado naquele momento histórico nos seguintes trechos de seu trabalho: "O trabalho do copista era longo e custoso e o número de pessoas que podia adquirir os manuscritos confeccionados, com alto custo, era restrito. Os raros exemplares circulavam de mão em mão." Mais adiante o mesmo autor relata que os autores não tinham a preocupação com o lucro resultante de seus trabalhos, buscando apenas a notoriedade e a conservação de seus nomes à obras, nem os livreiros conseguiam impedir a contrafação, uma vez que vendido os livros, era como se os mesmos já estivessem em domínio público.

produção e circulação de livros em larga escala, que reduziu consideravelmente o custo da cópia[52].

Nesse diapasão, os copistas que detinham o privilégio de reprodução dos livros[53], foram perdendo espaço para os impressores e editores, que, para a atuação dependiam de altos investimentos, com a aquisição de equipamentos e materiais caros que, consequentemente, iriam exigir a proteção estatal, a fim de assegurar o retorno ao capital empreendido. Esta proteção se deu através da concessão de privilégios que, somente beneficiavam os editores e não contemplavam os autores, como ensina Delia Lipszyc (1993, p. 30):

> La posibilidad de utilizar la obra se independiza de la persona de su autor. Nace entonces la necesidad de regular el derecho de reproducción de las obras, aunque llevaría varios siglos más el delimitar los caracteres actuales. Primero apareció bajo la forma de privilegios. Las posibilidades ofrecidas por la imprenta de tipos móviles dio lugar al rápido desarrollo de una nueva industria. Pero los equipos de impresión y los materiales eran caros y la recuperación de los gastos por medio de la venta de los libras era lenta y aleatoria. Los impresores reclamaron alguna forma de protección de sus inversiones contra la competencia de los otros impresores que reimprimían los mismos libros. Esa protección se concreto por media de los privilegios de imprenta.
>
> Los privilegios eran monopolios de exploración que el poder gubernativo otorgaba a los impresores y libreros: por un tiempo determinado, a condición de haber obtenido la aprobación de la censura – con lo cual servían como recorte político para controlar la difusión de las doctrinas que .se consideraran peligrosas – y de registrar la obra publicada: Contenían muchos de los elementos característicos del derecho de autor: otorgaban derechos exclusivos, por un plazo limitado, para imprimir copias de las obras y venderlas, así como para perseguir a los infractores mediante medidas coactivas (embargo y secuestro de los ejemplares ilícitos) y la posibilidad de obtener la reparación de los daños ocasionados.

Por conseguinte, a concessão dos privilégios garantia a continuidade do sistema, com a manutenção dos interesses econômicos envolvidos, que raramente contemplava os autores, e a submissão dos impressores aos interesses dos Estados Nacionais, dentre os quais o de controle sobre aquilo que seria colocado em circulação para o acesso do público[54].

---

[52] Sobre a importancia do papel da imprensa, Manuel Becerra Ramírez (2004, p. 16-17): "La aparición de la tecnología de la imprenta en el siglo XV tiene un significado impresionante no sólo en el desarrollo del conocimiento, sino por el cuestionamiento que se hacía al permitir la reproducción masiva de las obras. En efecto, la imprenta, al permitir la reproducción masiva, estableció la disparidad entre el costo de la primera copia y el costo unitario de las siguientes copias. De esta manera, desde sus inicios, el derecho de autor dependía más del costo de la publicación que del costo del pago de regalías a los autores."

[53] De acordo com Flávio Maria De Mattia (1979, p. 163): "Os copistas tinham suas prerrogativa defendidas através de normas jurídicas, através dos estatutos das corporações, sendo certo que o mais antigo data de 6 de dezembro de 1275 e, entre outros, temos o de 1316, 1342 e 1403, o que garantia um verdadeiro monopólio na reprodução dos manuscritos, quaisquer que fossem os assuntos, a favor da profissão de copista, situação esta mantida até a descoberta da impressão."

[54] Nesse sentido, leciona Leonardo Zanini (2014, p. 216): "Deu-se, então, no regime de privilégios, a simbiose perfeita entre os interesses do Estado e dos impressores. A motivação da tutela não estava na proteção das criações do espírito, mas sim, desde o início, na proteção dos investimentos e na outorga de um poderoso instrumento estatal de censura prévia (ASCENSÃO, 2007, p. 4), que evitava a ocorrência de

Em se tratando de direitos autorais, especificamente, o marco legal foi o Estatuto da Rainha Ana (1710), que veio a substituir o modelo de concessão de privilégios pelo de concessão de direitos.

A partir do Estatuto da Rainha Ana, em que se instituiu o direito de cópia, ou, na expressão inglesa, o *copyright*, a ideia central de proteção do direito de autor e direitos conexos ganhou difusão e, posteriormente, possibilitou um fortalecimento da temática em outros países, a exemplo da Espanha[55] (1673) e da França, com a edição de leis em 1791 e 1793, além das construções dos tribunais e dos Estados Unidos da América, que editaram seu *Copyright Act* em 1790, formando os dois sistemas mais conhecidos de proteção autoral no mundo (o continental e anglo-saxão).

Doravante, o Estatuto da Rainha Ana passou a ser bastante significativo para o mundo, por apresentar um modelo protetivo que serviu de base às demais legislações e por conferir proteção também ao autor, o que não era a regra naquele momento, em que a proteção estava mais voltada aos que colocariam a obra em circulação, como defende Costa Netto (2019, p. 105):

> Essa primeira lei de direitos autorais, também denominada de *Copyright Act*, estabeleceu, entre os demais dispositivos relevantes à inauguração do novo sistema jurídico de tutela do autor, o prazo de proteção do direito exclusivo de proteção por 14 anos, contados da publicação, e prorrogados, se o autor ainda vivesse, por um prazo adicional de igual período. Outro mandamento fundamental na percussora lei inglesa foi a adoção de sanção, que além da perda dos livros contrafactados encontrados em seu poder, punia os infratores com o pagamento de "multa de um *penny* para cada folha, sendo metade desta destinada à Coroa britânica e a outra metade ao autor da ação".

Ademais, o direito inglês contemplou uma maior liberdade para os impressores e para os autores, ao retirar o monopólio da *Stationer's Company*[56] da cópia de livros no país, o que permitiu que os autores pudessem imprimir ou dispor de suas obras, através de cessão de direitos para serem impressos por quem se interessasse, sem estarem necessari-

---

desordem e de práticas vedadas pela religião, em evidente atendimento dos interesses diretos e indiretos do soberano e do clero."

[55] Registrando a importância do direito espanhol para os autores, José Carlos Costa Netto (2019, p. 105), assim leciona: "O precursor direito de autor europeu começou a seguir o exemplo inglês, mas somente meio século depois, em 1763, Carlos III, na Espanha cancelou o sistema de privilégios aos impressores e livreiros, similar ao ainda vigente na França e ao anteriormente vigente na Inglaterra (até 1710), decretando, por ordenamento real, que o privilégio exclusivo de imprimir uma obra somente poderia ser outorgado ao seu autor".

[56] A *Stationer's company* é uma espécie de concessionária do serviço de impressão no território inglês e a ela competia o monopólio das publicações e comercializações de livros, exercendo tanto o controle sobre as publicações, filtrando o conteúdo a ser levado a público, quanto sobre a circulação de materiais não produzidos por ela, uma vez que exercia o papel de fiscal, com o poder, inclusive, de destruir o material produzido por terceiros (DE MATTIA, 1979).

amente submetidos a uma corporação específica que serviria também de controle sobre as publicações (LIPSZYC, 1993).

Aliás, saliente-se que a ideia de "propriedade" sobre as criações intelectuais, como bastante difundida no mundo atualmente, tem a sua origem na França, tanto como forma de se contrapor à ideia de privilégios decorrentes do período do Antigo Regime[57], encerrado com a Revolução Francesa, quanto como forma de utilização dos direitos, uma vez que os direitos de exploração, destinados aos editores e estendido aos autores, constituía um título permanente. Deste modo, passou-se a tratar como uma "coisa" no direito francês, sendo vendido dos autores aos editores juntamente com o seu título de exploração (DE MATTIA, 1979). Este tema de abordagem dos direitos autorais como propriedade, que culmina com os debates propostos neste trabalho, será retomado em tópico específico mais adiante.

Na Espanha, Carlos III (em 1763), reconheceu que a concessão do privilégio exclusivo para a exploração das obras pertencia aos autores, devendo ser negada aos demais membros da sociedade e, no ano seguinte (1764), ampliou a extensão temporal deste direito, ao reconhecer que mesmo em caso de morte do autor o privilégio poderia continuar, sendo exercido pelos seus herdeiros (LIPSYC, 1993).

Na França, a construção do direito de autor foi fomentada por conflitos judiciais no século XVIII entre autores e livreiros, o que resultou numa mudança paulatina sobre o tratamento a ser dado à propriedade intelectual, que culminou com a edição de lei em 1793. Ao longo deste tempo, os autores foram ganhando a disputa judicial com os livreiros, que possuíam uma categoria bem organizada para estas. Doravante, como forma de se tentar harmonizar as relações desta natureza, o Conselho do Rei em 1777[58] decidiu pelo privilégio absoluto e indefinido aos autores sobre as obras, além de assegurar que eles poderiam mandar imprimir suas obras as suas custas, bem como da comercialização de forma independente dos livreiros, o que encerrou o período de privilégios e concessões e iniciou o período de direitos na França (DE MATTIA, 1979).

---

[57] Segundo Flávio Maria De Mattia (1979, p. 172): "Sob o antigo regime, com efeito, este direito era antes uma prerrogativa atribuída pelo rei ao editore, e só com a Revolução e a lei de direito de autor de 1793 que surgiu por hostilidade política aos privilégios, surge o direito de autor considerado direito de propriedade".

[58] Sobre a decisão motivada pelo Conselho do Rei, encontra-se o magistério de Delia Lipszyc (1993, p. 33), segundo o qual: "Finalmente, el gobierno de Luís XVI intervino en la cuestión dictando, en agosto de 1777, seis decretos en los que se reconoció al autor el derecho de editar y vender sus obras y se crearon dos categorías diferentes de privilegios: los de los editores, que eran por tiempo limitado y proporcionales al monto de la inversión, y los reservados a los autores, que tenían como fundamento la actividad creadora y que, por ello, eran perpetuos. Pero estas decretos solo se aplicaban a los escritores, no a los autores de obras teatrales y musicales."

Em arrimo aos acontecimentos acima narrados, a América Latina também viveu a sua experiência de proteção aos autores, tanto, quando colônia, pegando carona na evolução legislativa que ocorria na península ibérica, quanto, quando países independentes, no processo de consolidação de legislações nacionais voltadas para a tutela. Neste contexto, ensina Alberto J. Cerda Silva (2016, p. 23-24):

> Los países de América Latina adoptaron constituciones tan pronto la independencia de sus colonizadores se consolidó, y aun antes en algunos casos. Cláusulas relativas al derecho de autor se incluyeron en ellas, a pesar de las limitadas capacidades de impresión de la región. En algunos casos, dichas disposiciones constitucionales seguían el modelo estadounidense que supone brindar protección a efectos de alentar el progreso científico y artístico, difiriendo al poder legislativo una decisión sobre la materia, tal como hacía la Constitución de México de 1824, y la Constitución de Argentina de 1819. Otros países inicialmente consideraron cláusulas similares, pero finalmente adoptaron el modelo francés de derechos de autor que reconoce dichos derechos como inherentes a la persona del creador. Este último fue el caso de la Constitución del Perú de 1828, si bien su Constitución de 1856 otorgó a los autores derechos exclusivos de propiedad sobre sus creaciones y refería al legislativo su implementación. De modo similar, un primer borrador de la Constitución de Chile de 1833 seguía el modelo estadounidense, pero finalmente confirió derechos de propiedad a los autores sobre sus creaciones, siguiendo el modelo continental de los derechos de autor, el cual persiste hasta la constitución vigente en nuestros días. Venezuela reconoce los derechos de autor desde su Constitución de 1830, siguiendo también la tradición francesa. Entretanto, en la intensa vida constitucional de los años que siguieron a la independencia de Colombia, es posible encontrar tempranas referencias a la protección de la propiedad intelectual, pero sólo la Constitución de 1858 se refiere expresamente a los derechos de autor al conferir al presidente la facultad de garantizar su protección. Por su parte, a diferencia de los otros países latinoamericanos, Brasil no brindó protección constitucional a los derechos de autor sino hasta finales del siglo XIX, pero, en cambio, proveyó ésta a través del derecho penal.

Doravante, o processo de afirmação do direito autoral na América Latina apresentou duas características importantes. A primeira delas, que esta consolidação legal adveio de textos constitucionais, ao contrário do que se manifestou na Europa em que as modificações decorreram de leis ordinárias. A segunda delas, a maciça opção pelo sistema europeu-continental, até por uma questão de similaridade com os sistemas no período de colonização, em detrimento do *copyright* anglo-saxão[59].

---

[59] Neste ponto, ressalta Antônio J. Cerda Silva (2016, p. 25); "En adición a la protección constitucional de los derechos de autor, varios países de América Latina adoptaron legislación específica en la materia. Al comienzo, los recientemente independizados países continuaron usando las leyes de sus colonizadores, las que progresivamente fueron reemplazadas por legislación propia. Por ejemplo, México aplicó la normativa española hasta 1846, cuando adoptó su propia ley sobre derechos autorales, tras un bullado caso que probó la ineficacia de las reglas coloniales. Otros países aprobaron leyes en la materia aun más temprano; este fue el caso de Chile (1834), Colombia (1834), Venezuela (1839), y Perú (1849). Otros países de la región aprobaron legislación más tarde, durante el siglo XIX. En general, estas leyes sobre derechos de autor garantizaban a los creadores locales derechos exclusivos sobre la impresión de las obras por un corto período tras la publicación de aquéllas y el cumplimiento de ciertas formalidades, tales como el registro y el depósito de ejemplares de las obras en cuestión."

Além dos processos de inclusão do direito de autor nos textos constitucionais, em diversos países do mundo, a consolidação do mesmo se deu no século XX, com a inclusão no rol de direitos humanos, na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948[60], o que, de acordo com Delia Lypszic (1993), representou um reconhecimento de que este se refere a um atributo do ser humano e que, como tal, a sua proteção não pode ser ignorada pelos países.

Na mesma linha, o Brasil passou pela experiência inicial de defesa de propriedade intelectual, sob a condução de Portugal, tendo em vista a sua condição de colônia e, após a sua independência, gradativamente, conferiu o tratamento jurídico ao direito de autor e à propriedade industrial, como se abordará especificamente a seguir.

### 3.2.2 A Tutela do Direito Autoral no Brasil

No direito brasileiro, a propriedade intelectual foi contemplada pela Constituição de 1824[61], através da previsão da propriedade industrial. Porém, os direitos autorais não foram previstos pelo texto constitucional e somente reconheceram o tratamento jurídico, no plano infraconstitucional, com o advento da Lei de criação das Faculdades de Direito de Olinda e São Paulo, de 11 de agosto de 1827[62].

Nesse sentido, a tutela do direito autoral teve início juntamente com a implantação dos Cursos Jurídicos no Brasil (1827) e, posteriormente, encontrou o reforço protetivo de outras normas jurídicas, tais como o Código Penal (1830) e a Constituição de 1891, que assim dispôs no §26 do art. 72:

> Art. 72 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

---

[60] O art. 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem é composto de dois itens que asseguram que: "1.Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam. 2.Todos têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria."

[61] Esta Carta Magna trouxe previsão expressa para a propriedade industrial, nos termos do art. 179 estabelecida que: "A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.". Mais adiante, o inciso XXVI, assim especificava: "Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação."

[62] De acordo com o art. 7º desta norma existe a previsão expressa de proteção aos direitos autorais, nos seguintes termos: "Art. 7.º - Os Lentes farão a escolha dos compendios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de accôrdo com o systema jurado pela nação. Estes compendios, depois de approvados pela Congregação, servirão interinamente; submettendo-se porém á approvação da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer ás escolas, competindo aos seus autores o privilegio exclusivo da obra, por dez annos." Note-se que neste momento, o direito brasileiro já reconhece a produção intelectual aos autores e estabelece o prazo de 10(dez) anos para a sua duração.

> [...]
>
> § 26 Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

Destas obras do século XIX, que são importantes por conferirem as primeiras proteções no país, seguiram-se as do século XX, tais como o Código Civil 1916 e a Lei Autoral brasileira de 1973, bem como a vasta experiência constitucional, com a edição de cinco Cartas Magnas (1934, 1937, 1946, 1967 e 1988) que se mostraram importantes por ratificar o compromisso de proteção dos direitos autorais no país.

Aliás, no que se refere à Lei Autoral de 1973, a mesma representou um grande avanço legislativo no Brasil, uma vez que reuniu os principais avanços na área de direito autoral, ocorridos desde a independência, através de diversas leis esparsas, que tratavam de temas pontuais, num diploma legal único[63].

Nesse sentido, o Direito experimentou algumas transformações consideráveis ao longo dos anos, que passam pelo conteúdo jurídico que, gradativamente, foi deixando o seu aspecto meramente patrimonial (embora seja tratada como uma propriedade pelo direito), para assumir uma condição mais próxima ao direito da personalidade, com efeito de estabelecer uma maior proteção ao autor, conforme compreendido nas normas posteriores.

Doravante, atualmente, o sistema de direito autoral brasileiro encontra suas bases na Constituição Federal de 1988, que traça o mesmo como uma garantia individual fundamental em três incisos do art.5º (XXVII, XXVIII e XXIX), nos seguintes termos:

> XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
>
> XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:
>
> a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
>
> b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;
>
> XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das

[63] Nesse sentido, Antônio Chaves (1987) ressalta como os principais avanços da Lei nº 5.988/73: a exigência de cessão de direitos do autor por escrito; a diferenciação entre direito moral e patrimonial (pecuniário); a separação das regras de edição, representação, execução, das obras de artes plásticas, fotográfica e cinematográfica; da reunião de direitos de autor, artistas, intérpretes e executantes; a proteção dos direitos de arquitetura; a criação do Conselho Nacional de Direito de Autor para fiscalização, consulta e assistência e a concentração da percepção no ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição).

> marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País".

Além da tutela constitucional, a Lei nº 9.610/98, também conhecida como a Lei de Direitos Autorais, traz uma série de dispositivos legais que delimitam a titularidade, a proteção ao autor, o tempo de duração, forma de uso e crimes por violações aos direitos autorais (direitos de autor e conexos). Não obstante a Lei de Direitos Autorais contemplar a maior parte dos direitos nesta área, outros ainda são trazidos por leis específicas, a exemplo do *Software* (Lei nº 9609/98) e do Direito de Arena (Lei nº 9.615/98).

Esse processo de afirmação legislativa se mostrou importante para o Direito Autoral no Brasil, tendo em vista o seu desenvolvimento no país, principalmente a partir do século XX, e os grandes avanços sociais, econômicos e tecnológicos que trouxeram modificações nas relações entre os autores, público e empresários que precisavam ser acompanhadas de forma mais condizente com os anseios da comunidade.

Neste sentido, além das modificações normativas, deve-se registrar uma transformação significativa no direito autoral brasileiro, que foi quanto a sua natureza jurídica, o que representa uma discussão relevante, dado o processo de afirmação deste ramo jurídico e que implica na compreensão do mesmo ao seu objeto, qual seja, a criação.

### 3.2.3 A Natureza Jurídica do Direito Autoral

Uma questão bastante controvertida sobre a propriedade intelectual diz respeito à sua natureza, sobretudo, em face do direito autoral que ora é tratado como direito de propriedade ora como direito da personalidade, em que se contrapõem os aspectos morais e materiais.

Apesar de incluído no meio de uma categoria que lhe atribui a denominação de "Propriedade Intelectual", muito decorrente do tratamento conferido pelo direito francês, ao encerrar o sistema de privilégios, alguns autores se insurgem contra esta denominação de "propriedade", por não reconhecerem que esta seja a real natureza do direito autoral, preferindo lhe atribuir a denominação de "direitos intelectuais".

Com efeito, o tratamento inicial dado à propriedade intelectual era indiscutivelmente de propriedade. Este decorria do fato de que a criação gerava um título que assegurava o privilégio de exploração do bem criado, tal como se fosse um título de propriedade, como ensina Delia Lipszyc (1993, p. 30):

> La creación intelectual se regía por el derecho de propiedad común. Al crear una obra literaria o artística el autor producía una cosa – el manuscrito, la escultura – de la cual era propietario y que podía enajenar como cualquier otro bien material.

> Las fuentes de ingreso principales de los creadores se encontraban en la docencia y el mecenazgo. Copiar y hacer circular el libra de otro autor podían ser consideradas como loables actividades (LIPSZYC, 1993, p. 30).

A proteção buscada aos autores e inventores é inicialmente colocada na propriedade, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), como uma forma de buscar uma proteção máxima, o que, inicialmente, não dava espaço aos direitos pessoais, por enquanto, propriedade, reencarnar-se na ideia de privilégio (ASCENSÃO, 2007).

Nesse sentido, embora reconhecendo os aspectos de propriedade e, ao mesmo tempo, buscando um tratamento diferenciado desta, Edmond Picard (2004) propôs uma classificação do direito quadripartida, em substituição à tripartida romana, segundo a qual os direitos seriam: a) Direitos Pessoais (*jura in PERSONA ipsa)*; b) Direitos Obrigacionais (*jura in PERSONA aliena*); c) Direitos Reais (*jura in RE materiali*) e d) Direitos Intelectuais (*jura in RE intellectuali*), não estando estes últimos previstos pela doutrina clássica romana.

De acordo com o pensamento de Edmon Picard (2004), as operações reconhecidas aos direitos reais seriam aplicadas aos direitos intelectuais, conforme os limites legais, considerando a limitação temporal das criações autorais que devem cair em domínio público, com o passar do tempo, mas que inegavelmente permite um "monopólio" que asseguram vários direitos de exploração do trabalho, tais como o usufruto, o uso, o penhor, a licença.

Contudo, a teoria dos direitos autorais como direito de propriedade não era capaz de explicar todos os fenômenos envolvendo a propriedade intelectual, em especial, o direito autoral, por desprezar um elemento essencial: a característica moral[64] que permitia a classificação, inclusive, como direito da personalidade.

Nesse sentido, ao se reconhecer a existência de direitos morais nos direitos autorais, percebe-se que o questionamento apresentado por Pontes de Miranda, sobre a propriedade e obra, não encontra mais amparo na atualidade. Senão, vejamos:

> [...] O Tribunal Civil do Sena (França), a 15 de novembro de 1927 (Camoin v. Fr. Carco), entendeu que, se o pintor rompe a tela e joga à rua seus pedaços, quem os recolhe e reconstitui a obra não se apropria dela. A decisão revela confusão grave entre direitos. Há propriedade da tela, tal como se havia especificado, e dela era titular o pintor mesmo. Destruiu-a incompletamente, tanto que não tornou inapropriáveis os pedaços. O ato de derrelição foi completo. A tela deixou de ser dele após o ato puramente fático de rasgar ou de cortar. O negócio jurídico unilateral de derrelição teve a eficácia típica: o pintor perdeu o direito de propriedade. Tê-lo-ia perdido de houvesse atirado pela janela, derrelictivamente, a tela inteira. O tribunal francês, lamentavelmente decidiu contra os princípios, porque

[64] Apesar de muito comum no direito continental, José de Oliveira Ascensão (2007) faz questão de ressaltar que os aspectos morais do direito autoral são ignorados pelo *copyright* anglo-saxão, que se preocupa mais com o direito de cópia/reprodução e, neste sentido, afirma-se como um direito de natureza empresarial, o que representou um distanciamento entre os dois sistemas de proteção destes direitos.

> confundiu o direito autoral e o direito de propriedade *da tela*. Se o pintor queria destruir a obra de arte, tinha que torna-la irreconhecível e irrestaurável. Em vez disso, derrelinqüiu-a embora rasgando-a ou cortando-a. Derrelinqüindo-a, não podia esperar não acontecesse o que ele mesmo não impossibilitara, - a recomposição com os retalhos. O criador não desfez a criatura; fê-la em pedaços, sem que o ocupante estivesse diante da impossibilidade de reajustá-los. Ao direito autoral de expropriação não se derrelinqüe, mas renuncia-se. Não importa se em pedaços ou inteira (PONTES DE MIRANDA, 2002, p. 65)

Portanto, a partir desse questionamento, nota-se que, embora o direito de autor pudesse ser reconhecido como um direito de propriedade, não se poderia atribuir ao mesmo todas as características de uma propriedade como a material, pois quem junta as partes de uma obra destruída pode até ser o proprietário do elemento material reconstruído, mas isso não lhe dá a condição de proprietário intelectual da obra.

Deveras, a criação intelectual possui dois elementos essenciais distintos que são o corpo físico (*corpus mechanicum)*, que consiste no local de materialização, e o corpo intelectual (*corpus mysticum*), que consiste na criação em si que se materializa num objeto, que afasta consideravelmente o que vem a ser o domínio do direito real e o do direito intelectual, mostrando-se, mais uma vez, que existem tanto zonas de convergência, quanto de divergência entre os dois ramos.

Essas distinções entre direitos reais e direitos intelectuais são essenciais para o reconhecimento de um novo ramo do direito, pois este possui elementos próprios dos direitos reais, assim como de direitos morais. Nesse sentido, Leonardo Estevam de Assis Zanini (2015), para quem a teoria da propriedade foi adotada pelo Código Civil brasileiro de 1916, mas que já se encontra superada, apresenta outras correntes existentes, tais como a teoria dos bens imateriais, a do direito da personalidade, a do direito exclusivo, a dos direitos intelectuais, a do direito pessoal-patrimonial e as teorias monista e dualista.

Destas, deve-se destacar as teorias monistas e dualistas que, adeptas da concepção que se trata de um direito pessoal-patrimonial, dividem-se quanto a possibilidade de separação do direito protegido. Neste sentido, os monistas compreendem que o direito é único, não havendo possibilidade de separar os elementos pessoais e patrimoniais do direito autoral; ao passo que os dualistas compreendem que o direito autoral é composto por dois direitos, um moral e outro patrimonial (ZANINI, 2015).

Dentre estas, José Carlos Costa Netto (2019) defende a superação da teoria da propriedade, mas reconhece a prevalência da teoria dualista, embora não se trate de tema pacífico, de acordo com a qual, existem dois direitos diferentes que decorrem mesma fonte,

que é a obra intelectual, o faz com que o direito de autor seja compreendido como um direito de natureza híbrida ou *sui generis*[65].

Sendo assim, o direito autoral possui inegável natureza dúplice, sendo direito pessoal e direito patrimonial. Nesta dualidade, entende-se que a essência dos bens intelectuais é mesmo de propriedade, uma vez que, apesar de diversas críticas, reconhece-se que existe um processo de apropriação do autor sobre a obra, embora se negue o tratamento jurídico de direitos reais ao mesmo.

Com efeito, como reconhece José de Oliveira Ascensão (2007), uma coisa é o reconhecimento do tratamento jurídico a ser conferido aos direitos intelectuais e outro é o reconhecimento de sua natureza, de modo que entender estes direitos como contemplados na garantia geral da propriedade (trazido no plano constitucional), não lhe confere, necessariamente, a submissão aos direitos reais.

Doravante, pode-se entender que o direito autoral tem por objeto uma obra que reflete uma propriedade, haja vista que o bem de criação decorre de um inegável processo de apropriação do criador e, a despeito de a Lei nº 9.610/98 fazer menção expressa que se trata de bem móvel, a disciplina real somente é aplicada em hipóteses subsidiárias, pois a propriedade material e a propriedade imaterial representam coisas distintas.

Logo, este processo de afirmação histórico e teórico do Direito Autoral como Propriedade Intelectual, permite o reconhecimento de um tratamento como propriedade, sob o viés constitucional, que amplia o horizonte conceitual, porém diferenciado dos direitos reais. Este representa um processo evolutivo de afirmação aos bens intelectuais de suma importância para a sociedade que, resulta tanto no estímulo a sua produção, quanto um ambiente mais seguro para o criador e para a criação, no qual o "bem de criação" é visto num conceito constitucional, de acordo com a despatrimonialização ou repersonalização do Direito Privado.

Sendo assim, as criações intelectuais, que se materializam em obra no Direito Autoral, são alvo da proteção jurídica em suas diversas manifestações, merecendo serem a-

---

[65] Segundo José Carlos Costa Netto (2019, p. 142-143): "*A pertinência da concepção dualista – que, como vimos, mantém estreita ligação com a concepção monista* – como uma "verdadeira evolução" de todas as teorias é defendida, a exemplo da maioria dos autoralistas, por Henry Jessen, concluindo que esta conciliaria as teses anteriores, pois veria na proteção à criação intelectual um instituto autônomo que enfeixa dois direitos diversos, interdependentes, porém, distintos um do outro: o patrimonial transferível, e o pessoal, insub-rogável. Remata relatando que, como derivação dessa tese, surgiu modernamente a chamada "teoria unitária", que, em contraposição, apresenta o direito de autor como um *direito único*, que contém prerrogativas de ordem pessoal (*direito moral*) e prerrogativas de ordem patrimonial (*direito pecuniário*), ambas indissoluvelmente ligadas entre si."

bordadas no presente estudo, para se reconhecer os trabalhos protegidos e qual o conteúdo dessas proteções no direito brasileiro.

### 3.2.4 Da Autoria das Obras

Se por um lado o Direito Autoral reconhece a proteção sobre a criação, que considera obra, por outro, reconhece que este objeto (bem intelectual) pertence a alguém, que deverá ser o seu titular e beneficiário da proteção jurídica.

Nesse sentido, o direito brasileiro considera que "autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica" (art. 11 da Lei nº 9.610/98). Note-se que o texto legal delimita a proteção para a pessoa física, uma vez que tanto esta é a que figura na condição de sujeito de direito, quanto que possui capacidade intelectiva para a realização de uma obra, pelo menos, até o presente momento, considerando as possibilidades de inovação no direito com o reconhecimento de personalidade jurídica aos animais e de criação de obras por inteligência artificial, o que não se constitui no objeto da presente abordagem.

A identificação do autor da obra se dá pelo uso do nome, ou de outros sinais distintivos de identificação, tais como nome civil, nome social, nome artístico, apelido, pseudônimo, de modo que permita, de forma incontestável o reconhecimento da titularidade sobre a criação (art. 12 da Lei nº 9.610/98). Ademais, impende ressaltar que este reconhecimento independe da existência de registro prévio da obra (art. 18, da Lei nº 9.610/98), uma vez que este é apenas meio de prova e não requisito para o reconhecimento da autoria, considerando os aspectos pessoais que envolvem a relação criador-criação.

Por oportuno, saliente-se que nada impede que a obra venha a ser realizada por mais de uma pessoa, de modo que poderá ser considerada em coautoria. Estes trabalhos conjuntos podem ser classificados em colaboração, quando houver uma clara delimitação das participações de cada um dos integrantes da obra, como num livro publicado com coletânea de artigos científicos; ou obra coletiva quando a fusão dos trabalhos não permita a individualização de cada participação.

Além disso, insta informar que, apesar da criação estar ligada ao ser humano (pessoa natural), que possui os seus direitos morais sobre a obra, salvo quando não passíveis de individualização, no caso da obra coletiva, por exemplo, a pessoa jurídica pode vir a ser titular da uma obra, sendo permitida a esta a exploração econômica da mesma, nas hipóteses de cessão ou autorização para a exploração econômica. Da mesma forma, existem casos em que o empregador assume a titularidade dos direitos, como ocorre, por exemplo, nas produções audiovisuais e nos programas de computador.

Por oportuno, ressalte-se que esta autorização de que a pessoa jurídica assuma a titularidade do direito não exclui o reconhecimento sobre quem são os autores da obra. Trata-se da distinção entre os aspectos morais e patrimoniais da obra existente no Direito Autoral que precisam ser analisados.

Sendo assim, uma vez apresentado o titular dos direitos autorais que pode ser, originalmente, uma pessoa física, em face da criação, ou uma pessoa em face de um contrato de exploração econômica da obra, faz-se necessária a análise os direitos morais e patrimoniais decorrentes da obra no direito brasileiro.

### 3.2.5 Direito Moral x Direito Patrimonial

Os Direitos Autorais, como vistos anteriormente, possuem uma natureza dúplice não sendo a obra puramente direito pessoal nem puramente direito real, visto que envolvem os aspectos morais (ligados à pessoa) e patrimoniais (ligados ao conteúdo econômico), no mesmo resultado desenvolvido pelo autor.

Neste sentido, a proteção a ser conferida aos autores envolve tanto aspectos pessoais quanto aspectos econômicos, o que veio a ser disciplinado pelo direito brasileiro, por meio da Lei nº 9.610/98, com a apresentação dos conteúdos de cada um dos dois aspectos. Doravante, considerando a relevância da compreensão de ambas as facetas dos direitos autorais, para uma melhor dimensão da sua extensão, faz-se necessária a apresentação e abordagem sucinta dos temas.

#### *3.2.5.1 Os direitos morais*

Os direitos morais estão ligados aos aspectos da personalidade e da individualidade do autor que são colocadas na obra, através do processo criação empregado. Neste sentido, à luz da lição de Carlos Alberto Bittar são entendidos como "[...] vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade [...]" (BITTAR, 2000, p. 47).

Essa face moral apresenta algumas características, reconhecidas pelo direito brasileiro, tais como a *inalienabilidade* e a *irrenunciabilidade*, previstas pelo art. 27 da Lei nº 9.610/98, que asseguram que os mesmos não serão objeto de negociação (alienação) nem de renúncia, além da *perpetuidade*, que assegura uma duração não limitada a um determinado prazo, a *imprescritibilidade*, não estando sujeitos à perda por não terem sido utilizados e a *impenhorabilidade*, que assegura que os mesmos não estão sujeitos à construção judicial.

Em arrimo com estas características, o direito brasileiro assegura aos autores algumas proteções dos direitos morais, nos termos do art. 24[66] da Lei nº 9.610/98, tais como o de reivindicar; o ter o seu nome na obra; o de conservar a obra inédita; o de assegurar a integridade da obra; o de modificar a obra; o de retirar de circulação em caso de lesão à reputação ou direito à imagem e o de ter acesso a exemplar único e raro da obra. Além dessas, ainda existe o direito de repúdio, em caso de obras arquitetônicas, nas quais houver modificação sem a autorização do criador (art. 26[67] da Lei nº 9.610/98).

Ademais, a proteção dos direitos autorais (morais) pode ser estendida aos sucessores, em caso de falecimento do autor, exceto no que se refere aos direitos de modificação da obra, de retirar a obra de circulação e de acesso a exemplar único e, em caso de obra caída em domínio público, a defesa poderá ser exercida pelo Poder Público. Por oportuno saliente-se que estes direitos não se mostram isentos da reparação de danos, quando causarem prejuízo a terceiros[68].

Doravante, uma vez realizada uma breve análise dos aspectos pessoais envolvidos na relação autoral, impende apresentar os direitos patrimoniais, decorrentes da criação, que consistem numa retribuição pela exploração econômica da obra.

*3.2.5.2 Os direitos patrimoniais*

Os direitos patrimoniais do autor consistem na exploração da obra, que podem ou não resultar de retribuição econômica para o autor. Neste sentido, o mesmo pode ser entendido como o direito patrimonial de usar pessoalmente ou autorizar a outrem o uso público, ressalvando-se determinados usos sem cunho econômico (BARROS, 2007).

Ao disciplinar os direitos patrimoniais, a Lei nº 9.610/98, em seu art. 28, dispõe que "cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística

---

[66] Nos termos deste dispositivo: "Art. 24. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado."

[67] Nos termos do art. 26 da Lei nº 9.610/98: "O autor poderá repudiar a autoria de projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a execução ou após a conclusão da construção."

[68] Esta é a disposição presente nos parágrafos do art. 24 da Lei nº 9.610/98: "§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV; § 2º Compete ao Estado a

ou científica" (art. 28 da Lei nº 9.610/98). Por conseguinte, embora muitos teóricos do direito rejeitem a natureza de propriedade ao direito autoral, observa-se que o direito brasileiro tanto reconhece constitucionalmente, como infraconstitucionalmente, haja vista que confere ao autor da obra os mesmos poderes que ao proprietário sobre a propriedade material (usar, gozar e dispor).

Neste sentido, retomando a distinção feita por Flávio Tartuce (2019), citada anteriormente, a relação real compreende outros elementos presentes no Direito Autoral, tais como a relação entre sujeito (autor), coisa (obra) e sujeito passivo indeterminado, a oposição contra todos (*erga omnes*), a publicidade, ainda que não essencial para o reconhecimento do direito e o direito de sequela do autor sobre a obra.

Sendo assim, a exploração econômica de uma obra, que não se encontra restrita apenas à literária, artística ou científica, mas também aquelas outras elencadas pela lei (musicais, dramáticas, audiovisuais etc.), é conferida a seu autor ou quem lhe faça às vezes, tendo sido devidamente autorizado (art. 29[69] e art. 33[70]) pela Lei nº 9.610/98.

Desse modo, aliada a estas possibilidades contratuais de utilização da obra, o direito ainda reconhece uma proteção específica para os casos de obras de artes plásticas e manuscritos, em que a mais-valia, advinda com uma maior valorização do trabalho posterior à primeira negociação realizada pelo autor, confere a este um percentual, de, no mínimo, cinco por cento sobre a segunda venda (art. 38 da Lei nº 9.610/98).

---

defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público; e § 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem".

[69] O referido dispositivo apresenta uma relação daquilo que necessita de autorização para ter a sua exploração econômica em conformidade com o direito brasileiro. Neste sentido, vale a pena a transcrição: Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral; II - a edição; III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; IV - a tradução para qualquer idioma; V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário; VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos; d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de freqüência coletiva; f) sonorização ambiental; g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; h) emprego de satélites artificiais; i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas; IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

[70] O artigo mencionado faz a restrição nos seguintes termos: "Ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor."

Assim, os direitos patrimoniais da obra permitem que o titular venha auferir uma remuneração pela exploração econômica que seja feita sobre a criação, podendo esta ser tanto direta, quanto indireta, por meio de sucessores legais e contratuais, dentro de um limite temporal, além de sujeitas à tolerância de permissões legais, como se trabalhará nos itens a seguir.

*3.2.5.3 Do contrato de cessão de direitos autorais*

A criação de uma obra assegura ao seu autor a possibilidade de exploração patrimonial da mesma por um prazo determinado. Porém, como dito anteriormente, trata-se de uma possibilidade, visto que o autor tanto pode consentir numa exploração por outrem, não fazendo pessoalmente; quanto que este o faça de forma gratuita, sem a devida contraprestação econômica.

Nestes casos em que o autor não assume diretamente a exploração econômica de sua obra, esta somente poderá se dar por terceiro desde que este seja devidamente autorizado a tal. Para tanto, o direito reconhece a figura do contrato de cessão de direitos autorais, que, no entender de José Carlos Costa Netto (2019), consiste na transferência de direitos patrimoniais do autor (titular originário) ao cessionário que assume, assim, a titularidade derivada destes direitos[71].

Desse modo, o direito brasileiro reconhece a possibilidade de cessão de direitos autorais (patrimoniais), além da possibilidade do licenciamento e da concessão[72], nos termos do art. 49[73] da Lei nº 9.610/98, que asseguram a exploração da obra por terceiros.

---

[71] Ademais, ainda que não se trate de uma cessão integral, ainda estar-se-á falando de cessão, como ensina José Carlos Costa Netto (2019, p. 369): "[...] não descaracteriza o negócio jurídico de cessão ou transferência de direitos autorais a participação remuneratória, mesmo que majoritária, do autor-cedente nos resultados, advindos, posteriormente, à celebração do negócio, da exploração econômica da obra (*cujos direitos autorais foram transferidos*) promovida diretamente pelo cessionário ou por terceiros licenciados por este [...]".

[72] Registre-se que João Henrique Fragoso (2009) diferencia a *cessão, licença* e *concessão*, pelo fato de a primeira ser por tempo indeterminado, a segunda determinado e a terceira envolver a prestação de determinados serviços. Além disso, a cessão pode ser *total* quando envolver todos os direito patrimoniais e *parcial* se apenas alguns; bem como a *título universal*, envolvendo todo o conteúdo ou *singular*, se envolver parte determinada do conteúdo do direito.

[73] Nos termos do art. 49: "Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei; II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita; III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos; IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário; V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato; VI - não havendo especificações quanto à modalidade de

Não obstante a possibilidade de cessão e licença da exploração econômica da obra ser livremente formulada entre as partes, não exigindo a lei maior formalidade, deve-se observar que no plano hermenêutico se mantém o espírito legal de proteção do autor, de modo que o conteúdo do contrato deve ser interpretado restritivamente, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.610/98 que assim dispõe: "Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais."

Além dessa regra restritiva incidente sobre os negócios jurídicos em geral, existem outras normas específicas de cessão que são igualmente interpretadas restritivamente, de modo a proteger o autor, como, por exemplo, a de que a cessão se presume onerosa e deverá ser feita por escrito (art. 50); em se tratando de obras futuras o prazo máximo é de cinco anos (art. 51). Nesse sentido, diante das regras hermenêuticas direcionarem para uma interpretação restritiva, o contrato deve conter o máximo de informações previstas, sob pena de não se compreender como algo tenha sido autorizado por seu autor[74].

O contrato de cessão representa um instrumento importante para se permitir que um terceiro assuma a titularidade da exploração da obra, porém, não é a única forma de permitir esta utilização por outras pessoas, haja vista que ainda são admitidas a autorização e a licença, a seguir tratadas.

*3.2.5.4 Da autorização e da licença*

Além da cessão o direito reconhece outras formas de permissão para que terceiros venham a ser investidos nos direitos intelectuais de alguém, a fim de lhe assegurar a possibilidade de exploração, seja ela voltada para a obtenção de lucro ou não.

No caso da autorização, a palavra enseja um conteúdo amplo e outro restrito. No primeiro caso, o sentido enseja qualquer forma de permissão para que a obra venha a ser explorada por um terceiro, ao passo que, no sentido restrito, a autorização é um negócio jurídico, que pode ser unilateral ou bilateral, no qual se permite que alguém, de forma pon-

---

utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato."

74 Acerca desta interpretação restritiva da autorização, em estudo anteriormente realizado, observou-se que: "Nesse sentido, a especificidade das autorizações, registre que o art. 31 da Lei nº 9.610/98, complementando o art. 4º, da mesma lei, determina que: "As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais." Sendo assim, não há que se falar em presunção de autorização decorrente do contrato, posto que não existirá interpretação extensiva de uma regra restritiva. Logo, a autorização para a exploração da obra sobre um aspecto somente estará restrita a este, não induzindo autorização em outro" (BEZERRA, 2017, p. 50).

tual, utilize um direito para fim específico, como pode acontecer, por exemplo, quando um autor autorizar a execução de uma música em uma peça teatral.

Por outro lado, a licença compreende uma relação negocial na qual um terceiro é investido de alguns direitos para a sua exploração direta. Neste caso, diferentemente do que ocorre com a cessão, não há uma mudança na titularidade da obra, seja para permitir a substituição, o acréscimo ou a exclusão de alguém da vinculação com ela. Assim, o licenciado não passa a ocupar o lugar do licenciante, mas se sub-roga em alguns direitos previstos no contrato de licença, para a defesa da obra e dos seus interesses advindos da exploração desta.

Por conseguinte, o titular da obra pode se valer de instrumentos contratuais para permitir que terceiros possam explorar o seu trabalho, direta ou indiretamente, com ou sem finalidade econômica, havendo o prestígio a autonomia privada para a convenção entra as partes, porém, com limites legais previstos pela Lei nº 9.610/98.

*3.2.5.5 Dos limites temporais da exploração econômica*

Ao contrário dos direitos morais da obra e dos direitos de propriedade (material) decorrentes da relação jurídica real, que possuem como característica a perpetuidade, como visto anteriormente, os direitos patrimoniais intelectuais possuem limitação no tempo que, uma vez alcançado, a obra entra em domínio público[75].

Destarte, dada a diversidade dos trabalhos abrigados pela norma, existem uma regra geral e outras específicas sobre o tempo e exploração. Neste sentido, a regra geral, trazida pela Lei nº 9.610/98, é que os direitos patrimoniais autorais duram até setenta anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do seu autor (art. 41).

Todavia, considerando as diferenças existentes entre cada uma das obras, a Lei nº 9.610/98 também se encarregou de trazer exceções à regra geral, estabelecendo os seguintes prazos especiais: a) quando houver coautoria de obra indivisível, que o prazo leva em consideração o último autor (art. 42); b) quando foram anônimas ou pseudônimas, será de 1º de janeiro da publicação, salvo o conhecimento do autor antes do seu falecimento (art. 43) e c) quando se tratar de obras audiovisuais e fotográficas, que contam de 1º de janeiro do ano subsequente ao da publicação (art. 44).

---

[75] De acordo com Pontes de Miranda (2002, p; 139): "O domínio comum, em que entra a propriedade intelectual (=o direito autoral de exploração), é o das *res communes omnium,* dos bens do povo. Não se torna *nullus* o bem intelectual, torna-se de todos. Não há apropriabilidade por alguém; cada um tem o direito autoral de reprodução, somente respondendo, se dois ou mais o exercem, pelo exercício irregular do direito (art. 160, I, 2ª partes), ou pela concorrência desleal [...]".

Outra exceção à regra trazida pelo art. 41 da Lei nº 9.610/98 está prevista na Lei do Software (nº 9.609/98), que estabelece o prazo será de cinquenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente a contar da sua publicação ou da sua criação se a primeira não for identificável (§2º, do art. 2º).

Nesse sentido, o direito brasileiro reconhece a proteção autoral, porém, limitada ao tempo e a existência de titulares para o seu exercício, de sorte que, uma vez atendido ao prazo legal ou inexistindo sucessores legais para exercer a titularidade da obra, ela cairá em domínio público, subsistindo tão-somente os direitos autorais morais.

### *3.2.5.6 Das limitações do Direito Autoral*

Outro ponto relevante para a compreensão dos direito patrimoniais diz respeito aos limites de proteção trazido pela lei, uma vez que o direito brasileiro reconhece algumas possibilidades de utilização sem a necessidade de prévia autorização do autor/titular.

Desse modo, estas hipóteses são conhecidas como limites aos direitos autorais, função social dos direitos autorais, ou, como uma conhecida expressão inglesa, *fair use*, que significa uso justo. Nesse sentido, o direito brasileiro reconhece os limites aos direitos patrimoniais autorais no art. 46[76] da Lei nº 9.610/98, que assim dispõe:

> Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:
>
> I - a reprodução:
>
> a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

[76] Numa sistematização do que representam os limites dos direitos patrimoniais autorais, em estudo anteriormente realizado, tem-se que: "Em arrimo com este pensamento, o direito brasileiro, no art. 46 da Lei nº 9.610/98, consagra como limites aos direitos autorais patrimoniais: a) *Reproduções sem Autorização* (Inc. I, II e VIII) – o direito prevê a possibilidade de algumas reproduções serem toleradas quando as mesmas, em si, não são o alvo do reprodutor, mas sim, apenas uma forma de se consolidar um outro trabalho, como, por exemplo, para a composição de uma matéria jornalística, ou a reprodução de trecho de obra para estudo; b) *Citações* (Inc. III) – são as transcrições ou as referências ao pensamento externado por outrem, em trabalhos cuja autoria deve ser identificada e a utilização se volta ao desenvolvimento cultural ou científico que podem fundamentar outros trabalhos; c) *Apanhado de Ensinamentos* (Inc. IV) – o conteúdo transmitido nos estabelecimento de ensino podem ser utilizados para a disseminação do conhecimento ao público para o qual é destinado, mas não podem ser publicados sem a devida autorização do seu autor; d) *Demonstração à Clientela* (Inc. V) – trata-se da exploração dos direitos autorais única e exclusivamente voltada para a demonstração de um produto que está sendo comercializado, por não poder ser apresentado sem a utilização da obra, como a venda de um reprodutor de música que pressupõe uma gravação; e) *Representação Teatral Familiar ou Escolar* (Inc. VI) – trata-se da possibilidade de se utilizar um trabalho, sem fins lucrativos, em ambiente familiar ou escolar; f) *Paródia* (art. 47) – são livres a utilização de paródias e paráfrase de obra, dês que não representem cópias nem impliquem em descrédito da obra, ou seja, não representem uma manifestação ofensiva ao trabalho ou ao autor; g) *Representação de Obras em Vias Públicas* (art. 48) – as obras situadas em vias públicas poderão ser representadas por manifestações artísticas diversas, o que significa dizer a impossibilidade de haver uma reprodução das mesmas sem autorização ou que ela esteja em domínio público." (BEZERRA, 2017, p. 52-53).

> b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;
>
> c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;
>
> d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;
>
> II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;
>
> III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;
>
> IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;
>
> V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;
>
> VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;
>
> VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;
>
> VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Sendo assim, a possibilidade de exploração econômica do direito autoral é a regra do direito brasileiro, de modo que aquele que for explorar a obra precisa de autorização expressa para tal finalidade ou se enquadrar numa das hipóteses legais que permitem o uso mesmo sem o consentimento do autor, conforme a relação acima apresentada.

Outrossim, a utilização ainda pode ser autorizada gratuitamente, ou mesmo enfrentar uma barreira, estabelecida pela supremacia do interesse público sobre a propriedade intelectual, o que permite que o terceiro, mesmo sem expressa autorização do autor possa fazer uso do trabalho, como, por exemplo, ocorre com as citações de trechos obras (inciso III, do art. 46, da Lei nº 9.610/98) em pesquisas científica, que viabilizam a produção do conhecimento acadêmico e científico, ainda que em detrimento do interesse de autores.

Desse modo, algumas formas de utilização estarão contempladas como exceção para o exercício dos direitos patrimoniais do autor, devendo, pois, serem tolerados pelos seus titulares, como forma de assegurar a difusão do conhecimento e as expressões pessoais e culturais, o que representaria a função social do direito autoral.

Doravante, além de se reconhecer os direitos patrimoniais do autor, suas respectivas proteções econômicas e limitações legais, mostra-se necessária a abordagem da proteção jurídica incidente sobre obras e suas espécies reconhecidas no direito brasileiro.

### 3.2.6 A obra e suas espécies de proteção

O direito brasileiro reconhece a proteção das criações, ditas do espírito, voltadas para o desenvolvimento cultural, através da tutela conferida pelo Direito Autoral, mais precisamente estabelecido pela Lei nº 9.610/98, que considera o objeto desta disciplina o que se denomina de obra.

Assim, a obra pode ser compreendida como "[...] a criação humana protegida pelo direito autoral, capaz de constituir direitos ao seu titular (criador) e ainda demais titulares que participem indiretamente do aperfeiçoamento do trabalho criativo [...]" (BEZERRA, 2017, p. 23). Ademais, registre-se que este conceito de obra abriga tanto a idealização, quanto a materialização, o que significa dizer que ambos devem estar presentes.

Com efeito, sobre a caracterização destes dois aspectos do trabalho criativo, ensina João Henrique da Rocha Fragoso (2009, p. 37):

> O fenômeno da criação, como ato inaugural de uma obra de arte tomado em si mesmo, nada representa, exceto para o gáudio do próprio criador, se não for de alguma forma exteriorizado, isto é, por algum meio de comunicação a outrem, de preferência ao público indistinto. Tal comunicação, vista sob a ótica da metafísica pretende a comunicação de uma idéia.

Por conseguinte, não basta se pensar em algo, o mesmo precisa ser externado para ser protegido pelo direito. Desse modo, a obra, enquanto bem intelectual que não possui apenas existência física, precisa ser compreendida em seus dois aspectos essenciais, denominados de *corpus mechanicum* e *corpus mysticum*[77].

---

[77] Neste sentido, esclarecendo esta distinção tão relevante para a compreensão do tema, impende transcrever o magistério de João Henrique da Rocha Fragoso (2009, p. 40-41): "A simples criação que permanece na mente do criador serve, tão-somente, para o seu próprio deleite, como já dito, como o próprio ato de criar. A criação que, por qualquer forma, meio ou processo não for exteriorizada, não é obra, posto não poder ser perceptível no mundo físico e, por isso, simplesmente não existe. Impõe-se, para que se torne uma obra que, de alguma forma, se exteriorize materialmente, que se torne fenômeno, manifestado no tempo e/ou no espaço, perceptível pelos sentidos. De certo modo, sequer há criação se não houver exteriorização. O fenômeno da exteriorização da obra de arte pode ocorrer tanto em caráter transitório, volátil, como de modo permanente. Uma locução, declamação, recitação, mesmo uma peça de teatro, um cântico, enfim, todas essas formas dirigidas a outrem, de uma só vez ou repetidas vezes, que não tenham sido, de al-

Doravante, uma vez presente os seus dois aspectos constitutivos, o direito brasileiro reconhece a existência de uma obra e confere a ela uma proteção jurídica. Neste sentido, traçando uma delimitação acerca da proteção jurídica nesta seara, o art. 7º, da Lei nº 9.610/98, estabelece algumas obras tutelada pelo Direito Autoral. Senão, vejamos:

> Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:
>
> I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
>
> II - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza;
>
> III - as obras dramáticas e dramático-musicais;
>
> IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
>
> V - as composições musicais, tenham ou não letra;
>
> VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
>
> VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
>
> VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
>
> IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
>
> X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
>
> XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
>
> XII - os programas de computador;
>
> XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

A partir desta relação trazida pelo texto legal, tem-se que o direito brasileiro reconhece como protegidas as obras literárias; orais; dramática ou dramático-musicais; musicais ou literomusicais; audiovisuais; fotográficas; artes plásticas e programas de computador (este disciplinado pela Lei nº 9.609/98). Ademais, ressalte-se que, apesar do extenso rol, a legislação especial ainda contempla o Direito de Arena (art. 42, da Lei nº 9.615/98) e outras obras estão incluídas nesta relação, como, por exemplo, as jornalísticas que pertencem às literárias.

---

gum modo fixadas em algum suporte material (*corpus mechanicum*), são obras que se perdem, ou vivem apenas na tradição oral, submetidas a modificações de toda ordem pela sua transmissão ao longo do tempo."

Não obstante os denominados direitos de autor, a proteção autoral trazida pela Lei nº 9.610/98, também contempla os chamados direitos conexos, que representam aqueles trabalhos envolvidos com a criação ou divulgação da obra, tais como a edição; a comunicação ao público; os bancos de dados; o direito dos artistas intérpretes ou executantes; da obra fonográfica; da radiodifusão.

Dessas obras, apesar da importância de todas para o direito autoral da atualidade, o presente estudo, por se referir apenas àquelas que se utilizam das imagens para a sua expressão. Sendo assim, abordar-se-á apenas as que utilizam diretamente as imagens das pessoas, como as audiovisuais; as fotográficas e o direito de arena; ou indiretamente, tais como as literárias (literatura, artísticas e científicas) e as artes plásticas (desenho, pintura, gravura escultura, litografia e arte cinética).

Além dessas, ressalte-se que as obras conexas relacionadas à voz também serão tratadas, tais como a interpretação fônica, presente nas obras orais, musicais e nas transmissões, por receber a mesma proteção do direito à imagem, quando não a abrangidas por esta, conforme visto anteriormente (vide item 2.2.4.6), o que contempla também as proteções conexas referentes à transmissão da mesma, dada a importância da compreensão dos direitos conexos nas obras, o tema será abordado num tópico específico.

Nesse contexto, para o aprimoramento do debate central da presente pesquisa, à luz do direito brasileiro, faz-se necessária a compreensão específica das obras que trabalham com o uso da imagem e da voz, quando esta não já estiver abrangida pela primeira, a fim de conferir uma maior compreensão da problemática apresentada.

### *3.2.6.1 A Obra Audiovisual*

As obras audiovisuais são reconhecidas como aquelas em que a produção decorre da junção de imagens, sobretudo, a partir dos mecanismos de filmagem que permitem a captação do movimento, sendo, desnecessária a concomitância com o som para a sua configuração[78].

A nomenclatura resulta numa modificação da denominação anterior que se referia a obras cinematográficas[79]. A produção de obras audiovisuais, assim como as fotográficas,

---

[78] De acordo com a alínea "i", do inciso VIII, do art. 5º da Lei n º 9.610/98, entende-se por obra audiovisual: "a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação".

[79] Neste sentido, as obras audiovisuais representam uma produção bastante comum nos dias atuais, que não se reduzem apenas à produção cinematográfica, consoante a previsão estabelecida pela legislação autoral anterior, como ressalta João Henrique da Rocha Fragoso (2009, p. 144):"A obra cinematográfica tem sido objeto de constante mutação, seja sob o ponto de vista estético, seja sob o ponto de vista técnico, ou ainda

e fonográficas, tem ganhado bastante repercussão na atualidade, principalmente, em decorrência dos avanços tecnológicos que permitiram uma maior difusão de aparelhos com potencial de gravação de vídeos, áudios e de fotografia, em especial, aparelhos celulares.

No que diz respeito às obras audiovisuais, estas podem representar um trabalho mais simples, com a captura de um movimento com uma câmera, por um amador, sem pretensões econômicas, ou um trabalho profissional, como fruto de atividade empresarial, que representa a junção de diversos outros, estando envolvidos neste a interpretação, a construção de cenário, da decoração, de roteiro, os trabalhos de iluminação, sonoplastia, de dublagem e de efeitos etc.

Contudo, registre-se que, via de regra, os direitos morais da obra audiovisual pertencem ao diretor[80] e, apesar dos diversos trabalhos envolvidos resultarem numa obra única protegida, os direitos morais envolvidos para a sua construção continuam mantidos aos demais autores[81].

Sob o aspecto da exploração, a utilização dos outros trabalhos que se somam ao conjunto final deve ser autorizado pelo artista, representando esta um consentimento para a sua exploração econômica, como dispõe o art. 81 da Lei nº 9.610/98 que: "A autorização do autor e do intérprete de obra literária, artística ou científica para produção audiovisual implica, salvo disposição em contrário, consentimento para sua utilização econômica."

Ademais, apresentando uma disciplina mais específica sobre direitos envolvidos com a obra audiovisual, para a sua exploração econômica, o art. 82[82] da Lei nº 9.610/98, estabelece a necessidade de um contrato celebrado pelo produtor que deve conter a remu-

---

sob uma perspectiva de enquadramento deste gênero de obra como uma das mais completas, pois engloba diversos outros gêneros, que variam da literatura, artes plásticas, música e dança ao *software*. Uma obra cinematográfica propriamente dita pode ser publicada, ou ser reproduzida, por meio de um suporte qualquer, para venda de cópias, como *home vídeo* e o *digital versatile disc* ou, também, *digital vídeo disc* (DVD). Mas não se deve confundir a obra cinematográfica, ou seja, produzida originalmente como obra de cinema, quando reproduzida por suportes físicos como os citados, com outras obras audiovisuais (telenovela, série de televisão, *show* musical etc.) de outros gêneros, embora sejam todas fixadas e reproduzidas por meio audiovisual e a própria lei não faça distinção. A lei faz referência às obras audiovisuais em geral, "independentemente" dos processos de sua captação, do suporte usado para a sua fixação (inicial ou posterior), bem como seus meios de veiculação. Todas são obras audiovisuais, pois bem, mas não se deve tomar o conteúdo pelo continente, confundindo a natureza intrínseca do cinema com a natureza intrínseca da televisão, por exemplo, o que pode ser prejudicial para a sua aplicação a certas situações [...]".

[80] Previsão do art. 25 da Lei nº 9.610/98: "Cabe exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra audiovisual."

[81] Neste sentido, dispõe o §2º do art. 81 da Lei nº 9.610/98: "§ 2º Em cada cópia da obra audiovisual, mencionará o produtor: I - o título da obra audiovisual; II - os nomes ou pseudônimos do diretor e dos demais co-autores; III - o título da obra adaptada e seu autor, se for o caso; IV - os artistas intérpretes; V - o ano de publicação; VI - o seu nome ou marca que o identifique e VII - o nome dos dubladores."

[82] De acordo com o mencionado dispositivo: "Art. 82. O contrato de produção audiovisual deve estabelecer: I - a remuneração devida pelo produtor aos co-autores da obra e aos artistas intérpretes e executantes, bem como o tempo, lugar e forma de pagamento; II - o prazo de conclusão da obra; III - a responsabilidade do produtor para com os co-autores, artistas intérpretes ou executantes, no caso de co-produção."

neração, o prazo e a responsabilidade do produtor para com os artistas; além da prestação de contas, em caso do pagamento depender dos rendimentos do trabalho (art. 84).

Nesse sentido, ressalte-se que o legislador apresentou importante preocupação com a produção de trabalhos audiovisuais, decorrentes de atuação profissional de produtores, mas não foi capaz de contemplar, até pelo momento histórico, a produção amadora dos trabalhos audiovisuais, tão corriqueiras na atualidade, com constante compartilhamento em redes sociais, que envolvem a exploração da imagem e, em muitos casos, sem qualquer pedido prévio de autorização.

*3.2.6.2 A Obra Fotográfica*

A obra fotográfica consiste em outra produção autoral que trabalha diretamente com a captura da imagem. Esta possui como principal característica a captação de um momento[83].

Assim como as obras audiovisuais cresceram nos últimos anos, com o maior acesso dos consumidores em geral aos aparelhos de captação, que podem estar disponível em aparelhos de telefonia, a fotografia também passou a ser bastante utilizada em redes sociais, algumas delas até são específicas para a exposição dos retratos, sejam elas amadoras ou profissionais, em que os participantes (usuários) publicam os registros dos momentos de suas vidas.

O direito brasileiro reconhece a proteção da obra fotográfica, podendo esta ser comercializada por seu autor (*caput*, art. 79 da Lei nº 9.610/98), salvos os impedimentos legais, em especial de outros direitos envolvidos como o de artes plásticas e do próprio direito de imagem, devendo o autor ser identificado quando ela for utilizada por terceiros (§1º). Não obstante, ressalte-se que, sem a prévia autorização do autor, a obra não pode ser reproduzida diferente do original (§2º).

Nesse sentido, nota-se que a proteção dada ao autor lhe confere a identificação com o trabalho. Esta proteção está muito direcionada aos trabalhos de fotógrafos profissionais, que pretendem a exploração comercial de suas obras, o que nem sempre contempla a realidade atual, aquela do compartilhamento de imagens e informações instantaneamente, com meios de comunicação e redes sociais, muitas vezes, sem qualquer permissão ou identificação de autoria.

---

[83] No dizer de Delia Lipszyc (1993, p. 83): "La fotografía es una imagen fija producida sobre una superficie sensible a la luz o a otra radiación, cualquiera que sea la naturaleza técnica del procedimiento (químico, electrónico, etc.) utilizado para realizar la imagen (vid. la definición contenida en el principio Unesco/OMPI PHW1, 1)".

*3.2.6.3 A Obra Literária*

Dentre as obras que utilizam, indiretamente, da imagem, encontram-se as obras literárias, artísticas e científicas que se valem o texto, seja em verso ou prosa, como a sua principal forma de expressão.

O texto, em si, não é capaz de reproduzir uma imagem, conforme aquela protegida pelo direito da personalidade, que pode ser captada pelas lentes das câmeras, mas é capaz de construir a identificação de alguém, por meio de seus atos e seus comportamentos, para que o leitor tenha uma visão sobre determinada pessoa. Trata-se, muitas vezes, de confronto com outros direitos da personalidade, ligados à determinada pessoa. Por este motivo, e considerando a classificação da imagem a ser proposta neste trabalho, no capítulo seguinte, considera-se que as obras literárias também são capazes de confrontar os direitos de imagem, ao menos, indiretamente, uma vez que possa abordar outros direitos da personalidade a ela relacionados.

Doravante, de acordo com esta classificação a ser apresentada nesta pesquisa, é possível compreender que a biografia não autorizada, por exemplo, de determinadas pessoas também se encontram abrangidas pelo presente estudo, representando um conflito do direito à "imagem", com a produção autoral que merecerá uma abordagem específica no capítulo próprio.

*3.2.6.4 A Obra de Artes Plásticas*

A obra de artes plásticas contempla diversos trabalhos passíveis de proteção, de acordo com a Lei nº 9.610/98, uma vez que abrange o desenho, a pintura, a gravura, a escultura, a litografia a arte cinética, as ilustrações, envolvendo a geografia, a topografia, a engenharia, a arquitetura, o paisagismo, a cenografia e a ciência.

Doravante, os trabalhos de artes plásticas que envolvem maior dificuldade de reprodução em larga escala, como no caso da escultura, podem ser reproduzidas, pelo próprio autor, ganhando a mesma proteção que o original (art. 9º da Lei nº 9.610/98) ou quando autorizadas pelo autor (art. 78 da Lei nº 9.610/98). Além disso, a exploração econômica destas obras permite ao autor uma porcentagem a comercialização posterior, de, no mínimo cinco por cento, o que é chamado de direito de sequência (art. 38[84] da Lei nº 9.610/98).

---

[84] De acordo com o art. 38 da Lei nº 9.610/98: "O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado." Mais adiante, dispõe o parágrafo único: "Caso o autor não perceba o seu direito de seqüência no ato da revenda, o vendedor é considerado de-

Uma questão importante sobre estas obras é que podem explorar a imagem de determinada pessoa, como uma estátua, um busto, um desenho e, por conta disso, ganharem maior repercussão, ou, ao contrário, terem uma identidade própria e serem exploradas economicamente por terceiros.

Neste ponto, vale ressaltar que o direito brasileiro reconhece a possibilidade de se representar, através de outros meios, as obras que estejam expostas permanentemente em locais públicos, nos termos do art. 48[85] da Lei nº 9.610/98. Por outro lado, caso a obra não esteja exposta, de forma permanente, em local público, aquele que a representar em outra obra precisará de autorização do artista para realizar a representação[86].

Desse modo, as obras de artes plásticas apresentam duplo aspecto em relação ao direito à imagem, pois tanto possibilita o uso da imagem de alguém pelo autor, que retrata determinada pessoa ou fato histórico, quanto à proteção da imagem da obra, quando esta vier a ser retratada de terceiros.

### 3.2.7 Os Direitos Conexos de Imagem e Voz

Os direitos conexos são reconhecidos como trabalhos auxiliares aos direitos autorais[87], uma vez que existem em função das obras, mas acabam recebendo proteção independe do trabalho autoral, como ocorre com a edição de uma obra literária, o fonograma de uma obra musical ou a interpretação numa obra audiovisual.

Nesse sentido, o direito brasileiro traz um rol de direitos conexos, nos termos da Lei nº 9.610/98, tais como: edição; direito dos artistas, intérpretes ou executores; dos produtores fonográficos; das empresas de radiodifusão; além do direito de arena, estabelecido em lei específica (Lei nº 9.615/98).

---

positário da quantia a ele devida, salvo se a operação for realizada por leiloeiro, quando será este o depositário."

85 Nos termos do art. 48 da Lei nº 9.610/98: "As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais."

86 Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015) já decidiu pela necessidade de autorização do autor, num caso em que envolveu a representação de presépio artesanal em selos postais dos Correios, no julgamento do Recurso Especial nº 1.442.699/SP, firmando o seguinte posicionamento; "[...] 7. O fato de a obra ser vendida à pessoa física ou jurídica (de direito público ou privado) não retira do autor a prerrogativa de defender a sua criação, de auferir os proventos patrimoniais que a exposição de seu trabalho ao público venha a proporcionar, bem como de evitar possível utilização por terceiros, sob quaisquer modalidades, sem sua autorização prévia e expressa. 8. Uma vez incontroverso o nexo de causalidade entre a conduta administrativa e o dano causado à particular, configura-se a responsabilidade civil objetiva por parte dos Correios, estes sem qualquer direito sobre a obra intelectual alheia, tornando-se indenizável a violação do direito autoral."

87 Segundo Carlos Alberto Bittar (2000, p. 152: "Direitos conexos são os direitos reconhecidos, no plano dos de autor, a determinadas categorias que auxiliam na criação ou na produção ou, ainda, na difusão da

A relação dos direitos é muito relevante, pois, como leciona José de Oliveira Ascensão (1997), em se tratando de bens intelectuais (autorais e conexos), o princípio é o da tipicidade e não o da universalidade, de modo que é fundamental a sua inserção em lei. Todavia, nem todas as manifestações ocorrem de forma expressa, com a denominação claramente identificada, como ressalta Antônio Carlos Morato (2007), segundo o qual, apesar do direito à voz não estar mencionado expressamente nas Leis nº 9.610/98 e nº 10.406/2002, encontra-se previsto na expressão "transmissão da palavra", que compreende a produção oral e, consequentemente, abriga aquele conteúdo jurídico.

Desse modo, os direitos conexos ganham maior relevância com o desenvolvimento tecnológico que permitem a reprodução das obras em larga escala, o que gerou o ganho para uns, os autores, beneficiados dos conflitos nos tribunais franceses ao longo do século XVIII, tiveram as suas obras difundidas, e não aos reprodutores e demais integrantes auxiliares do trabalho final, que não recebiam pelos ganhos advindos com a exploração da mesma.

Nesse sentido, alguns sujeitos envolvidos com a produção autoral também buscaram a proteção jurídica, tais como os artistas, os produtores de fonogramas e de videogramas pressionaram por garantias sobre seus trabalhos, o que resultou numa proteção por meio de Tratados Internacionais, como a Convenção de Genebra e a Convenção de Roma que, aos poucos, foram sendo assimiladas pelos diversos países ao redor do mundo, para o reconhecimento nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Todavia, considerando o problema apresentado nesta pesquisa, o presente trabalho dará ênfase apenas àqueles relacionados com o uso da imagem e da voz, de modo que serão abordados apenas os direitos dos intérpretes, os direitos de arena, os fonogramas e as obras radiofônicas.

### *3.2.7.1 Os Artistas, interpretes e executores (Intérpretes)*

A interpretação artística consiste num direito conexo, no qual o trabalho desenvolvido por alguém acaba sendo absorvido por uma obra autoral, tais como um personagem numa peça, ou numa telenovela, um cantor numa música.

Esse foi um setor pioneiro na luta pelo reconhecimento dos direitos conexos, fundada no enriquecimento sem causa[88], tendo em vista a exploração do trabalho dos atores

---

obra intelectual. São os denominados direitos "análogos" aos de autor, "afins", "vizinhos", ou, ainda, "parautorais", também consagrados universalmente".

[88] Nesse sentido, defende Delia Lyzpsic (1993, p. 371): "En el caso de la actividad de los intérpretes o ejecutantes, el enriquecimiento sin causa consistiría en la apropiación de beneficios derivados del trabajo

captados pelos meios de reprodução, executados diversas vezes, sem um respectivo pagamento, implicaria num ganho indevido sobre o trabalho de outrem[89], o que justifica um direito de crédito.

Não obstante o seu reconhecimento jurídico, note-se que este também tem um reconhecimento artístico, haja vista que, muitas vezes, contribuem decisivamente para o sucesso ou fracasso do trabalho representam um direito independentemente do direito autoral envolvido na obra. Neste sentido, consoante o art. 90 da Lei nº 9.610/98, o direito exclusivo de autorizar ou proibir a fixação ou execução; a reprodução; a locação; a radiodifusão; colocação à disposição do público, pertence ao artista ou intérprete.

Além disso, o direito brasileiro também reconhece que, em se tratando de um trabalho conjunto de vários artistas, a titularidade dos direitos caberá ao diretor (§1º) e que esta proteção se estende aos direitos relativos à imagem e à voz do intérprete (§2º). Destarte, tem-se uma importante ressalva feita pelo parágrafo segundo do mencionado artigo, uma vez que deixa claro o posicionamento acerca do direito à imagem.

Ademais, o inciso IV do art. 90 da Lei nº 9.610/98 deixa expresso que: "a colocação à disposição do público de suas interpretações ou execuções, de maneira que qualquer pessoa a elas possa ter acesso, no tempo e no lugar que individualmente escolherem" deve ser autorizada exclusivamente pelo artista.

Nesse sentido, trata-se de uma disposição importante acerca do direito dos intérpretes, uma vez que estes se encontram manifestamente protegidos da exposição daqueles que, munidos de aparelho eletrônicos, gravam a atuação e o colocam à disposição do público na *internet* sem qualquer autorização.

Por fim, é importante registrar que para que os intérpretes venham a ser gravados, para posterior reprodução, será necessária uma previsão expressa do número destas exposições, como se observa pela redação dada ao art. 91, da Lei nº 9.610/98: "As empresas de

---

artístico, y la correlativa disminución en el patrimonio del artista consistiría en la falta de ganancias derivadas de una eventual reducción de la posibilidad de efectuar personalmente sus prestaciones. Sobre estos principios, entiende De Sanctis que el derecho a una compensación equitativa como lo establece la ley italiana (art. 80) se presenta como un derecho de crédito que, como tal, podrá ser transferido en todo o en parte y, en consecuencia, gozarán de él tanto el comitente o el empleador como el cesionario en general".

89 Ensina José de Oliveira Ascensão (1997, p. 464): "Enquanto a intervenção do artista teve caráter necessariamente fugaz, confundindo-se com a própria atuação física do homem e só perdurando porventura na memória dos circunstantes, não tinha grande sentido falar em proteção do artista [...] Mas quando a interpretação passa a poder ser comunicada a ambiente diferente ou fixada para a transmissão em diferido o problema muda de figura. Então, não há já apenas a obra literária ou artística a merecer proteção: há também uma interpretação de um artista dado que pode ser utilizada diversas vezes. Compreende-se a gravidade do problema se considerarmos que o artista pode ter sido remunerado apenas para uma exibição pública. Seria injusto que ele não tivesse qualquer participação nas posteriores utilizações da gravação do espetáculo que porventura se fizessem."

radiodifusão poderão realizar fixações de interpretação ou execução de artistas que as tenham permitido para utilização em determinado número de emissões, facultada sua conservação em arquivo público."

*3.2.7.2 O Direito de Arena*

O direito de arena é outro direito autoral, por conexão, pertencendo, assim, ao rol dos direitos conexos, que está previsto pela Lei nº 9.615/98, conhecida como a Lei Pelé, que institui normas para o desporto no Brasil e o direito referente aos espetáculos desportivos.

Neste sentido, o direito de arena pode ser entendido com aquele ligado à exploração econômica dos espetáculos desportivos, através do uso da imagem dos envolvidos para a sua realização, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.615/98, que assim dispõe: "Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem."

Doravante, de acordo com esta lei, o titular deste direito de propriedade é a entidade de prática desportiva, mas fica assegurado o pagamento de vinte por cento do valor da autorização pelos atletas profissionais que participam do espetáculo ou evento (§1º, do art. 42, da Lei nº 9.615/98).

Porém, como ressalva pelo pagamento da utilização da imagem, a Lei nº 9.615/98 reconhece os "flagrantes de espetáculo ou evento desportivo" para utilização esportiva ou educativa, desde que não exceda três por cento do total de tempo do espetáculo (§2º, do art. 42, da Lei nº 9.615/98), reconhecendo-se, assim, a incidência de função social sobre o aspecto patrimonial deste direito, face a necessidade de se atender ao direito de informação.

Apesar da disposição expressa, voltada principalmente para os meios de comunicação, que trabalham com a transmissão desses espetáculos desportivos, atualmente, a acessibilidade de câmeras filmadoras à grande parte do público que frequenta os estádios, em geral, contribui para produção de obras autorais (audiovisuais) no contexto dos espetáculos, em muitos espaços que transitam os atletas.

Ademais, saliente-se que as arenas esportivas, as quadras, as piscinas, os campos, não se encontram mais livres da presença de expectadores capazes de produzir material audiovisual para o compartilhamento, independentemente dos direitos de imagem envolvidos sobre o material produzido, o que também precisa ser compreendido e delimitado.

*3.2.7.3 A Obra Fonográfica*

A obra fonográfica consiste numa reunião de trabalhos de som numa plataforma que os mantém armazenados, a fim de que, posteriormente, possam ser utilizados na reprodução ou comunicação ao público.

A execução, posterior do fonograma estará associada ao tema comunicação em público, que vem disciplinada também pela Lei nº 9.610/98, como se observa pelo seu art. 80, em que, priorizando a proteção dos direitos morais autorais, exige que que o produtor, ao publicar o fonograma, faça menção ao título da obra e ao seu autor (inciso I), a identificação do intérprete, a partir do seu nome ou pseudônimo (inciso II), ao ano de publicação (inciso III) e ao nome ou a marca do produtor musical (inciso IV).

Assim, a exemplo que foi dito das obras que trabalham com a imagem, tais como as audiovisuais e as fotográficas, nota-se que a Lei nº 9.610/98 tem uma abrangência mais voltada para o produtor fonográfico que, nos termos do art. 93, dentre outras coisas, possui os direito exclusivo de reprodução (inciso I); distribuição (II); comunicação ao público (III) e outras modalidade ainda inexistentes.

Nesse sentido, as disposições da Lei de Direitos Autorais não contemplam o uso da voz quando as mesmas não decorram de uma relação negocial, mesmo diante de uma realidade constante que é o acesso fácil de inúmeras pessoas a aparelhos que permitem a fixação da voz de determinada pessoa num meio digital. Esta gravação, inclusive, pode gerar danos aos direitos da personalidade, assim como geram as fotografias e obras audiovisuais, ainda que não se trate de imagem propriamente dita, encontra a mesma proteção no direito brasileiro.

*3.2.7.4 As Obras Radiofônicas*

As obras radiofônicas também se encontram protegidas pela Lei nº 9.610/98, que versam sobre a proteção das transmissões de informações (imagens e sons), por ondas de rádio, específicas de comunicação.

Em conformidade com o art. 95 da Lei nº 9.610/98, a proteção conferida às empresas de radiodifusão consistem no: "[...] direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, em locais de freqüência coletiva, sem prejuízo dos direitos dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação."

Desse modo, a transmissão, em si mesma, gera um direito àquele que explora a atividade empresarial, protegido como direito conexo, que coexiste com outros direitos en-

volvidos com a transmissão. Neste sentido, a transmissão pode gerar conflitos com outros direitos autorais que a compõem, assim como o direito à imagem, como ressalvado pelo dispositivo acima transcrito.

Por conseguinte, uma vez feita a apresentação preliminar das obras autorais, de suas características, seus aspectos de proteção (morais e econômicas) e tratamento de algumas modalidades de obras que se valem do uso da imagem e da voz, que permitem compreender, ao menos, o sentido da proteção a ser dada pelo direito, faz-se necessário um aprofundamento do presente estudo, a partir de uma análise mais específica do direito à imagem no Brasil.

# 4. A IMAGEM E A SUA PROJEÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A EXPLORAÇÃO DA IMAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

Após a apresentação dos temas de direitos da personalidade, direito de propriedade e dos direitos autorais, o presente trabalho se concentra na temática principal ora proposta, que consiste em estudar os limites à exploração econômica da imagem, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, ressalte-se que a imagem está presente em muitos momentos na história do homem, sendo encontrada desde as pinturas rupestres, nas cavernas durante a Pré-História, na Antiguidade com o culto às imagens no Egito, na Bíblia, ao se defender que o homem é a imagem e semelhança de Deus (AFFORNALLI, 2012). Além de representar forma de comunicação, a imagem se mostra presente na sociedade também como retratação de pessoas, no qual as obras de artes ressaltam atributos físicos ou sociais de determinados sujeitos históricos, como verificados em esculturas e quadros desde a antiguidade.

A palavra imagem provém do latim *imago*, no sentido de representação, e, etimologicamente, está associada ao que se compreende pelo *belo* (NEVES, 2011). Na prática, o conceito de imagem, num sentido amplo, refere-se a uma pessoa ou coisa que é captada pelo olho humano, podendo esta ser construída diretamente com o contato visual, ou através de um suporte material, que represente o objeto ou a pessoa, como se observa nos casos de escultura, pintura, fotografia ou vídeo (ZANINI, 2018).

De acordo com Adalberto Costa (2012), a imagem é uma representação de uma coisa (objeto) e nasce, justamente, pela interação desta coisa com os sentidos do corpo, que, por sua vez, oferecem ao cérebro elementos para a sua representação. Logo, a imagem consiste numa captação sensorial interpretada pelo cérebro.

A imagem apresenta grande importância para a vida humana, sendo estudada por diversas áreas do conhecimento, tais como a psicanálise, em que o acesso a ela é compreendido como parte do processo de autoconhecimento humano, de composição da subjetividade do ser, oriundo do processo de formação do próprio ego, e no processo de socialização ao ver o seu eu e também poder identificar o eu do outro, através da imagem, nas relações sociais (BARROSO, 2006).

Por conseguinte, a imagem abrange duas realidades distintas, ora como elementos psíquicos, ora como recriação daquilo que foi percebido[90] (COSTA, 2012), de sorte que pode ser abrangida pela seguinte definição:

---

[90] Segundo a lição de Adalberto Costa (2012, p. 1329): "O termo imagem pode aplicar-se a duas realidades distintas. Uma ao resultado de um fenómeno psíquico que consiste na representação das coisas sensíveis

> [...] Cada indivíduo transporta em si mesmo um conjunto de elementos unidos no corpo e na pessoa, transpõem para o exterior e no processo simples do relacionamento humano, a imagem, a sua própria imagem, resultado daquilo que efectivamente representa de si, para si e que os outros podem apreender. A imagem é assim aquilo que somos em confronto ou em relacionamento com os outros. Ela não pode existir isoladamente para si própria ou unicamente para o seu sujeito, ela só existe quando pode ser apreendida, vista e sentida pelos outros, independentemente do momento ou do palco onde se apresenta. Isto não significa que não possa ser representada, ela é uma representação, mas representação de um conjunto, de um grupo de elementos que estão reunidos no ser que conduz e que serve de condutor para o exterior. A imagem é por isso o estado do ser humano enquanto tal, dinamizado pelos demais seres humanos através do relacionamento (COSTA, 2012, p. 1340-1341)

Portanto, antes de ser compreendida como um fenômeno coberto pelo Direito, é importante ressaltar que a imagem é uma realidade fática e social. Ela simplesmente existe e, apresentando relevância, é estudada e compreendida também como um fenômeno jurídico. Sendo assim, sua acepção pode ser compreendida tanto como uma realidade de fato, pertencente ao mundo do *ser*, quanto como uma realidade de direito, pertencente ao mundo do *dever ser*, uma vez que afeta o interesse do direito e compreende uma delimitação para a fluência mais harmônica das relações sociais.

Outra distinção que se mostra relevante sobre a noção de imagem é que a mesma não se encontra presa ao que se entende pelo retrato. De fato, consoante a doutrina, o conceito de imagem engloba o conceito de retrato, sendo que a primeira independe de concretização, ao passo que a segunda decorre de um processo de captação, uma reprodução da imagem num suporte material (ZANINI, 2018)[91].

Atualmente, principalmente após o desenvolvimento de tecnologias que facilitam a captura de uma imagem, a mesma passou a ser mais explorada. Deveras, antes da fotografia, a forma de retrato humano era feito através das obras de pintura e escultura, que tanto exigem habilidades para o desenvolvimento do trabalho, quanto tempo de exposição do

---

na ausência delas, isto é, sem a sua presença física; outra a uma certa classe de objectos, que geralmente têm natureza artística e que funcionam como substituto, como reprodução, como evocação ou até como recriação de coisas reais ou de realidades espirituais."

[91] No estudo realizado por Leonardo Estevam de Assis Zanini a distinção entre imagem e retrato se mostra bastante clara, como se entende pela sua explicação sobre o retrato: "O retrato constituiria então a imagem concretizada, ou seja, a reprodução da figura e sua fixação em um suporte material. Em se tratando de imagem concretizada em determinado tempo e espaço, esta não se resume apenas a uma reprodução atual das feições físicas, visto que também pode abranger retratos da pessoa na sua infância ou em situações em que os traços físicos da pessoa não são expostos com exatidão. Em todo caso, é necessário que seja possível a identificação da pessoa retratada, ainda que não sejam expostos com exatidão os seus traços físicos" (ZANINI, 2018, p. 132). Além disso, ressalta o autor que muitas línguas possuem denominações distintas para ambas: "Realmente, trata-se de uma distinção terminológica fundamental, que encontra espaço no direito e em idiomas estrangeiros. De fato, pode-se mencionar no idioma inglês a utilização de "*likeness*" para imagem e "*portrait*" para retrato, no francês, respectivamente, "*image"* e "*portrait*", no italiano "*imagine*" e "*ritratto*", em espanhol "*imagen*" e "*retrato*", em alemão "*Bild*" e "*Bildnis*"[...]" (ZANINI, 2018, 131).

retratado, o que, praticamente, reduzia a possibilidade de haver uma captação sem o consentimento. Esta relação, porém, muda, consideravelmente, após o advento da fotografia, visto que uma imagem captada num curto espaço de tempo passou a ser conservada por um período maior e com a possibilidade de utilização em diversas vezes, o que ampliou o horizonte do acesso à imagem alheia (ZANINI, 2018).

Nesse contexto, de maior possibilidade de captação e reprodução de uma imagem de uma pessoa em instantes, e da facilidade de sua utilização, principalmente, dentro de uma lógica capitalista, que confere valor de troca aos bens e os coloca no mercado, passou-se a ter a imagem como um potencial econômico para a publicidade de produtos ao longo dos séculos XIX e XX, o que obrigou uma nova compreensão deste fenômeno por parte do Direito.

A imagem se insere nesta comunicação publicitária, a fim de reforçar o convencimento do consumidor. Por conseguinte, a comunicação publicitária encontra na imagem um importante mecanismo de reforço de sua mensagem, a fim de fazer com que alguém (imagem-referência) represente o que venha a ser o desejo do consumidor, de modo que este veja a manifestação do seu desejo representada no outro que integra a propaganda (BARROSO, 2006).

Não obstante, a cultura visual, motivada pela fotografia e pelos avanços tecnológicos, impõe uma mudança no próprio comportamento humano, de se relacionar com a arte e com os bens culturais, inseridos no contexto da mercantilização, tornando necessária a exibição da obra e do artista, o que promove a superexposição de pessoas, como forma de sustentação da cultura de massas e do consumismo que alimenta a ilusão de proximidade do retratado com o consumidor[92] (MIRANDA, 2007).

Esses dois elementos associados, a imagem e a mercantilização da arte, que tanto contribuem para a formação humana, num ambiente permeado do desejo capitalista de disseminação do consumo, permitem a construção de um conteúdo patrimonial da imagem de determinada pessoa, através de seu papel na sociedade ou de seus atributos físicos, psíqui-

[92] Considerando a importância da imagem para o sujeito e a relação estabelecida, explica Luciana Lobo Miranda (2007, p. 36): "[...] Exatamente porque somos moldados *na* e *pela* imagem é que ela nos é tão familiar, e é na infinidade de significações que ela nos traz que conseguimos compreendê-la: a imagem passa, necessariamente, por alguém que a produz ou reconhece. Assim sendo, ao admitirmos a dimensão polifônica da "cultura da imagem", colocamos em evidência a questão da alteridade, ou seja, o sentido da imagem se constitui não apenas entre o sujeito e os aparelhos que servem como suportes das imagens, as máquinas de visão, mas se constrói na relação com as imagens produzidas pelos aparelhos e mediadas pelo diálogo com os outros sujeitos que, igualmente, experimentam a avalanche de estímulos que nos circundam cotidianamente. É no confronto consciente destes diferentes modos de experiência no mundo das imagens que se torna possível encaminhar soluções que conduzam à singularização da subjetividade como combate à sujeição, ou à submissão."

cos e intelectuais, uma vez que esta, muitas vezes, é capaz de representar um desejo de consumo, o que gera um valor de mercado.

Nesse sentido, David Festas (2009) defende o conteúdo patrimonial da imagem, a partir da constatação de que o público associa as qualidade de determinadas pessoas a produtos que representam numa propaganda comercial, na denominada "publicidade pelo exemplo", na esperança de que as qualidades pessoais do modelo sejam transmitidas ao produto.

Desse modo, ressalte-se que o que se convencionou a chamar, vulgarmente, de "direito de imagem", que representa a exploração econômica da imagem de determinada pessoa, tem proporcionado grande repercussão na sociedade atual, a ponto de permitir que a sua exposição venha a ser considerada, por algumas pessoa, como uma fonte de renda, gerando, em alguns casos, valores significativos para a economia de uma determinada localidade, como ocorre, por exemplo, com artistas e atletas que conseguem grandes quantias por campanhas publicitárias.

Esse fenômeno de exploração econômica da imagem traz uma controvérsia, tendo em vista que a evolução jurídica do direito à imagem, consagrado na ciência jurídica, representa uma proteção restritiva que não comporta o aspecto econômico, capaz de autorizar a sua negociação, o que tem se tornado habitual. Neste sentido, a imagem, sob o ponto de vista jurídico, será tratada de duas formas distintas, por considerar que o fenômeno imagem, pertencente ao ser humano (direito da personalidade) e outra considerando a formação de um bem distinto do direito da personalidade.

Doravante, o presente trabalho busca analisar o tratamento jurídico conferido à imagem no direito brasileiro, ao tempo em que propõe o desenvolvimento de uma teoria denominada de *projeção da imagem*, que consiste na análise sobre a própria formação da imagem exterior à pessoa, não somente atrelada à perspectiva de seu detentor, a partir de um olhar exclusivo dos direitos da personalidade, no prisma civilista, mas também relacionada com terceiros envolvidos neste processo de captação e divulgação, bem como os seus desdobramentos que explicam o processo de exploração da imagem.

Sendo assim, num primeiro momento, a presente abordagem parte do aprofundamento da compreensão do que vem a ser o *direito à imagem*, enquanto direito da personalidade, voltado para a proteção à pessoa, e, após apresentadas algumas controvérsias sobre a sua manifestação, seguir-se-á para o estudo do fenômeno da *projeção de imagem*. A partir deste, algumas considerações serão feitas sobre outros produtos desta relação, tais como o *direito de projeção de imagem*, o *direito de imagem* e o *direito sobre a projeção da ima-*

*gem*, numa perspectiva inovadora, em relação à abordagem atual do tema, bem como os seus desdobramentos jurídicos contemporâneos, sobretudo, relacionando sua aplicação em alguns julgados realizados no Brasil.

## 4.1 O DIREITO À IMAGEM

O direito à imagem ou o direito à própria imagem consiste numa espécie de direito da personalidade que envolve a proteção ao indivíduo sobre a sua própria expressão, ou, no dizer de Carlos Alberto Bittar (2006, p. 94), consiste no "[...] direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade."

Não obstante a definição acima apresentada, impende salientar a contribuição que outros estudiosos dos direitos da personalidade trouxeram ao tema, apresentando noções diversas sobre a sua estrutura e o seu conteúdo. Deveras, Adriano de Cupis (2008, p. 140), por exemplo, considera a imagem como uma manifestação do direito ao resguardo, notando o autor que, com a violação deste direito, as partes do corpo e suas funções não são diminuídas.

As lições de Adriano de Cupis foram de grande importância para a difusão do estudo dos direitos da personalidade e seu trabalho se encontra referenciado por muitos autores que abordam o tema, a despeito de não haver uma concordância geral sobre o posicionamento adotado por ele acerca do direito à imagem como reflexo do direito ao resguardo.

Com efeito, outros autores que contribuíram para o estudo dos direitos da personalidade, como, por exemplo, Pontes de Miranda (2012), lecionam que a imagem de outra serve para a identificação de alguém, de modo que este direito está contido no direito à própria identidade pessoal e, por força disso, também abriga o direito à voz, não sendo necessário que se estabeleça uma proteção autônoma desta[93]. Logo, para Pontes de Miranda, a imagem estaria ligada à identificação e esta seria o fundamento da proteção jurídica.

---

[93] De acordo com Pontes de Miranda (2012, p. 111): "Direito à imagem é direito de personalidade quando tem o conteúdo a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, *identificativamente*. Tanto o viola quem vende retratos de A, como sendo de B, quanto o que nega que o retrato de A seja de A, ou que usa o retrato de A como seu. Diga-se o mesmo da voz. (Os juristas costumam dizer que os princípios e a tutela do direito à imagem se estendem, ou se aplicam, por analogia, à reprodução fonográfica, teatral e cinematográfica. Ora, tudo isso *está* no conteúdo do direito à imagem; não são paralelos aos direito à imagem: são direitos à imagem. O disco é imagem, como a película. Não se precisa constituir direito à voz, por analogia com o direito à imagem: o direito à imagem já o contém. Se se trata da voz como elemento de identidade pessoal, o direito é de personalidade. Se se trata de consentir na reprodução de discos ou películas, sem estar em causa desidentificação, o direito não é de personalidade. *A fortiori*, se se

Desse modo, nota-se que o direito à imagem nem sempre foi compreendido como um direito por si mesmo, que permitisse que a imagem de alguém fosse protegida como um bem próprio, autônomo, não atrelado a outro, tal como o resguardo ou a identidade, como visto anteriormente.

O reconhecimento do direito à imagem representa uma relevante tutela de um valor da pessoa humana contra a captação e divulgação que atinjam os bens jurídicos protegidos pelos direitos da personalidade. Neste sentido, mostra-se importante o estabelecimento de limites às produções autorais que envolvem os atributos físicos e morais de alguém, representando, assim, um conteúdo negativo cujo descumprimento pode ensejar uma tutela inibitória e o dever de reparação ao infrator.

Porém, esta compreensão do direito à imagem, como uma proteção autônoma, representa um passo importante para o desenvolvimento do presente estudo e da garantia de proteção do indivíduo, face às diversas formas de violação que este bem passou a sofrer, ao longo dos últimos anos, o que não encontra maior guarida quando subordinada aos outros valores pessoais protegidos, consoante analisado a seguir.

### 4.1.1 Da autonomia do direito à imagem

Ao longo dos anos a compreensão do direito à imagem mudou perante a ciência jurídica, na qual saiu de um espaço de proteção vinculada a outros ramos, decorrente de uma tutela genérica da pessoa, para uma proteção mais associada ao caráter direto de violação da imagem em si mesma considerada.

Neste sentido, até se chegar à compreensão de um direito à imagem como autônomo, ele passou a ser estudado e protegido, de forma subsidiária, a partir de outras espécies de proteção conferidas pela lei civil de forma expressa, tais como à honra, à vida privada, à intimidade, à identidade e o resguardo, como defendido por algumas teorias ditas negativistas.

Porém, o que se verificou com o passar dos anos é que nenhuma dessas teorias negativistas era capaz de proteger satisfatoriamente o ser humano das violações que ocorriam sobre a imagem, uma vez que somente compreendiam estas como um reflexo de outras violações. Desse modo, ao posicionar a imagem como um valor atrelado a outro, a ciência jurídica deixava a proteção dela condicionada ao reconhecimento de outra violação, o que abria margem a situações em que a vítima ficaria desamparada.

---

pretende usar a voz como de boneco ou manequim, - pois aqui entra, a mais, ou só, o valor patrimonial da voz).”

Com efeito, de acordo com Luiz Alberto David Araújo (2013), posicionar a imagem como honra, intimidade ou identidade daria uma proteção insuficiente ao instituto jurídico, haja vista que em casos de reprodução da imagem que não afetassem a honra, a identidade ou a intimidade, não haveria a tutela jurídica passível de ser utilizada pela pessoa retratada, mesmo havendo a violação. Por conseguinte, em explicação a autonomia em face à honra, exemplifica:

> A imagem, é preciso reconhecer, é ferida em outras situações em que a honra pode ser deixada de lado, havendo, mesmo assim, violação da imagem. É o caso, por exemplo, da usurpação da fotografia. Posso me utilizar da fotografia de alguém sem lhe ferir a honra, maltratando, no entanto, seu direito à imagem. Imaginemos, para seguir a teoria expendida, a possibilidade de alguém se opor, com base no direito à honra, à veiculação de um comercial de televisão onde o indivíduo é representado como homem virtuoso, pleno de qualidades, bom chefe de família etc. A pessoa representada teve seus dados pessoais elevados e elogiados; sua honra não foi nem de longe arranhada. Ao contrário, a sua honradez e bom comportamento foram ressaltados. No caso, outro fundamento que não o da violação da honra, serviu de base para a proteção do indivíduo (ARAÚJO, 2013, p. 30-31).

Enfrentando, outro ponto importante trazido pelas teorias negativistas, no que diz respeito aos defensores do posicionamento da imagem sob o enfoque da vida privada ou do resguardo, Alessandra Helena Neves (2011) traz a hipótese de uma imagem ser captada em local público, como numa palestra e ser divulgada sem autorização, o que não fere a vida privada nem o resguardo, apesar de violar claramente o direito à imagem. Neste caso, a se utilizar a teoria mencionada, a violação da imagem ficaria desprotegida, pois ela somente reconhece a proteção, quando estiver relacionada com a inviolabilidade da vida privada da pessoa. Contudo, ao contrário do que se defende por esta, o espaço público não é uma zona livre, que autorizaria qualquer tipo de registro fotográfico, como se verá mais adiante, pois é possível se proteger a privacidade em espaços públicos.

Destarte, posicionar a proteção da imagem como um direito subordinado a outro, somente protegido se afetar a honra, a intimidade, a vida privada, a identidade ou o resguardo, apenas restringe o conteúdo do direito, deixando o bem jurídico desprotegido. Por outro lado, porém, considerar que pode haver a publicação de uma imagem, sem a violação de outros conteúdos (honra, intimidade, vida privada, identidade e resguardo), faz com que estas teorias negativistas se mostrem insuficientes para a proteção do ser humano, o que demonstra a necessidade de proteção ao bem jurídico próprio.

Por conseguinte, a proteção à imagem deve ser compreendida como um bem autônomo, uma vez que apresenta regras próprias e distintas dos demais bens jurídicos protegidos no âmbito dos direitos da personalidade, ainda que a imagem seja utilizada para violar

outros direitos que com ela se relacionam, como é o caso da honra e da intimidade (ARAÚJO, 2013). Sendo assim, pode-se perceber que a correlação da imagem com outros bens jurídicos (honra, vida privada, intimidade, identidade e resguardo) não lhe retira o caráter autônomo.

Outra teoria relevante para a compreensão da evolução do direito à imagem é a que buscou tratar como direito de propriedade, considerando que, sendo manifestação do próprio corpo que pertence ao seu titular. De acordo com esta, a imagem deveria ser tratada como um bem, o que, embora de utilidade num primeiro momento, logo demonstrou inconvenientes, por não se aplicar as regras de direitos reais a esta expressão pessoal (AFFORNALLI, 2012).

Além dessas, vale dizer que Leonardo Estavam Zanini (2015) ressalta a proximidade do direito à imagem com o direito de autor, dadas as semelhanças entre ambos, com este abarcando aqueloutro, o que, inclusive, motivou a previsão legal do inciso X, do art. 666 do Código Civil de 1916, mas que hoje se mostra igualmente superada, dado o reconhecimento da autonomia da proteção da imagem. Desse modo, Maria Célia Naréssi Munhoz Affornalli (2012) pontua que a tentativa teórica de comparar os dois direitos ignora um traço essencial do direito autoral, que é a criatividade humana, visto que a imagem humana carece de ato de criação.

Desse modo, percebe-se que o direito à imagem nem sempre foi defendido como um bem autônomo. Todavia, a sua proteção subordinada a qualquer outro valor da personalidade não se mostra suficiente para a sua tutela, especialmente, após a evolução tecnológica que permite uma captação instantânea e com precisão até em certa distância, facilitando, pois, que os retratos pudessem ser feitos sem o consentimento dos retratados. Deveras, o reconhecimento da autonomia do direito à imagem representa um avanço para a proteção do ser humano na esfera privada e traz consigo uma evolução aos direitos da personalidade, aplicando a sua estrutura como uma necessidade de reconhecimento pelo direito.

Além de uma proteção específica do direito à imagem, consolidado ao longo dos anos, a evolução jurídica da proteção humana, principalmente após a consciência do perigo da subalternização do homem no período após a 2ª Guerra Mundial, resultou numa compreensão de tutela dos direitos da personalidade não somente no plano da criação dos direitos específicos, mas sim da construção de um direito geral de personalidade (SOUZA, 1995). Em análise a esta tendência, que se encontra alinhada à proteção da dignidade humana, Rabindranah Valentino Aleixo Capelo de Souza (1995) defende que as divisões da proteção deixam o homem mais vulnerável às estruturas de poder, de modo que se faz ne-

cessária a proteção do ser humano independentemente de disposição legal específica, em nome de uma cláusula geral da personalidade humana[94].

Neste sentido, apesar de aparentar defenderem coisas distintas, frise-se que os dois momentos protetivos não se contradizem, mas se complementam, principalmente, porque a autonomia reconhece à imagem uma proteção independente de outros bens, permitindo análise e defesa específicas, ao passo que o direito geral de personalidade compreende que, uma vez identificada a violação a um bem autônomo, ele será protegido ainda que não tenha sido expressamente previsto na norma jurídica.

Nesse plano, uma vez abordada a autonomia do direito à imagem frente às proteções dos direitos da personalidade, o que lhe assegura uma proteção própria, faz-se necessária a apresentação da sua proteção e do seu conteúdo no direito brasileiro.

### 4.1.2 A proteção jurídica do direito à imagem

A história do direito à imagem possui uma preocupação jurídica recente, uma vez que, apesar do homem desenvolver há muito tempo suas habilidades na pintura e na escultura, por exemplo, que retratavam pessoas, os conflitos mais relevantes passaram a ocorrer após o surgimento da fotografia e da facilitação dos meios de captação e de reprodução da imagem.

Este fato decorre justamente das modificações advindas pelo avanço tecnológico da fotografia, uma vez que o modelo de uma pintura ou de uma escultura, preteritamente, deveria se sujeitar à exposição por muitas horas, ao passo que no processo fotográfico este tempo se reduz a uma fração de segundos. Portanto, se antes da fotografia, o ato de se re-

---

[94] Segundo o pensamento de Rabindranah Valentino Aleixo Capelo de Souza (1995, p. 93): "Adentro do direito civil, retire-se da precedente exposição uma noção comparada do direito geral da personalidade como o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões de sua personalidade humana como da unidade psico-fisico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana (*v. g.* da sua dignidade humana, da sua individualidade concreta e de seu poder de autodeterminação), com a consequente obrigação por parte dos demais sujeitos de se absterem de praticar ou deixar de praticar actos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa cometida. Noção esta em que assume particular relevância o facto de estarmos aí perante um verdadeiro direito subjectivo, ou seja, face a um autêntico poder de exigir de outras pessoas um comportamento positivo ou negativo, normativamente determinado, com a possibilidade de recurso aos tribunais para a instauração de providências coactivas, caso tal comportamento não se verifique. Simplesmente, o objecto tutelado por tal direito envolve a compreensão de uma *cláusula geral*, a personalidade humana, juridicamente tutelada. O que, embora insira no direito geral de personalidade elementos de indefinição e de incerteza preliminares próprios das cláusulas gerais, que nos sistemas jurisprudenciais demasiado positivo-formais lhe cerceiam muita da sua eficácia prática, todavia permite, em sistemas jurisprudenciais valorativos conferir ao direito geral de personalidade maleabilidade e versatilidade de aplicação a situações novas e complexas."

tratar alguém sem o seu consentimento, era uma prática rara, após o seu advento passou a ser possível, o que impôs ao direito uma necessidade de se adequar a esta nova realidade.

Nesse sentido, dadas às modificações sociais e jurídicas ocorridas nos últimos séculos, mostra-se importante que o presente estudo apresente uma breve abordagem sobre as construções históricas mais relevantes, para a atual compreensão do tratamento jurídico dado à imagem pelo direito brasileiro.

Sendo assim, este subcapítulo fará uma abordagem da inserção do tema no âmbito jurídico, partindo de um breve apanhado sobre fatos relevantes no direito estrangeiro, em especial nos sistemas adotadas pela França, Alemanha e Estados Unidos da América, por representarem visões diferentes sobre o tratamento, bem como Itália e Portugal, com potencial impacto no sistema de proteção adotado pelo direito brasileiro.

#### *4.1.2.1 Antecedentes históricos do direito à imagem em outros países*

De uma forma geral, em que pese a impossibilidade de se aprofundar no estudo histórico do tratamento jurídico conferido à proteção da imagem nos diversos países que abordaram o tema antes do Brasil, vale ressaltar o seu desenvolvimento na França, na Alemanha, nos Estados Unidos da América, na Itália e em Portugal que acabaram influenciando o pensamento jurídico nacional.

Por conseguinte, antes de ser incluída no direito brasileiro, a imagem foi tratada por outros países, dos quais se pode destacar a jurisprudência francesa do século XIX, com o paradigmático julgamento do Tribunal de Seine (1858)[95], que envolveu a atriz Rachel, sendo seguido pela doutrina norte-americana que defende o uso da imagem com finalidade de lucro (1869) e na italiana (1876) que, posteriormente, inseriu o tema no art. 10 do Código Civil de 1942 (MONTESCHIO, 2015). Além desses, ressalte-se os diversos debates doutrinários e jurisprudenciais desenvolvidos na Alemanha ao longo do século XX.

---

[95] De acordo com Maria Célia Naréssi Munhoz Affornalli (2012, p. 27-28): "Em 1858, o Tribunal de Seine proferiu decisão que deu origem à construção jurisprudencial francesa. Tratava-se do caso de dois fotógrafos que retrataram a famosa atriz francesa *Rachel*, em seu leito de morte. As fotografias deveriam permanecer apenas com os familiares da retratada. Todavia, elas foram parar nas mãos da pintora O´Connel, que utilizou-se como matriz para a confecção de desenhos posteriores expostos e comercializados. Provocado para apresentar decisão acerca do assunto, pela família da atriz retratada, o Tribunal de Seine ordenou a apreensão e destruição do original e das cópias fotográficas. O fundamento residiu na impossibilidade de reprodução da imagem de pessoa no leito de morte sem o consentimento da família, mesmo que se tratasse de pessoa célebre, como Rachel." Mais adiante, a mesma autora apresenta outro caso de relevância, que foi a restrição de retratação sem autorização: "O mesmo Tribunal de Seine, em 1902, fundamentou decisão dizendo que não cabe fotografar ninguém sem seu consentimento, salvo em se tratando de pessoa que por sua função ou profissão, natureza do serviço ou notoriedade presente ou passada suscite um interesse especial e sempre que disso não lhe ocorra prejuízo nenhum." (AFFORNALLI, 2012, p. 28).

Nesse sentido, a França foi marcada pelo pioneirismo da jurisprudência na abordagem do tema que enfrentou os litígios decorrentes do uso da imagem pelas fotografias antes mesmo do desenvolvimento da teoria dos direitos da personalidade, tendo sido registrados casos de proibição de exibição de retrato em exposição em 1855 e o emblemático caso da atriz Rachel, fotografada em seu leito de morte, em que o direito à imagem aparece de forma mais categórica e destacada (ZANINI, 2018).

Vale destacar também que, embora os tribunais franceses tenham sido bastante contundentes na proteção da imagem, captada sem o consentimento da pessoa, o fundamento desta proteção advinha do direito de propriedade, pois se entendia que o homem possuía a propriedade sobre si mesmo (ZANINI, 2018).

Na Alemanha, a proteção da imagem não se dava, inicialmente, de forma tão contundente quanto se verificava na França, tendo sido editadas leis imperiais em 1876 que tratavam o direito de imagem como direito de autor, o que se mostrou insuficiente para uma tutela adequada da pessoa (ZANINI, 2018). Desse modo, ao longo dos séculos XIX e XX, o direito alemão foi palco de teorias voltadas a maior compreensão do fenômeno, tendo trazido a contribuição da defesa dos direitos da personalidade, do direito geral de personalidade e dos danos imateriais que contribuiriam para a consolidação do tema no direito privado.

Nos Estados Unidos da América, a compreensão de que a imagem poderia ser utilizada como forma de lucro trouxe um avanço para o entendimento do tema, o que foi aperfeiçoado pela distinção da imagem em dois institutos distintos, conhecidos como *right of privacy*[96] *e right of publicity*[97]. Neste sentido, o primeiro representa o conteúdo extrapatri-

---

[96] O artigo apresentado por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis faz uma importante reflexão sobre a proteção conferida na época. Senão, vejamos: "The right of one who has remained a private individual, to prevent is public portraiture, presents the simplest caso for such extension; the right to protect one´s self from pen portraiture, from a discussion by the press of one´s private affairs, would be a more important and far-reaching one. If casual and unimportant statements in a letter, if handiwork however inartistic and valueless, if possessions of all sorts are protected not only against reproduction, but against description and enumeration, how much more should the acts and sayings of a man in his social and domestic relations be guarded from ruthless publicity. If you may not reproduce a woman´s face photografically without her consent, how much less should be tolerated the reproduction of her face, her form, and her actions by graphic descriptions colored to suit a gross and depraved imagination" (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 213-214)

[97] Impende salientar que a linha distintiva entre os dois institutos decorreu de um processo histórico que levou anos para ser reconhecido, como leciona Leonardo Estevam de Assis Zanini (2018, p. 81): "Assim sendo, apesar de guardar seus origens históricas no *right of privacy*, o surgimento do *right of publicity* não decorreu de um processo evolutivo, mas é resultado de uma radical ruptura do *right of privacy*, que produziu um direito transmissível, inclusive, na opinião da doutrina majoritária, por herança. Sua criação está incontestavelmente associada com as dificuldades enfrenadas pelas cortes americanas diante de pessoas que intencionalmente se colocavam em público, renunciando à proteção do *privacy*, mas não admitiam a utilização comercial de seus bens de personalidade."

monial da imagem e o segundo versa sobre a sua disponibilidade para o uso de acordo com a vontade de seu titular (AFFORNALLI, 2012).

Desse modo, de acordo com Leonardo Estevam de Assis Zanini (2018), o *right of privacy* constitui um direito de natureza defensiva, destinados a tutelar o indivíduo perante atos que afrontem a sua personalidade, ao passo que o *right of publicity* regulamenta o uso comercial das características individuais. Ademais, ressalta o autor que esta dualidade criada pelo direito norte-americano exerce influência no direito continental, sobretudo com a formulação de teorias dualistas que compreendem dois direitos (um patrimonial e outro moral) sobre a imagem[98] (ZANINI, 2018).

Por oportuno, Adalberto Costa (2012) ressalta que o direito italiano passou por um longo período de amadurecimento, tendo consagrado a sua tutela, no plano doutrinário em 1874 e, no Código Civil no ano de 1942 já trazendo uma abordagem expressa sobre o direito à imagem, além de uma cláusula geral de personalidade na Constituição. Nesse mesmo sentido, o direito português traz a proteção à imagem no art. 76 do Código Civil (1966), que entende o autor estar restrita ao retrato[99], e uma proteção geral de personalidade na Constituição[100].

---

[98] De acordo com o posicionamento adotado Leonardo Estevam de Assis Zanini (2018, p. 114): "Todavia, não me parece razoável essa tendência favorável ao reconhecimento de um direito patrimonial à imagem independente de um direito moral à imagem. De fato, não parece ser admissível a adoção de nenhum tipo de modelo dualista para o direito à imagem, pois o que existe é um único direito à imagem, que comporta logicamente exploração comercial".

[99] Na abordagem feita pelo Código Civil português, nota-se que a proteção da imagem é direcionada ao retrato, de acordo com a sua redação: "ARTIGO 79 (Direito à imagem): 1. O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no nº 2 do artigo 71º, segundo a ordem nele indicada. 2. Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente. 3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada." Nesse sentido, em comentário ao dispositivo, advoga Adalberto Costa (2012, p. 1.366): "[...] Este direito consagrado na lei civil reporta-se, salvo melhor opinião, apenas à imagem (pessoal) retratada e não à imagem pessoal em geral do sujeito seu titular que se relaciona, convive e vive na sociedade dos Homens e que nela estabelece relações de vária ordem. A disciplina prevista no art. 79.º do C.C. limita a sua regulamentação ao retrato, àquilo que já saiu do sujeito titular da imagem, mas que a representa. Trata-se portanto da disciplina de uma representação e não propriamente do que é representado [...]".

[100] Sobre esse tema, Adalberto Costa (2012, p. 1368) explica a diferença entre as duas abordagens jurídicas nos seguintes termos: "[...] Nesse sentido, o ordenamento jurídico português protege o direito à imagem. Esta proteção é feita desde logo pelo texto fundamental – Constituição da República Portuguesa, art. 26.º. Esta norma constitucional é vista por Gomes Canotilho e Vita Moreira, como uma norma em que o direito à imagem é tido em dois sentidos: um, o de que cada pessoa tem o direito de não ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento; outro, o de que o direito de cada pessoa em não ver a sua imagem apresentada como forma gráfica ou em montagem que sejam ofensivas e materialmente distorcidas ou infiéis [...]". Ademais, vale transcrever o texto da Constituição mencionado: "ARTIGO 26.º (Direito à integridade pessoal): 1 A integridade moral e física dos cidadãos é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanas." Doravante, sobre a

Além das influências jurídicas internas dos países que passaram a tutelar o direito à imagem, a proteção também ocorreu no âmbito internacional, a partir, principalmente, das convenções, dentre as quais se pode destacar a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950) ou Convenção Europeia de Direitos Humanos; a Carta Social Europeia (1961) e a Assembleia Geral das Nações Unidas de 1968, que buscou a proteção contra as invasões à vida privada (MONTESCHIO, 2015)

Nesse sentido, as contribuições acima trazidas foram importantes para o desenvolvimento do estudo e da proteção do direito à imagem nesses países, o que, posteriormente, veio a influenciar a doutrina, a legislação e a jurisprudência brasileiras, responsáveis pelo desenvolvimento e aprimoramento do conteúdo jurídico no âmbito local, o que passa a ser abordado pelo presente estudo.

*4.1.2.2 O direito à imagem no Brasil*

No Brasil, o direito à imagem se encontra inserido nos direitos da personalidade e possuem proteção relativamente recente, mesmo porque, como visto anteriormente (Capítulo 2), a teoria dos direitos da personalidade ganhou corpo ao longo do século XX, sobretudo, após a compreensão da necessidade de proteção da dignidade humana.

Apesar disso, ressalte-se que a proteção da imagem foi abordada pelo Código Civil de 1916, salvo o inciso X do art. 666 do Código Civil que dispõe na segunda parte: "[...] A pessoa representada e seus sucessores imediatamente podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto." Neste, como defende Maria Célia Naréssi Munhoz Affornalli (2012), fica claro que o diploma civil atribui que o direito à imagem prevalece sobre o direito autoral, o que veio a ser revogado, posteriormente, pela Lei nº 5.988/73.

Além dessa norma específica, não houve maiores manifestações expressas da legislação nacional sobre a proteção do direito à imagem, ao longo do século XX, de modo que a sua abordagem legal ocorreu mais no plano doutrinário e jurisprudencial, que somente

---

proteção do direito geral de personalidade inserida na Constituição portuguesa, ensina J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 396): "Muitos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado por ex. direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos de prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como "direito à pessoa ser e à pessoa devir", cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa [...]".

culminou com a inserção legal, a partir da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, no Código Civil de 2002.

A despeito dessa manifestação tardia, como se verá adiante, alguns autores, a exemplo de Antônio Chaves (1972), defendem que, mesmo não havendo previsões expressas nas constituições brasileiras sobre a proteção da imagem, ela existia. Assim, havia respaldo tanto diretamente, dentro da garantia da inviolabilidade da correspondência, quanto indiretamente, na defesa dos direitos fundamentais[101].

Desse modo, segundo Luiz Alberto David Araújo (2013), em análise à Constituição de 1824, que trazia a previsão expressa de proteção da intimidade, a imagem é protegida de forma reflexa ao se proteger o domicílio[102], numa demonstração da subsidiariedade da proteção do direito à imagem naquele momento. Ademais, o mesmo autor ressalta que as outras Constituições brasileiras (1891, 1934, 1937, 1946, 1967) mantiveram esta lógica e também apresentaram uma previsão implícita da proteção do direito à imagem nas garantias constitucionais, o que somente veio a ser mudado com a Constituição de 1988, diante da inequívoca autonomia que a imagem assumiu, principalmente, através do papel desenvolvido pela jurisprudência nacional (ARAÚJO, 2013).

Sendo assim, coube a Constituição Federal de 1988 o papel de estabelecer a proteção expressa do direito à imagem, como um direito individual fundamental, encontrando, assim, a sua previsão na redação inovadora dos incisos V e X, do art. 5º (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais; Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos), que assim dispõe:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[101] Segundo Antônio Chaves (1972, p. 26): "Apenas genericamente encontramos referência à inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (art. 153, *caput*); ou indiretamente à "garantia dos direitos fundamentais do homem" ao cuidar-se dos princípios que deverão ser regulados por Lei federal relativa à organização dos partidos políticos (art. 157, I)". Mais adiante, comentando sobre a proteção infraconstitucional, o referido autor defende: "A única menção contida no Código Civil focaliza o problema sob o ponto de vista parcial e particular do direito de autor, no art. 666. Não considera violação, nº X, "A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição de retrato ou busto" (CHAVES, 1972, p. 26).

[102] Nas palavras de Luiz Alberto David Araújo (2013, p. 49): "Ao proteger o domicílio, a imagem também é protegida de forma reflexa, como característica da intimidade. A origem e o propósito da norma era proteger o indivíduo da invasão do Estado em seu lar. A consequência, no entanto, é uma proteção reflexa da imagem do indivíduo, desde que dentro do seu domicílio".

> [...]
>
> X - 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;

Neste sentido, a proteção constitucional inovou consideravelmente no direito brasileiro, primeiro por estabelecer uma previsão expressa, clara e inequívoca de que o bem jurídico imagem seria protegido em si mesmo; segundo, porque inseriu a imagem entre os direitos individuais fundamentais, o que lhe assegura um grau de importância jurídica, além da impossibilidade de revogação, por se tratar de cláusula pétrea[103] (art. 60, §4º, IV[104], da CF/88) e, terceiro, por reconhecer as duas facetas que este direito possui (retrato e atributo).

Desse modo, em primeiro lugar, a menção expressa trazida pelo texto constitucional torna inequívoca a proteção dada na Carta Magna à imagem da pessoa, além de reforçar o seu caráter autônomo, sendo passível de reparação pela simples reprodução ou divulgação sem o consentimento, não mais dependendo de estar situada no âmbito da intimidade ou da honra, por exemplo, para merecer a tutela jurídica.

Em segundo lugar, a condição de direito fundamental e cláusula pétrea estabelece ao direito à imagem, tanto uma garantia textual de que o mesmo representa um bem imutável e indispensável ao Estado, quanto hermenêutica, uma vez que o intérprete não poderá deixar de considerar o valor atribuído a este bem jurídico, devendo, assim, vincular o seu entendimento ao princípio constitucional (ARAÚJO, 2013).

Em terceiro lugar, frise-se que a construção jurídica da imagem ao longo dos anos ganhou tanto autonomia, quanto divisões. Neste sentido, os já citados incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal de 1988 trouxeram a palavra "imagem" em duas passagens distintas, o que não representa uma repetição textual. Com efeito, partindo-se da premissa hermenêutica de que não existem palavras inúteis na lei, cumpre buscar a compreensão da mesma palavra em contextos distintos.

---

[103] Nesse sentido: "As vedações materiais ao poder de reforma revelam o cuidado do constituinte com certos temas, tratados sob o ângulo de princípios constitucionais. São vigas mestras do sistema, que não podem ser passíveis de alteração, sob pena de desmoronamento do sistema criado. Essas vigas mestras, no entanto, na tradição constitucional brasileira, vinham sendo resumidas na forma de estado e de governo. Os bens protegidos e considerados como cláusulas pétreas, até então, eram a República e a Federação (exceto na Constituição do Império). A Constituição de 1891 preservava como vigas mestras, em seu art. 90, §4º, a forma republicana federativa e a igualdade de representação dos Estados no Senado. O texto de 1934, em seu art. 178, preserva a estrutura política, a organização ou a competência dos poderes de soberania, incluindo nestes os direitos individuais. A constituição de 1937 não apresenta limitações em seu capítulo referente às reformas" (ARAÚJO, 2013, p. 63).

[104] De acordo com o §4º, que faz ressalvas ao poder reformador previsto pelo art. 60: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais."

Doravante, a duplicidade da palavra "imagem", em contextos diferentes, deixa claro que os conteúdos jurídicos protegidos pelo texto constitucional são diversos, ainda que a palavra seja idêntica para ambos. Assim, enquanto o inciso V apresenta a imagem como uma projeção social, denominada *imagem-atributo*, o inciso X se refere a uma expressão física, denominada de *imagem-retrato*. Neste sentido, esta (*imagem-retrato*) consiste na manifestação externa da pessoa, ao passo que aquela (*imagem-atributo*) consiste na representação das características pelas quais uma pessoa pode vir a ser identificada na sociedade (CASTRO, 2002).

Por conseguinte, diante da consolidação dessa dupla proteção, a doutrina trata de conceituar o conteúdo do direito à imagem envolvendo essas duas facetas, como se observa pelo ensinamento de Francisco Amaral (2008), o direito à imagem representa o poder de se opor à divulgação do retrato sem a devida autorização, salvo os casos de notoriedade e ordem pública, podendo ser passível de indenização se ferir a honra, em não se enquadrando nas ressalvas necessárias.

Amiúde, depreende-se do pensamento extraído deste trecho que a imagem enseja tanto uma reprodução física (retrato sem autorização) em si mesma, quanto de uma repercussão da exposição que venha a confrontar com outro direito, a este correlato, que é a honra, a "imagem social" que se tem do ser humano nela apresentada. Note-se que, para este último conteúdo, não se trata de uma subordinação da imagem à honra, mas de uma associação entre ambos.

Por oportuno, saliente-se que, a despeito de serem trazidos conjuntamente nos estudos especializados, os dois conteúdos são independentes, de modo que é possível haver a violação de apenas um sem interferência no outro, demonstrando-se, assim, a conveniência da separação constitucional, para permitir uma proteção mais ampla e completa ao direito à imagem (NEVES, 2011).

Logo, é possível se atingir a imagem-atributo sem uma reprodução física da imagem, da mesma forma que é possível atingir esta sem interferir naquela. De fato, tratando-se de uma imagem social, a primeira pode ser atingida com uma notícia falsa envolvendo determinada pessoa, independentemente da apresentação de seu retrato, de sorte que a segunda pode ser violada com a apresentação de um retrato, sem o consentimento do titular e autorização legal, independentemente da mensagem exaltar o retratado, como foi abordado no estudo sobre a autonomia do direito à imagem.

Nesse sentido, para melhor esclarecer esta distinção, vale lembrar um fato ocorrido há alguns anos, em que um meio de comunicação divulgou a notícia da prisão de um ban-

queiro, em decorrência de uma investigação policial, que era homônimo de um ator, e, por força disso, a foto divulgada por um determinado veículo de comunicação foi a deste e não a daquele. Note-se que a imagem-retrato violada foi a do ator e, decerto, também a sua honra (imagem-atributo), pois foi associado a uma investigação que não lhe dizia respeito. Porém, caso o veículo também tenha cometido excesso ao noticiar o fato, como a imputação de culpa, que não viesse a ser confirmada posteriormente pela investigação ou pelo processo judicial, o banqueiro investigado poderia se insurgir em defesa da sua imagem-atributo, não podendo, porém, insurgir-se pela violação da imagem-retrato, uma vez que a fotografia apresentada com a notícia foi a de terceiro e não a sua.

Além disso, os diferentes meios de comunicação são exemplos desta distinção, pois aqueles que trabalham com filmagens ou fotos, tais como a televisão e o jornal, podem violar tanto o conteúdo da imagem-atributo quanto o da imagem-retrato de alguém, ao passo que os que aqueles que não se valem dos recursos visuais, como o rádio, somente podem atingir o conteúdo da imagem-atributo.

Complementando a proteção constitucional da imagem, o Código Civil de 2002, inserindo o tema direitos da personalidade, não previsto na codificação anterior, trouxe consigo alguns dispositivos (arts. 11 a 21, integrantes ao Capítulo II – Dos direitos da personalidade), conforme mencionados no capítulo 2 deste trabalho. Neste sentido, dentre os dispositivos relacionados pelo Código Civil, três merecem destaque neste momento em que a abordagem se dirige diretamente à proteção da imagem, quais sejam, os artigos 11, 12 e 20, que assim dispõem:

> Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.
>
> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
>
> Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.
>
> [...]
>
> Art. 20. 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.
>
> Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Por conseguinte, de acordo com as normas do Código Civil de 2002, contra a violação do direito à imagem, o indivíduo, lesado ou na iminência de ser lesado, pode buscar uma tutela protetiva voltada tanto para impedir, cessar ou reparar os danos causados por uma conduta ilícita.

No que se refere ao art. 11, percebe-se que a compreensão de direito à imagem, advinda do conteúdo dos direitos da personalidade, enseja um aspecto protetivo, voltado a impedir que o uso da imagem (e voz) seja feito arbitrariamente, sem o respeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Sendo assim, pode-se notar que o Direito Civil visa dar à imagem uma proteção de conteúdo negativo, a exemplo do que ocorre com os demais direitos da personalidade, inibindo, assim, a sua exploração e utilização sem autorização por terceiro.

Contudo, mesmo esta proteção merece ser analisada com ponderação, visto que, como adverte Anderson Schreider (2013), a repressão da vontade humana, como se depreende pela leitura do art. 11 do Código Civil é uma restrição exagerada, capaz de considerar ilegais procedimentos corriqueiros e aceitos na sociedade como *reality shows*, furar a orelha, lutar boxe ou expor informações pessoas nas redes sociais, como o *Twiter,* o *Facebook,* o *Instagram*, dentre outras, o que contrastaria com a realização da própria dignidade humana do indivíduo.

Nesse sentido, observa-se que a proteção trazida pelo art. 11, que assegura o direito da personalidade, como inalienável, mas, contrasta com uma realidade crescente na sociedade, como, por exemplo, a utilização da própria imagem como fonte de renda, associado a formas de atrair consumidores para determinados serviços ou produtos. Desse modo, para explicar situações como esta, alguns autores, a partir de uma teoria monista defendem que só existe o direito à imagem e este apresenta uma dupla característica (moral e patrimonial)[105]. Esta, porém, é uma compreensão oposta ao entendimento abordado pelo presente trabalho, por entender que os aspectos jurídicos nascem do mesmo elemento (corpo humano), enquanto a presente pesquisa entende existir outro elemento gerador do aspecto patrimonial.

No que se refere ao art. 20, o dispositivo também é passível de crítica, visto que, no dizer de Maria Célia Naréssi Munhoz Affornalli (2012) a redação sugere que a proteção da

[105] Boa parte da doutrina parte da existência de aspectos patrimoniais do direito à imagem e esta tese é trazida por muitos autores nos livros especializados sobre o tema. Nesse sentido, advoga Frederico Glitz e Gabriele Bortolan Toazza (2017, p. 362): "O direito à imagem tem duplo conteúdo, uma vez que é composto por um elemento moral e outro material (patrimonial). O conteúdo moral se deve à proteção do

imagem está atrelada ao outros valores independentes como a honra, a respeitabilidade e a boa fama ou que tenha finalidade comercial, o que representa um retrocesso que ameaça toda a construção jurídica acerca da autonomia do direito à imagem[106].

Em outro ponto, Anderson Schreiber (2013) considera que o dispositivo promove uma limitação excessiva ao direito de imagem, ao estabelecer como padrões "manutenção de ordem pública" e "administração da justiça", ao passo que também desconsidera a existência de outros interesses constitucionais que possam justificar a divulgação da imagem alheia sem a autorização.

Ademais, complementando essa crítica ao artigo, Allessandra Helena Neves (2011) também observa que, diante do fato de que a proteção deste não contemplar os direitos autorais presentes nas obras envolvidas, não abrange a "captação", mas apenas a "publicação', "exposição" e "divulgação", como fato passível de gerar lesão ao direito à imagem e que, ainda que autorizada, deve-se avaliar se a autorização dada permite a exploração econômica, pois, caso contrário, também haverá uso indevido[107]. Porém, ao contrário do que se possa entender pela interpretação literal do texto, a "captação" em si, apesar da não indicação expressa, sem a devida autorização, pode gerar a violação, como se verá mais adiante.

Por oportuno, retomando-se a abordagem constitucional, ressalte-se que a proteção contida nos incisos V e X do art. 5º da CF/88 não contemplam todas as formas de tutela da imagem no direito brasileiro, de modo que na alínea *a,* do inciso XXVIII do mesmo art. 5º, a Carta Magna faz menção expressa de que são assegurados: "a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas".

Diante desta previsão, percebe-se que a proteção conferida pela norma constitucional, neste momento, volta-se para a "reprodução da imagem", deixando claro que há uma diferença entre a imagem ligada à pessoa e aos seus aspectos econômicos, relacionados ao processo de reprodução. Logo, a compreensão da imagem no direito

---

interesse daquele que quer impedir a divulgação da sua imagem. O conteúdo material possibilita a exploração econômica da própria imagem".

[106] Nesse sentido, Maria Célia Naréssi Munhoz Affornalli deixa claro que, considerando a autonomia do direito à imagem: "Para que caiba a indenização do dano à imagem, basta que a fixação ou representação da imagem ou a sua utilização sejam feitas sem autorização do seu titular, não se indagando se houve finalidade comercial ou se paralelamente ao dano à imagem, conforme seu conceito e conteúdo técnico jurídico [...]" (2012, p. 33).

[107] De acordo com Allessandra Helena Neves (2011, p. 253): "Ainda que exista autorização para o uso da imagem, deve ser analisado o instrumento concessivo dessa utilização, para que possa ser apurado seu alcance, pois certamente, é possível que haja disposição expressa para que terceiro possa se valer da imagem ou da obra intelectual de alguém apenas para fins específicos não lucrativos."

brasileiro requer uma reflexão sobre este processo de reprodução, que envolvem os direitos autorais, e as distinções entre esta proteção constitucional e a aqueloutras abordadas anteriormente.

Por fim, saliente-se também que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), ratificando o texto constitucional e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989), prevê a preservação da imagem (art. 17), reconhecendo também a privacidade como princípio incidente sobre as medidas socioeducativas (art. 100, V)[108].

Outro dispositivo protetivo da imagem é trazido pelo inciso II do art. 45 pela Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/97) que busca proteger o candidato a cargo eletivo no Brasil de violação ao seu direito, com repercussão na campanha eleitoral; ao tempo em que, o §6º do art. 45, também reconhece o direto do partido político de divulgar a imagem de candidato ou militante que integre a sua coligação, mesmo sem autorização do titular, o que, contraditoriamente, representa uma violação ao direito da personalidade (MONTESQUIO, 2015).

Sendo assim, pode-se perceber que a construção jurídica da imagem como direito da personalidade e, consequentemente, inalienável, não atende a uma realidade atual, em que existe uma vasta exploração econômica dessa imagem e exige a compreensão de uma tutela também positiva da normatividade.

Doravante, para uma maior adequação do instituto à realidade social e constitucional, faz-se necessária uma nova compreensão tanto do fenômeno social, em seu aspecto positivo[109], passível de negociação, quanto em seu aspecto jurídico, no sistema de proteção da imagem, apartando-se a tutela trazida pelo direito da personalidade, denominada de *direito à imagem*, da sua potencial exploração que se concretiza com a *projeção da imagem*, como será abordado a seguir.

---

[108] Em abordagem à proteção da imagem no Estatuto da Criança e do Adolescente, defende Leonardo Estevam de Assis Zanini (2018, p. 94): "No Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) podem ser igualmente encontradas disposições atinentes à tutela da imagem de menores como é o caso do art. 17, que expressamente garante a preservação da imagem da criança e do adolescente, bem como o art. 100, V, o qual foi incluído pela Lei 12.010/2009 e estabelece como princípio na aplicação de medidas de proteção o respeito ao direito à imagem, à vida privada, à intimidade. Outra disposição que protege a imagem do menor é o art. 143 do ECA, o qual dispõe que "qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vendando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome". Ademais, o ECA ainda criminalizou muitas condutas nas quais a imagem da criança ou do adolescente é associada à cena de sexo explícito ou pornográfica (arts. 240, 241, 241-A, 241-B e 241-C)".

[109] Para explicar esta distinção entre os aspectos positivos e negativos, encontra-se a lição de Thaita Campos Trevizan (2014, p. 186): "O direito à imagem pode ser exercido de maneira positiva e negativa. Sob o aspecto positivo, pode-se dizer que somente o titular pode autorizar a difusão e publicação de sua imagem. Já o conteúdo negativo se traduz na prerrogativa de impedir a utilização indevida da imagem, isto é, sem

## 4.2 A PROJEÇÃO DA IMAGEM

A partir da consolidação do direito à imagem, que traz a imagem como bem jurídico autônomo, a ser protegido pelos direitos da personalidade, e, como tal, a característica essencial da inalienabilidade deste, surge o questionamento inevitável sobre como se compreender válidos os contratos de alienação se os bens envolvidos nestes são considerados inalienáveis.

Por conseguinte, o que se nota, em relação à imagem, é que ao longo da sua consolidação, enquanto direito da personalidade, que representou um grande avanço para a proteção do ser humano, sobretudo, diante das inovações tecnológicas que facilitaram a sua captação e, consequentemente, também a sua violação, foi a compreensão deste direito apenas em seu aspecto negativo.

Esse conflito entre a sua condição de personalidade e seu valor econômico, cada dia mais presente na sociedade, é uma inquietação que não se limita ao direito brasileiro, como se observa pela reflexão proposta pelo autor Adalberto Costa (2012, p. 1369-1370), em análise ao direito português:

> [...] Como direito de personalidade, é um direito não patrimonial porque se reporta a um bem ideal e não material e por isso, podemos dizer que é irrenunciável e inalienável, na medida em que não pode ser colocado no circuito do tráfego jurídico como qualquer outro bem. Mas aqui levanta-se um problema. A ser assim, como se compreende que a imagem (a até a intimidade) seja objecto de tráfego jurídico e muitas vezes com cláusulas características dos contratos de comércio jurídico, como é o caso da cláusula de exclusividade?! Na verdade, assistimos em cada dia, que determinadas pessoas, como os desportistas e actores cedem a sua imagem (ou até a sua intimidade) a troco de contrapartidas monetárias, contribuindo assim para um verdadeiro comércio da imagem pessoal cada vez mais incentivado pela actividade publicitária. A inalienabilidade da imagem está por isso posta em crise. Será que a imagem pessoa não pode ser alienada? [...]

Por conseguinte, diante deste conflito entre a natureza do direito da personalidade, que tutela a imagem, teoria que ganhou força ao longo dos séculos XIX e XX, e o seu aspecto econômico, muitos doutrinadores se debruçaram sobre o tema, para explicar este duplo aspecto peculiar à imagem.

Nesse sentido, propostas doutrinárias foram lançadas, algumas delas que negavam a imagem como direito da personalidade e a colocavam como direito patrimonial, o que não prosperou; outras buscavam explicações diferentes, como considerar que existiam sobre a imagem fenômenos distintos, como se nota pela transcrição do pensamento de Pontes de Miranda (2012, p. 112): "O direito de afixar, publicar ou difundir o retrato (a imagem) per-

---

a autorização ou a legitimação por meio de uma informação socialmente relevante, ancorada na liberdade de imprensa e no direito à informação [...]".

tence à pessoa identificada, porém não é direito de personalidade; é direito que toca à pessoa por ter interesse em que não se use, a líbito, a sua imagem [...]"

Ora, a reflexão de Pontes de Miranda estabelece uma distinção jurídica de suma importância para a compreensão do tema, principalmente sob o enfoque tratado nesta pesquisa, visto que nela se encontra uma nítida divisão entre os aspectos da imagem, que seria um decorrente do direito da personalidade e outro do seu uso. Logo, a partir desta visão doutrinária, pode-se perceber que o uso da imagem pertenceria à outra categoria jurídica, que toca o direito da personalidade, mas não se confunde com este.

Neste sentido, na busca de um melhor esclarecimento desta distinção, o que a presente pesquisa compreende ser uma cisão entre a *imagem* e a *projeção da imagem*, além dos seus desdobramentos jurídicos, faz-se necessária uma abordagem específica sobre o fenômeno da *projeção*.

### 4.2.1 O fenômeno da projeção

O estudo da utilização da imagem nas relações contemporâneas implica em se reconhecer que além do direito "à" imagem, existem outros elementos relacionados a este bem jurídico, que este trabalho utiliza a denominação de "projeção da imagem", "direito de projeção da imagem", direito "de" imagem e "direito sobre a projeção da imagem".

Nesse sentido, no que se refere à projeção, há que se observar que os direitos da personalidade possuem formas peculiares de violação ao direito civil. Com efeito, se por um lado, se um crédito pode ser violado quando não for pago no vencimento e uma propriedade quando os seus limites não forem respeitados, alguns direitos da personalidade podem ser violados pela liberdade de outrem quando estas excederem a proteção dada à pessoa, como, por exemplo, uma intervenção cirúrgica ou uma ofensa realizada num texto.

Desse modo, a projeção de um direito da personalidade consiste na exposição de um bem jurídico tutelado numa obra. Trata-se da captação de um aspecto inerente ao ser humano, num contexto de liberdade de pensamento e de expressão, que pode resultar na sua possibilidade de exploração, inclusive, econômica, o que não se dá em si mesmo, mas como dito, através da obra. Sendo assim, valores podem ser violados através de um escrito publicado como, por exemplo, a honra.

Esse fenômeno decorre da possibilidade de se lançar os valores protegidos pelos direitos da personalidade numa obra, como fruto da liberdade de expressão de seu autor, trazendo consigo a possibilidade de exploração direta da obra que abriga o direito da personalidade, independentemente de consentimento prévio dos titulares dos bens atingidos, o que

pode resultar de um uso lícito ou ilícito, de acordo com os limites dos direitos envolvidos, como será aqui abordado mais adiante.

Não obstante o novo olhar trazido com a compreensão do fenômeno da projeção, que explica as negociações que envolvem direitos da personalidade de alguém, ressalte-se que esta é uma proposta já defendida por alguns autores, de forma semelhante e menos aprofundada, como se observa pela ilação de Antônio Chaves (1998, p. 607):

> Quando a imagem se corporifica através de retrato, ou de sua reprodução em matéria plástica, madeira, gesso, etc. assume, com toda clareza, a característica de "coisa", reunindo os dois requisitos que como tal o conceituam, podendo ser: a. objeto de posse, propriedade, cessão, transmissão, etc.; b. suscetível de avaliação em dinheiro.

O processo de "coisificação" descrito por Antônio Chaves, em relação à imagem, promove a criação de algo novo e, este novo, é uma obra. Esta obra, por sua vez, que envolve a imagem é regida pelo direito autoral, mas não exclusivamente por este. Com efeito, se a imagem for uma fotografia do mar, a obra se mostra plena do autor, não dependendo de autorização para a sua divulgação, ao contrário de se identificar alguém em destaque na fotografia. Neste caso, a obra produzida não é plena, mas sim contida, pois depende, necessariamente, de uma autorização, tanto legal, através de um juízo de ponderação, quanto consensual, através da manifestação do fotografado, sob pena de se incorrer numa violação a direito.

Assim, a projeção é o fenômeno ligado ao processo de criação da obra, que apresenta a especificidade de reunir no mesmo objeto tanto a ação criadora de alguém, protegida pelo Direito Autoral, quanto um direito da personalidade de outrem, protegido pelo Direito Civil.

Nesse contexto, a projeção cria uma obra que coexiste com um direito da personalidade de forma autônoma e distinta, visto que o direito da personalidade não se transforma na obra nem é subtraído de alguém por este. Deste modo, o titular do direito da personalidade pode se insurgir tanto contra o conteúdo, quanto contra a própria publicação da obra, como ocorre, por exemplo, quando alguém se sente ofendido com um vídeo publicado. Por outro lado, a obra também não se transforma em direito da personalidade, visto que não está subordinada a vontade do titular do valor tutelado nela inserido, como ocorre, por exemplo, no caso da notícia de um crime, pelos meios de comunicação, que não deixa de ser noticiada pelo fato de o acusado não querer a sua exposição.

A projeção, então, consiste num fenômeno fático, no ato de se captar aqueles valores da personalidade numa obra. Doravante, a projeção, que se encontra numa zona entre a

liberdade de expressão e de manifestação do pensamento de alguém, de um lado, e os direitos da personalidade, de outro, precisa ser entendida e estudada, a fim de se estabelecer os limites em que a exploração por ela possibilitada venha a ser exercida dentro da legalidade, harmonizando-se os direitos evolvidos, e, consequentemente, quando este uso se dá de forma ilícita, com a violação de direitos.

Por conseguinte, a projeção lícita consiste no exato limite autorizado, tanto pelo direito do projetor de publicar a obra, quanto do projetado, no que se refere à proteção dos valores condizentes com a sua existência digna. Neste sentido, pode-se perceber que representa uma peculiaridade no processo de criação, pois se restringe aos casos em que o conteúdo da obra contrasta com os direitos da personalidade de outrem, não havendo o fenômeno da projeção, conforme aqui defendido, quando se emite uma opinião sobre um fato histórico ou se retrata uma paisagem.

Destarte, com a projeção nasce um tipo de obra impura ou contida, que exige, muitas vezes, uma autorização, seja legal ou consensual, para a sua divulgação, o que difere daquelas obras, ditas puras ou plenas, que não envolvem o direito à imagem ou outros direitos da personalidade e, por isso, não dependem do consentimento do outrem para a sua exploração. Logo, a partir do reconhecimento da projeção, tem-se uma compreensão da existência de uma obra livre para ser explorada pelo seu titular, ou pendente de autorização, para seu exercício em conformidade com o direito.

Assim, uma vez exposto o conceito ora trabalhado do que venha a ser o fenômeno ora denominado de *projeção*, o presente estudo passa análise de algumas noções mais específicas que envolvem a relação direta do fenômeno da projeção relacionada com a imagem, o que ora é denominado de *projeção de imagem*.

### 4.2.2 Imagem e a projeção da imagem: algumas distinções necessárias

Uma vez compreendido o fenômeno da projeção, no contexto da produção autoral, é necessário se entender quais os elementos envolvidos no processo de criação de uma obra que conta com direitos da personalidade, em especial, o direito à imagem que consiste no objeto central deste trabalho.

Nesse sentido, Leonardo Estevam de Assis Zanini (2015) ressalta que a imagem é uma inegável emanação pessoal, inerente à personalidade de alguém, que se projeta além do seu corpo, sendo passível de utilização, inclusive econômica, uma vez que esta é o reflexo de uma projeção do aspecto original, o que pode ser utilizada em detrimento ao próprio ser humano. Para tanto, com base na doutrina de Luiz Alberto David Araújo, Zanini

(2015) defende que a melhor solução para o entendimento do direito de reprodução da imagem decorre de um duplo aspecto, que é a separação entre a *imagem matriz* e a *imagem decorrente*.

Sendo assim, para melhor compreender a defesa da distinção acima apresentada, em que a imagem pode ser dividida em primitiva e derivada, faz-se por merecer a transcrição da lição de Luiz Alberto David Araújo (2013, p. 26):

> [...] A nosso ver, a imagem apresenta duas faces: a de matriz, que deve ser preservada é objeto de cuidados e proteção, e a, assim chamada, *imagem decorrente*, ou seja, a reproduzida por qualquer dos meios já mencionados. Há dessa forma, uma imagem a ser preservada, considerando os traços essenciais e especiais de um determinado indivíduo, e a imagem é decorrente da primeira, por força de uma reprodução. Podemos, inclusive, denominar a primeira de imagem primitiva, e a segunda de imagem derivada, posto que reproduzida.

Essa classificação em primitiva e derivada é importante por separar o aspecto ligado à personalidade daquele que dela se encontra afastado pelo fenômeno de captação, que não compreende mais parte do ser humano, focando em momentos distintos, um sobre a fisionomia e outro sobre o retrato, da proteção que recai sobre o bem: a imagem (ARAÚJO, 2013). Logo, existem duas coisas distintas: a imagem, inerente ao ser humano (primitiva), e a sua projeção em um meio distinto do corpo humano (derivada).

Este trabalho de distinção entre as facetas é relevante, pois tenta responder a um questionamento bastante comum, conforme apresentado anteriormente, que consiste na compreensão do fenômeno crescente na sociedade, que são o conteúdo econômico da imagem e seus desdobramentos, com os denominados "contratos de imagem", de "uso de imagem" ou de "direitos de imagem", que permitem a remuneração pela exploração econômica deste bem jurídico, a princípio, tido por inalienável, pelo conteúdo negativo trazido pela inalienabilidade, de modo que, seguindo este estado da técnica, não gozaria de validade jurídica.

Contudo, apesar de dar um passo importante para a compreensão dos fenômenos distintos que envolvem este bem, há quem não compreenda que a imagem não seja capaz de alcançar duas proteções distintas (uma moral e outra patrimonial), de sorte que uma das proteções deveria estar a cargo da integridade física.

Nesse sentido, Leonardo Estevam de Assis Zanini (2018) defende que estes dois aspectos são partes integrantes do mesmo direito à imagem, que, enquanto *ius imaginus*

somente teve relevância após a facilitação na reprodução dela, de modo que esta seria a mais relevante para o direito da personalidade[110].

Desse modo, percebe-se pela interpretação feita por este autor que, ao invés de se promover um avanço com o reconhecimento duplo da imagem, ampliando-se a possibilidade de proteção no direito brasileiro, ela conduz a uma regra mais restritiva, que faz uma escolha de qual dos dois aspectos o direito à imagem deve tutelar. Por conseguinte, o autor coloca a imagem matriz em condição de subalternidade à integridade física, o que, por si só, já representa um retrocesso inconcebível para a tutela da imagem.

A despeito desta análise, a compreensão ora apresentada vai de encontro à abordagem de Leonardo Estevam de Assis Zanini, por entender que as duas manifestações da imagem são coisas distintas e independentes, e, igualmente passíveis de proteção jurídica. Com efeito, um deles, é o fenômeno do *direito à imagem*, ligado aos direitos da personalidade, que já se encontra consagrado no direito brasileiro, enquanto o outro é o fenômeno do direito de *projeção da imagem*, mais ligado aos direitos autorais, tendo em vista que os processos de captação e publicação desta ocorrem a partir de uma obra.

Destarte, enquanto o *direito à imagem* é ligado à pessoa, aos seus aspectos físicos e morais (retrato e atributo), o que lhe asseguram os aspectos protetivos dos direitos da personalidade (inalienabilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, dentre outros), uma vez que é pensado enquanto uma proteção sobre o próprio corpo, daí porque alguns autores preferem a denominação de "direito à própria imagem"; o outro, o *direito de projeção da imagem* é destacado do ser, integrante ao resultado do processo de criação humana, que capta esta imagem e a transfere para um meio no qual possa ser identificado por terceiros, podendo, assim, ser negociado pelos seus titulares, pois não compõe a pessoa, mas uma representação dela.

Logo, a imagem do ser humano é um fato, pertencente ao mundo do *ser*, que precisa ser protegido como forma de assegurar a existência digna desta pessoa. Neste sentido, no plano jurídico, como um bem passível de proteção, a *imagem* ingressa como um direito (*dever ser*). Assim, tanto se pode falar em *direito à imagem*, destinado a proteger o ser

---

[110] A fim de melhor esclarecer a abordagem feita pelo autor, segue a sua manifestação: "Por derradeiro, vale notar que a imagem que realmente interessa ao *ius imaginis* está ligada apenas à representação gráfica da figura humana (a chamada imagem igual à reprodução da figura), enquanto a aparência física estaria associada à integridade física, o que nos parece atender melhor à técnica jurídica. De fato, analisando-se a evolução da tutela jurídica da imagem, pode-se verificar que muitos séculos existiu a imagem matriz (ou imagem igual à figura), mas somente foi surgir efetivamente a proteção do *ius imaginis* quando a imagem derivada (imagem igual à reprodução da figura) passou a poder ser reproduzida com certa facilidade. Portanto, ousa-se afirmar que malgrado a imagem matriz integre o conceito de imagem, o que interessa

humano *projetado* de possíveis lesões a este bem tutelado, quanto de *projeção de imagem*, no fenômeno fático de apreensão da imagem de alguém numa obra.

Amiúde, esse processo de captação de uma imagem numa obra, aqui chamado de *projeção da imagem*, além de colocar em risco o *direito à imagem*, motivo pelo qual este veio a ser tutelado nos direitos da personalidade, traz ainda outras consequências jurídicas, sob o plano da exploração, tais como o *direito de imagem*, o *direito de projeção da imagem* e o *direito sobre a projeção da imagem*.

Por conseguinte, além da conhecida proteção do *direito à imagem*, outras precisam ser observadas num olhar jurídico. Neste sentido, o *direito de imagem* representa o conteúdo econômico do *direito à imagem*, em face da exploração econômica da obra, decorrente dos ganhos econômicos obtidos pelo *projetor* com o uso da *projeção*. Trata-se, assim, de uma proteção decorrente do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, que resguarda o titular da imagem de uma exploração econômica de terceiro que não lhe traga benefício.

A exploração do *direito "de" imagem* pode ocorrer com uma contrapartida econômica ou não, porém, o fundamento do *direito "de" imagem* é econômico, pois ele advém da vedação ao enriquecimento sem causa, quando um projetor explora a imagem de outrem para a obtenção de lucro, encontrando a mesma razão que os direitos conexos previstos para os artistas, intérpretes ou executores, como abordado anteriormente por este trabalho. Trata-se da aplicação da alínea "a" do inciso XXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que prevê a proteção "à reprodução da imagem e da voz humanas."

Note-se que, ao focar na imagem e voz humanas, o direito brasileiro não restringe a proteção aos artistas, o que estaria acobertado pela Lei nº 9.610/98, através dos direitos conexos preteritamente ressaltados. Doravante, a pessoa goza de proteção sobre a reprodução da sua imagem e voz em face da exposição mercantil ou a apropriação sem o devido consentimento ou que, com o consentimento, que este seja estendido indefinidamente (TAVRES, 2012). Ademais, como ressalta o André Ramos Tavares (2012), este entendimento foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1981), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 91.328/SP, em 02/10/1981, isto é, antes mesmo da previsão expressa da Constituição Federal de 1988, em que a utilização da imagem para fins comerciais, sem o consentimento do seu titular, representa locupletamento ilícito que impõe a reparação de dano.

---

realmente ao *ius imaginis* é a outra faceta, ou seja, a imagem igual à reprodução da figura da pessoa." (ZANINI, 2018, p. 128-129).

Desse modo, o titular da imagem projetada, que não foi contratado para a atuação em determinada obra, pode receber uma contrapartida pela utilização do bem jurídico protegido na projeção, ou autorizar o seu uso gratuitamente. Porém, ressalte-se que, em se tratando de determinadas situações, pode ocorrer que esta exploração da imagem esteja autorizada por lei, de modo que a autorização do titular da imagem projetada se mostrará desnecessária.

No que se refere ao *direito de projeção*, este pode ser entendido como uma proteção ao *projetor* sobre a potencial exploração desta mesma imagem captada por uma obra, isto é, a liberdade de se utilizar a obra para determinado fim; enquanto o *direito sobre a projeção da imagem* consiste nos proveitos econômicos a serem obtidos pelo *projetor*, fundamentado na vedação ao enriquecimento sem causa, em decorrência da utilização da obra em que há a projeção. Destarte, assim como ocorre com o *direito de imagem* e o *direito à imagem*, o *direito sobre a projeção da imagem* está contido no *direito de projeção da imagem*.

Nesse sentido, o *direito de projeção* pode ser entendido como uma possibilidade de exploração de uma reprodução da imagem feita por uma obra, tendo como fundamento a liberdade do projetor. Assim sendo, nota-se que o direito de projeção envolve duas fases distintas: a primeira, fruto do momento em que a imagem é captada por qualquer meio (obra) e a segunda, oriunda do momento em que a mesma pode ser exibida, publicada por qualquer meio existente. Trata-se de uma distinção importante, pois, muitas vezes, o consentimento de que a imagem de alguém faça parte de uma obra (primeira fase) não implica que esta possa ser publicada (segunda fase), o que limita ou impede o seu poder de exploração.

Ademais, ressalte-se que, a despeito de não haver uma manifestação expressa com esta denominação, o conteúdo deste direito faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, protegido pelo texto constitucional, através da da liberdade de expressão e manifestação do pensamento, em especial, destinado aos autores e produtores de conhecimento, conteúdo e informação.

Por conseguinte, o *direito à imagem* não se confunde com o *direito de projeção da imagem*, podendo cada um sofrer violações de formas diferentes no direito brasileiro. Deveras, o direito "à" imagem existe por si e pode ser violado com a simples captação ou a divulgação não autorizada (por lei ou pelo consentimento) da imagem de alguém. Assim, esta violação pode decorrer da possibilidade de exploração indireta (por meio de uma obra) deste direito da personalidade. Por outro lado, o *direito de projeção*, que representa o outro

polo de interesses desta relação (projetor x projetado), que deve atender aos limites da autorização conferida para que a divulgação ocorra de forma lícita e, por sua vez, pode ser violado quando a liberdade de expressão e manifestação do pensamento, concretizada pela produção autoral, venham a ser ameaçadas.

Essa relação conflituosa entre *direito à imagem* e *direito de projeção*, embora não encarada sob a perspectiva ora apresentada nesta pesquisa, já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF, ocorrido em 10/06/2015, quando a corte, em análise ao art. 20 e 21 do Código Civil, afastou a adoção de censura, autorização prévia para a publicação de fatos históricos, além de se reafirmar o conteúdo da liberdade, como o *direito de projeção*, consoante se observa pela transcrição abaixo:

> [...] 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.

Nesse sentido, o *direito "à" imagem* pode ser violado com a apresentação de uma imagem sem autorização legal, como ocorre, por exemplo, na hipótese do fotógrafo que invade a privacidade de determinada pessoa, apenas por esta ser notória na sociedade, sem que isso não se encontre embasado em nenhum interesse público. Por outro lado, *o direito de projeção* pode ser violado quando se prejudique o direito de divulgação da imagem inserida numa obra, quando esta atenda aos limites legais, como ocorre, por exemplo, quando o meio de comunicação é impedido de apresentar uma notícia de interesse público ou uma editora de comercializar um livro que trate de fatos históricos, o que demonstra a nítida violação de um direito do projetor.

Sendo assim, apesar da importância da distinção feita por Luiz Alberto David Araújo, que alerta para o fato da imagem não ser uma só, aqui não se utilizará a classificação proposta entre imagem matriz e imagem originária, por compreender que os conceitos de *imagem*, enquanto *ser*, e *direito à imagem* e *direito de projeção de imagem*, enquanto integrantes do mundo do *dever ser*, melhor distinguem a relação trilateral estabelecida no processo de exploração de uma obra (entre o titular da *imagem projetada*, autor da *obra-projeção* e *projetor da imagem*), o que consiste na proposta do presente trabalho.

Destarte, a imagem, integrante do ser humano, deve ser entendida de forma apartada daquela imagem presente numa obra, dita projetada, e voltada a ser reproduzida. Logo, admitindo-se a distinção, permite-se compreender que seja possível que não haja ofensa ao

*direito à imagem* e haja ao *direito de projeção*, como no caso de um contrato de imagem entre um ator e uma agência publicitária para uma campanha promocional, mas, por engano, foi utilizada para outra campanha. Neste caso, o ator manifestou seu consentimento para a exploração sem a exigência de destinação específica, o que não violaria o seu direito à imagem, salvo alguma objeção de consciência sobre determinados produtos, como por exemplo, um vegano como garoto propagando de um frigorífico. Assim, qualquer violação existente é de natureza contratual, envolvendo a agência e a empresa que a contratou, pautada no direito de projeção. Da mesma forma, se houver um contrato em que alguém se compromete a fazer um vídeo com transmissão ao vivo para determinada apresentação para um público específico e não comparece, não há violação ao *direito à imagem* do ausente, mas há um inegável dano ao direito de *projeção da imagem*.

Ademais, enquanto direito da personalidade, a autorização (ato jurídico unilateral) de uso do *direito à imagem* é passível de ser revogado a qualquer momento, independentemente de motivação, por se tratar de um valor inerente à pessoa que deve ser preservado. Neste sentido, o seu titular deverá arcar com as perdas e danos dela decorrentes, causados ao *direito de projeção da imagem* do autorizado. Por outro lado, em se tratando de uma licença (negócio jurídico), em que o titular dispõe sobre o *direito de imagem*, não haverá a revogação unilateral, mas descumprimento contratual, salvo expressa manifestação contratual autorizadora. Ademais, esta revogação será desnecessária, caso a exploração esteja autorizada por lei, onde prevalece o *direito de projeção*.

Doravante, ao se pensar que existe uma categoria jurídica diferente daquelas até então consideradas pelo Direito para se resolver os problemas que envolvam a negociação e a publicação das imagens, faz-se necessária uma reflexão de sua natureza jurídica delas, para a melhor compreensão do fenômeno e seus desdobramentos.

### 4.2.3 Natureza Jurídica

A compreensão do fenômeno na *projeção da imagem*, como manifestação do *ser*, que implica na criação de uma obra que abriga um direito da personalidade, traz consigo também a compreensão de normas jurídicas incidentes sobre a imagem, como o fenômeno do *dever ser*, tais como o *direito à imagem* e o *direito de projeção da imagem*.

Outrossim, a partir da distinção ora proposta entre *direito à imagem*, reconhecido enquanto direito da personalidade, voltado para a proteção do ser humano, e outra categoria intitulada de *direito de projeção da imagem*, voltada para a possibilidade de exploração

da imagem projetada numa obra, cujo reconhecimento é defendido neste trabalho, entende-se que este merece proteção em si e deve possuir uma sorte diversa daquele.

Nesse sentido, explica-se a não utilização da divisão em imagem *matriz* e *decorrente*, proposta do Luiz Alberto David Araújo, uma vez que esta deixa a entender que as duas são parte da mesma coisa, contrasta com o que o presente estudo defende. Com efeito, a autonomia do *direito à imagem* representa uma proteção para que o indivíduo possa defender a sua individualidade, através da expressão física e moral, como forma de realização da dignidade humana, numa perspectiva existencial. Em contrapartida, o *direito de projeção da imagem* consiste na proteção a ser dada aos aspectos envolvidos com a captação, divulgação e exploração da imagem, que, na verdade, decorre de uma obra (fotografia, vídeo, desenho etc.).

A partir desta distinção, pode-se perceber que o *direito à imagem* de alguém existe para proteger a pessoa. Por sua vez, a imagem se associa a uma obra para compor o conteúdo desta (*projeção*), cuja utilização será contemplada pelo *direito de projeção da imagem*. Sendo assim, nota-se que o *direito à imagem*, como trabalhado no Capítulo 2, consiste numa proteção decorrente do direito da personalidade, como forma de assegurar a dignidade humana nas relações privadas, ao passo que o *direito de projeção da imagem* reflete a proteção de uma liberdade, voltada para assegurar a manifestação do pensamento, da expressão, bem como a consolidação da informação, da educação e da cultural, decorrente, muitas vezes, de uma proteção autoral.

Doravante, há autores que entendem se tratar de um direito autoral, como aponta Zanini (2015) ao explicar que, pela ausência de tratamento legal específico, o tema já foi tratado analogicamente como Direito Autoral, a exemplo do que ocorreu com o inciso X do art. 666 do Código Civil de 1916 e que, apesar de ter ganhado tratamento específico ao longo dos anos, o que trouxe a diferença entre os dois, ainda manteve a sua semelhança em diversos pontos[111].

[111] Nesse sentido, defende Leonardo Estevam de Assis Zanini (2015, p. 151): "O direito à imagem e os direitos de autor não se confundem, mas existem inúmeros pontos de convergência entre esses direitos. A primeira convergência está no fato de que a imagem-retrato e os direito de autor demandam sua materialização em um suporte físico. Quando analisamos outros direitos da personalidade, como a vida, a integridade física, a honra etc. não vamos encontrar essa necessidade de materialização em um suporte físico, o que, sem nenhuma dúvida, aproxima bastante a imagem-retrato dos direitos de autor". Mais adiante, o mesmo autor pontua a distinção entre eles: "Na verdade, a diferença está na matriz desses direitos. A imagem-retrato encontra proteção, ainda que não corporificada, enquanto ideia, matriz do Direito de Autor, por expressa previsão legal não encontra respaldo no ordenamento jurídico. É dizer: as duas faces do direito à imagem são protegidas, o mesmo não ocorrendo no âmbito dos direitos do autor, onde somente se outorga proteção para a criação do espírito materializada" (ZANINI, 2015, p. 151).

Amiúde, o que se percebe é que para o autor acima mencionado, assim como para boa parte da doutrina analisada, o *direito à imagem* é um só, tanto para a proteção do direito da personalidade quanto para a exploração da imagem. Porém, seguindo esta linha, torna-se difícil explicar como um direito da personalidade, sendo inalienável, pode apresentar conteúdo patrimonial, de sorte que a explicação mais próxima seria a de se utilizar da analogia com o direito autoral e reconhecer um conteúdo pessoal e outro econômico.

Esta aproximação entre os dois pode ser entendida, haja vista que o direito de imagem tem a sua proteção, originalmente, associada ao direito autoral, porém, com o passar dos anos este enquadramento se mostrou incapaz de solucionar os conflitos existentes (AFFORNALLI, 2012).

Todavia, a despeito de entender os motivos trazidos pelos autores que defendem o conteúdo patrimonial do *direito à imagem*, enquanto direito da personalidade, o que existe é uma compreensão que não conjuga as diversas normas jurídicas incidentes sobre a imagem projetada, fazendo com que se acredite que exista uma natureza dúplice (moral e patrimonial) numa expressão da personalidade, quando, na verdade, existe apenas um aspecto moral, inerente à própria imagem, e um aspecto patrimonial externo à pessoa, que decorre da valorização da *projeção da imagem*.

Neste sentido, no plano jurídico, considerando os conceitos ora trazidos, há razão em se compreender a teoria monista, pois sobre a imagem paira o *direito à imagem* cujo conteúdo é inegavelmente moral, decorrente do direito da personalidade[112]. Contudo, o potencial econômico surgido com a *imagem* decorre da sua *projeção* numa obra e a possibilidade de sua reprodução, o que representa um meio externo à própria imagem. Desse modo, ao contrário da obra, que possui natureza dúplice, haja vista que reúne aspectos morais e patrimoniais numa mesma manifestação (junção do físico com o intelectual), na imagem existe uma subordinação do aspecto patrimonial ao moral que, embora não lhe seja a sua

[112] Esta ilação também foi defendida por David Festas (2009). Neste sentido, dois pensamentos deste autor merecer ser aqui citados. O primeiro deles, fazendo uma comparação com a propriedade intelectual, o autor entende que o direito à imagem, diferentemente de um direito intelectual, tem a sua existência ligada à personalidade do seu titular e não pode ser dissociada deste. Vejamos: "Diferentemente dos direitos sobre bens imateriais, os direitos de personalidade, como o direito à imagem, não dizem respeito a interesses autonomizados ou emancipados das pessoas, mas sim a interesses personalíssimos, intrinsecamente conexos com a personalidade do seu titular" (FESTAS, 2009, p. 133). O segundo, analisando o bem jurídico tutelado, o autor defende que o objeto de proteção se encontra ligado aos valores pessoais, nos seguintes termos: "A imagem, enquanto bem de personalidade, está intimamente conexa à personalidade do titular. Como já notámos, a imagem é o meio por excelência de projecção de valores pessoais da personalidade. Essa projecção pode ser realizada em sentido vantajoso ou desfavorável para o titular." (FESTAS, 2009, p. 135). Nestes termos, é possível compreender que o conteúdo econômico da imagem está ligada ao direito da personalidade, encontrando o seu fundamento na exploração do mesmo e a possibilidade de geração de ganhos econômicos através deste aspecto econômico.

essência, enquanto um direito da personalidade, é capaz de permitir uma proteção complementar, de natureza pessoal (obrigacional), ante a exploração econômica indevida.

Assim, proteção complementar do *direito "à" imagem*, que afeta especificamente a reprodução com finalidade econômica, consiste no *direito "de" imagem* que somente pode ser conjugado por se considerar a existência de uma defesa à personalidade contra a reprodução da imagem. Outrossim, tem-se que a imagem existe em si mesma, mas a sua violação se dá através de uma projeção ilegal. Com esta, surge o *direito à imagem* que abrange todo tipo de reprodução ilegal e, dentro desta, encontra-se a proteção econômica do sujeito (*direito de imagem*), que nada mais é do que uma proteção jurídica conferida para que seu titular possa utilizar de sua imagem projetada para alcançar ganhos econômicos, a partir da vedação ao enriquecimento sem causa[113].

A ideia de compreensão do conteúdo patrimonial ligado à personalidade foi defendida por David Festas (2009), que, entendendo o direito à imagem como um direito patrimonial[114], justifica que a separação entre os dois aspectos (patrimoniais e da personalidade) advieram de um momento em que os direitos da personalidade precisavam se afirmar diante da lógica patrimonialista existente. Para o autor, o conteúdo patrimonial do direito à imagem foi redescoberto perante um contexto econômico e social de maior valorização da imagem e, no âmbito jurídico, a partir da separação norte-americana entre o *right privacy*,

---

[113] Em pesquisa realizada, David Festas aponta que a maioria do autores alemães aceita a possibilidade de se reconhecer a aplicação do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa para um direito da personalidade. Neste sentido, o referido autor cita que se mostra contra e favorável. Senão, vejamos: "No seio do debate sobre a possível aplicação a alguns direitos de personalidade do enriquecimento sem causa, enriquecido pela existência de diversos arestos sobre o tema, ERNST-JOACHIM MESTMÁCKER reconhece o significado patrimonial de alguns direitos de personalidade, mas assinala que, sendo o direito à imagem um direito de personalidade e não um direito de propriedade intelectual, não visa atribuir ao titular um domínio sobre um objecto jurídico-patrimonial. Neste sentido, entende MESTMÁCKER que, em caso de aproveitamento não consentido de bens de personalidade, não é possível recorrer ao enriquecimento sem causa porque os direitos de personalidade não têm conteúdo da Destinação" (FESTAS, 2009, p. 117-118). Por outro lado, compreendendo a possibilidade: "HUBMANN, por sua vez, sustenta que não é possível recorrer ao enriquecimento sem causa relativamente ao "direito geral de personalidade" já que, do seu enquadramento constitucional, resulta claro que aquele não se destina à comercialização. No entanto, verificados determinados pressupostos, defende HUBMANN que pode admitir-se esse recurso relativamente a direitos de personalidade que estejam legalmente regulados e que tenham conteúdo patrimonial, como o direito à imagem" (FESTAS, 2009, P. 118-119).

[114] Neste sentido, vale ressaltar que o autor defende que a qualificação dos direitos da personalidade em patrimoniais não deve ser feita em abstrato, mas se valendo de critérios, pois não basta que a situação jurídica seja passível de avaliação pecuniária, mas que permita o aproveitamento através de uma contrapartida econômica (FESTAS, 2009). Para o autor, existem três momentos importantes para o reconhecimento do conteúdo patrimonial do direito à imagem: o primeiro, na construção da teoria dos direitos da personalidade (por Gierk e Keybner), com a sua negação por doutrina e jurisprudência predominantes; o segundo, passa a ser jurisprudencialmente reconhecido, sobretudo no caso de Paul Dahlke, valendo-se da vedação ao enriquecimento sem causa e terceiro, a partir dos anos 1980, em que a matéria passa a ser tratada para além do enriquecimento sem causa (FESTAS, 2009).

voltado aos valores da personalidade, e o *right publicity*, voltado aos valores patrimoniais (FESTAS, 2009).

Segundo David Festas (2009) o reconhecimento do conteúdo patrimonial da imagem é de ordem fática, uma vez que existe um mercado de aproveitamento econômico da imagem, que veio a ser juridicamente permitido pelo ordenamento jurídico português (art. 79º/1 do Código Civil lusitano, dentre outros dispositivos), que assegura o direito de exclusivo ao seu titular. Neste sentido, o conteúdo patrimonial do direito à imagem contempla tanto uma dimensão negativa, ao proporcionar o direito de impedir a reprodução ilegal da imagem de alguém, quanto positiva, ao proporcionar o aproveitamento econômico por parte do seu titular (FESTAS, 2009).

Não obstante, vale frisar que a imagem, enquanto fenômeno físico (imagem-retrato) ou moral (imagem-atributo), representa manifestações ligadas à pessoa que, quando negociadas para a exploração econômica, por si mesmas, não atingem, diminuem ou comprometem o valor pessoal tutelado, isto é, não afetam o bem jurídico imagem, visto que o que se utilizará numa negociação tem como fato gerador o que foi captado por uma obra e o que protege a pessoa em si.

Desse modo, ao autorizar a exploração da sua imagem numa propaganda, por exemplo, o sujeito não fica sem a sua própria imagem em prol do negócio jurídico. Isso não seria concebível nem fática nem juridicamente. O que ocorre é que os aspectos físicos e morais podem ser retratados, reproduzidos, ou seja, projetados numa plataforma que permite que a mesma seja explorada. Logo, o núcleo da tutela do *direito à imagem* não foi atingido diretamente, pois o indivíduo não fica sem a sua imagem, enquanto expressão física, embora esse direito possa ser violado, em sua expressão moral, quando a proteção for usada de forma equivocada e ilícita.

Sendo assim, com a compreensão do fenômeno da *projeção da imagem*, pode-se entender que a mesma está dividida em duas: uma, a imagem em si, integrante do ser humano e outra, a sua representação lançada num meio distinto da pessoa (retrato) ou da sua compreensão social (atributo), o que somente ocorre através de uma obra (fotografia, filme, desenho etc.).

Decerto, é necessário se distinguir os elementos integrantes da relação oriunda desta captação da imagem, para se compreender o fenômeno da sua alienação. Com efeito, a imagem captada por uma câmera fotográfica, por exemplo, gera três relações distintas no direito: uma, é direito de personalidade para a pessoa retratada; duas, é direito autoral para aquele que retrata e três, é direito conexo para aquele que projeta, isto é, aquele que explo-

ra (publica), ou se coloca em condição de publicar, o conteúdo da imagem captada. Portanto, nota-se que o direito de projeção da imagem não existe sem a produção de uma obra, de sorte que a existência daquele está condicionada à existência desta.

Nesse sentido, percebendo as diferentes formas com que a imagem poderia ser tratada pelo direito brasileiro, Carlos Alberto Bittar (2006) já defendia se tratar de um direito conexo, como ao autor no caso da interpretação que não se confunde com o direito autoral propriamente dito. Contudo, note-se que, de acordo com esta visão, a abordagem foi destinada ao direito à imagem, de modo que os aspectos pessoais e econômicos tentam ser explicados na mesma manifestação jurídica, num instituto direcionado à proteção da pessoa. Desse modo, as teorias que se debruçam sobre o tema incorrem no mesmo erro de tentar explicar os fenômenos econômicos e patrimoniais na imagem, amparadas pelo *direito à imagem*, sem perceber que a imagem é distinta de sua projeção, captada numa obra.

O Direito Conexo é entendido como um direito paralelo ao Direito de Autor estando a este relacionado. Neste sentido, o movimento de proteção dos Direitos Conexos no mundo adveio da insurgência de artistas, intérpretes ou executantes, ou de empresários de setores de gravação (fonograma) ou de transmissão (radiofônico), em que o trabalho destes sujeitos, mesmo ligado à obra e integrante do processo de criação, estaria desprotegido pela utilização e reprodução. Este é, pois, o contexto que também se insere a projeção. Se compreendida como um meio (obra) no qual se insere o bem que possui um valor para a sociedade (imagem) e este pode ser reproduzido várias vezes, com a divulgação e circulação desta obra que contém a imagem, há que se compreender que a "projeção" é parte do conteúdo da execução e da publicação de uma obra, o que a coloca como um direito conexo.

Ademais, dessa decorre também o *direito de imagem*, que é outro elemento para ser compreendido no processo de exploração de uma obra. O *direito de imagem* não é voltado para a proteção da imagem enquanto bem da personalidade, pois este é o papel do *direito à imagem*. Ao contrário, porém, ele representa um conteúdo obrigacional e econômico que permite ao sujeito, que teve a sua imagem explorada economicamente por alguém, possa receber uma contrapartida econômica por esta exploração. Trata-se de um cachê como retribuição, que, a despeito de não haver uma previsão expressa, cumpre o princípio da vedação do enriquecimento sem causa presente no direito privado.

Nesse sentido, ressalte-se que o *direito à imagem* nasce da busca pela proteção da pessoa que se dá, dentre outras formas, com o poder de se recusar ter a sua imagem projetada numa obra, ao passo que o *direito de imagem*, não representando uma negativa sobre a

utilização, representa a possibilidade de exigir um pagamento pelo proveito econômico obtido coma a *projeção da imagem*.

Por conseguinte, a imagem proporciona três relações jurídicas distintas que se inter-relacionam. Sendo assim, na hipótese de uma empresa contratar o serviço de um fotógrafo para retratar um artista para uma campanha publicitária, podem ocorrer as seguintes situações: se o retrato for divulgado sem a autorização do artista, este terá ferido o seu direito à imagem; se for publicada sem a identificação do fotógrafo, este terá ferido o seu direito autoral e, por fim, se for utilizada pelo fotógrafo sem a autorização da empresa que o contratou, poderá violar o direito conexo de projeção da imagem.

A *projeção da imagem*, assim, envolve uma relação complexa, pois depende de dois outros elementos: a imagem e a obra. Logo, seu exercício, de acordo com a lei, depende de uma compatibilização entre o direito da personalidade (*direito à imagem*), que se mantém ao longo do processo, não sendo, pois, absorvido por este, e o direito autoral de quem realizou a captação da imagem. Esta relação somente se estabelece quando houver uma pessoa envolvida na captação ou um nítido destaque da mesma, caso contrário, somente haverá direito autoral e a obra poderá ser classificada como plena.

Nesse contexto, nota-se que o *direito projeção da imagem*, que consiste na sua exploração, que pode ou não envolver contrapartida econômica, não se confunde com o *direito à imagem*, que permite a proteção conforme os direitos da personalidade. Doravante, o objeto de uma eventual alienação, que pode vir a representar o conteúdo econômico ou patrimonial da imagem, compõe o conjunto que é a projeção, que consiste na reprodução ou na divulgação da obra, isto é, sobre a sua reprodução numa obra, de modo que este bem é que se considera disponível e, por conseguinte, poderá ser o alvo de uma eventual negociação.

Destarte, nota-se que o *direito de projeção de imagem* decorre de uma obra que capta essa expressão pessoal no seu processo de criação, consentida ou não, e convive, de forma independente, com esta, visto que existe independentemente de autorização do titular, como ocorre com a apresentação do retrato de um criminoso procurado. Portanto, o *direito de projeção da imagem* não se confunde com o direito autoral e não é englobado por este. Desse modo, embora o *direito de projeção da imagem* esteja associado à obra, pois não poderia ocorrer sem esta, consiste uma relação paralela ao trabalho autoral, haja vista que representa suas formas de publicação, o que o coloca, indiscutivelmente, como um direito conexo.

Ao se definir que a natureza jurídica do direito de projeção é de direito conexo, o presente trabalho não desafia a tipicidade deste e dos direitos autorais, em que se exige uma previsão legal expressa, o que não ocorre com o *direito de projeção da imagem*. Com efeito, os *direitos de projeção da imagem* aqui tratados não representam categorias novas de Direito, mas abordagens novas sobre os direitos existentes, por se entender estas mais adequadas para a harmonização das relações sociais, o que representa o próprio escopo da ciência jurídica.

Assim, o *direito de projeção da* imagem está presente no direito de publicar, de executar, de divulgar, de levar ao conhecimento público de determinado fato ou conteúdo. O *direito de imagem*, por exemplo, está presente em algumas demandas, quando um atleta os valores decorrentes do direito de arena; um ator cobra pelo cachê, que não foram devidamente pagos; ou quando uma obra for lançada em outro meio, não previsto no contrato inicial com o seu autor, sem a devida remuneração, mas como nomes específicos provenientes da Lei de Direitos Autorais. Por outro lado, o *direito sobre a projeção da imagem*, por exemplo, é aquele decorrente da remuneração advinda da emissão, da transmissão ou retransmissão de uma obra.

Desse modo, embora os direitos conexos tenham o seu fundamento na vedação pelo enriquecimento sem causa, a utilização específica da lei sobre as categorias contempladas nos direitos autorais deixa sem proteção alguns sujeitos do processo de criação da obra, que não se encontram necessariamente contemplados como categorias profissionais de atores, intérpretes, atletas etc., independentemente de gerar ganhos ao projetor com a exploração dos trabalhos.

Deveras, supondo que a imagem de alguém, não abrangido pela condição de artista, venha a ser utilizada sem o seu consentimento para a geração de renda, haverá inegável dano moral pela violação ao *direito à imagem*. Porém, se esta mesma pessoa não se opuser ao uso comercial, não poderia receber um valor pela utilização não remunerada, que representa um *direito de imagem*, uma vez que não se encontra abrangida pela Lei de Direitos Autorais? A resposta negativa não parece coerente com a estrutura do Direito Privado.

Neste sentido, o *direito de imagem* se mostra menos abrangente que o *direito à imagem*, porém, mais abrangente que os direitos conexos típicos, que protegem, por exemplo, artistas e atletas, por não exigirem uma condição profissional e voltar-se a proteção da pessoa. Da mesma forma, uma pessoa famosa, que não esteja numa atuação profissional também possui uma pretensão de natureza econômica sobre o proveito advindo com a exploração da projeção de sua imagem.

A partir de então, o reconhecimento de um conteúdo patrimonial decorrente da proteção do *direito à imagem* se mostra tanto evidente quanto necessário ao Direito. Este, por sua vez, não anuncia a mercantilização dos direitos da personalidade, colocando-se como bens patrimoniais ou aferíveis economicamente, mas apenas que eles são capazes de gerar proteções patrimoniais, quando os efeitos destes tenham repercussão no mercado.

Sendo assim, a análise sistemática trazida por esta pesquisa se mostra viável, tanto para a aplicação em relações profissionais de uso da imagem, contempladas pela Lei de Direitos Autorais e outras afins, quanto em casos de produções realizadas de forma amadora, de vídeos e imagens lançados em redes sociais que são capazes de promover a geração de contrapartidas econômicas a seus exploradores, por encontrar os mesmos fundamentos que embasam as categorias aqui trabalhadas.

Doravante, de acordo com esta compreensão sobre a existência de um direito conexo que envolve esta projeção da imagem, que convive com o direito autoral e com o direito à imagem, mostra-se importante identificar, neste momento, quem é considerado o titular deste direito.

### 4.2.4 O titular do direito de projeção da imagem

A titularidade do direito de projeção é um aspecto importante a ser analisado, por identificar quem será o legitimado a exercer os direitos que envolvem a divulgação da imagem projetada, e, como corolário deste, o *direito sobre a projeção da imagem*, econômicos ou não, ou responder pelas eventuais lesões causadas pelo uso ilícito.

Nesse sentido, considerando a existência de uma relação trilateral na exploração da imagem, composta pelo detentor do direito à imagem, o autor e detentor do direito de exploração, tem-se, assim, sob o olhar do fenômeno da projeção, um *projetor direto*, um *projetor indireto* e o *projetado*. Destarte, o primeiro, o *projetor direto*, é aquele que deterá os direitos sobre a imagem e irá utilizá-la, o segundo, o *projetor indireto*, é o autor que participa do processo de captação e o terceiro, o *projetado*, é aquele cuja imagem integra a obra. Esta relação apontada, aliás, é um exemplo de uma *projeção perfeita* ou *própria*, em que cada sujeito ocupa um papel específico e determinado na relação.

Contudo, nem sempre a relação depende da existência de três polos de interesses em sujeitos distintos. Deveras, tendo em vista os avanços tecnológicos, os meios de publicação foram facilitados e, em alguns casos, pode-se verificar que o próprio responsável pela captação da imagem se incumbe de publicá-la. Sendo assim, o projetor cumula a função de também divulga-la, de modo que pode ser projetor direto e indireto ao mesmo tem-

po, quando se pode falar em *projeção imperfeita* ou *imprópria*, considerando que o titular dos direitos autorais será o mesmo dos direitos conexos.

É interessante notar que esta divisão, entre os três polos de interesse, é bastante nítida quando envolve grandes empresas, como as de comunicação e entretenimento. Contudo, diante da facilitação dos meios de publicação, atualmente o próprio autor de uma obra pode realizar a sua exploração direta utilizando até mesmo um aparelho de celular, o que deu maior poder àqueles que estavam fora das relações das grandes empresas do setor. Diante disso, deve-se distinguir que cada polo possui um direito específico em questão, sendo: um o *direito à imagem*, que consiste preservar o valor da imagem de alguém da exploração ilegal por terceiros; dois, o *direito autoral*, de produzir obras que contenham a imagem de alguém, como o retrato, vídeo, desenho e, três, o *direito de projeção*, que consiste em divulgar a imagem projetada na obra.

Doravante, o *direito de projeção de imagem*, como tal, é de titularidade do detentor dos meios de reprodução, divulgação ou exposição, que contrata o autor da obra de captação da imagem. Contudo, ao se afirmar isso, não significa que o titular deste direito conexo seja detentor do *direito à imagem*, visto que, como dito anteriormente, este subsiste na obra e na sua publicação, devendo, assim, ser consentida ou autorizada por lei, a fim de que não seja considerada ilícita a projeção.

Logo, na hipótese de uma produtora de uma campanha promocional contratar um fotógrafo, para retratar um artista e este para servir de modelo publicitário, esta produtora é a responsável pela remuneração ajustada com o fotógrafo e com o artista, e, em contrapartida, será a titular dos *direitos de projeção de imagem* envolvidos neste trabalho.

Além disso, ressalte-se que esta condição de titularidade de alguém conferir o bônus da exploração, econômica ou não, também lhe traz o ônus das responsabilidades decorrentes de quaisquer violações existentes nesta relação, seja com o autor, em face dos direitos autorais, seja com o modelo, em face do direito à imagem.

Sendo assim, enquanto no *direito à imagem* a pessoa retratada é o titular do mesmo, no *direito de projeção*, o titular será o detentor dos meios voltados para a publicação da obra ou de sua captação, que pode ser o próprio artista ou uma pessoa física ou jurídica que o contrate e tenha a autorização necessária para a inclusão de uma pessoa no trabalho final, ou, na ausência do consentimento, tenha feito nos casos autorizados por lei, sob pena de incorrer nas responsabilidades cabíveis.

Desse modo, ao compreender-se a existência da *projeção da imagem* e de suas consequências, tais como o *direito de projeção da imagem*, que coexiste com o *direito à ima-*

*gem* e o seu conteúdo negativo, abre-se a oportunidade para se compreender como estes conceitos podem ser utilizados para explicar a possibilidade de alienação da imagem captada por uma obra, como se analisará a seguir.

### 4.2.5 A projeção da imagem e a possibilidade de alienação

A imagem, enquanto conteúdo do *direito à imagem*, apresenta-se como um bem indisponível, pois, apesar de ganhar valor de mercado num sistema capitalista, como, por exemplo, ganha a opinião de um especialista renomado sobre determinado assunto, a possibilidade de autorização não nasce dela em si, enquanto integrante da personalidade, mas da sua interação desta com a obra.

Com efeito, a imagem não pode ser negociada, porque o indivíduo não pode ser privado dela, nem jurídica nem fisicamente, como poderia fazer, por exemplo, com um carro ou uma casa em que o bem jurídico é transferido para outra pessoa. Nesse sentido, defende Maria Cécília Naréssi Munhoz Affornalli (2012, p. 57):

> Aventa-se a possibilidade de tratar-se de contrato de cessão de direitos sobre o uso da imagem. Todavia, por ser a própria imagem um direito personalíssimo, ela não pode ser objeto de cessão a terceiros; até porque o seu titular não se priva da faculdade de dela usufruir. Portanto, com o "contrato de imagem" o representado não cede o seu direito à imagem, ele não se priva do uso de sua imagem.

Assim, o que se admite negociar não é a imagem, objeto do direito à imagem, mas sim o uso que se fará de uma reprodução dela[115] (BORGES, 2010). Neste sentido, este uso não pode se dar por via direta, uma vez que a imagem não se destaca do seu titular, não podendo, pois, ser subtraída do indivíduo e transferida a outrem, mas a projeção desta imagem que se encontra captada numa obra.

Por oportuno, vale trazer a lição de Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2010, p. 5-6) que ressalta justamente o fato de a transmissão se dar sobre aspectos externos à personalidade do titular, nos seguintes termos:

> Na verdade, o direito de personalidade, em si, não é disponível stricto sensu, ou seja: não é transmissível nem renunciável. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. Ou seja: a imagem não se separa do seu titular original, assim como sua intimidade. A imagem continuará sendo daquele sujeito, sendo impossível juridicamente – e até fisicamente – sua transmissão a outrem ou, mesmo, sua renúncia. Mas aspectos jurídicos do exercício do direito de personalidade podem ser cedidos, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade de uso. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade. O exercício de alguns direitos de personali-

[115] De acordo com a lição de Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2010, p. 13): "Não é o direito de imagem que em si é transferido, mas apenas a autorização para uso do registro da imagem, através de fotografias, filmagens, desenhos etc. Assim, em geral, o contrato estabelece direitos e obrigações ao licenciado e ao licenciante. Licenciante é quem autoriza o uso de sua imagem, outorgando direitos ao licenciado; o licenciado é quem adquire o direito de usar do registro da imagem do licenciante".

> dade pode, sim, sofrer limitação voluntária, mas essa limitação é também relativa.

Logo, o direito de projeção é um reflexo de uma *imagem projetada*, que coexiste na própria obra. Desse modo, a exploração se dá por meio de uma obra que contém a imagem (projeção) e não em decorrência da imagem em si mesma.

Neste caso, o titular do direito à imagem não cede a imagem em si, mas tão-somente autoriza o seu uso na obra, numa declaração de abstenção de exercer o direito negativo da personalidade, que transcende os direitos sobre a obra. Por conseguinte, a dita "cessão" desta imagem projetada está amparada na compreensão da disponibilidade relativa dos direitos da personalidade, pois esta não atinge o direito à imagem, mas alguns aspectos decorrentes desses direitos (BORGES, 2010).

Diante desse contexto, saliente-se que, em relação à exploração econômica da imagem de uma dada pessoa por seu titular, a hipótese de não se tratar de uma projeção se resume a uma aparição ao vivo, com o indivíduo utilizando determinado produto para atender a uma campanha publicitária. Deveras, no momento do ato da aparição em si, não há que se falar em projeção, só em imagem, pois esta não foi captada por nenhuma obra. Neste momento, como extensão do seu corpo, a pessoa não "cede" a sua imagem para a dita campanha publicitária, porque estes elementos não podem ser afastados de si para integrar à marca, porém, ao contrário do que a lógica utilizada pela linguagem mercadológica, que entende existir uma dita "cessão de imagem", a pessoa "aceita" usar em seu corpo o material publicitário com a possibilidade de ganhar dinheiro.

Note-se que existe uma diferença considerável, pois ao ceder seu corpo para uma determinada campanha, o indivíduo coloca valores indisponíveis a serviço dos disponíveis, ao contrário do que se entender que, na verdade, não há alienação, mas sim uma aceitação. Este uso do corpo não diminui os valores personalíssimos existentes, como ocorre com as competições desportivas profissionais, com a prostituição, com o tratamento médico experimental consentido, na maioria das vezes, admitidos no Direito, que somente apresentam os riscos inerentes ao próprio trabalho, tais como a lesão e a doença.

Desse modo, não é compreensível se defender que exista um contrato para o "uso de imagem" no sentido de que esta é "vendida/cedida" pelo seu titular, visto que, na prática, a imagem não pode ser "usada", colocando-se o ser humano como meio para determinado fim, nos termos da proteção da dignidade humana. Doravante, o que existe, de fato, são duas coisas: uma, o consentimento para o uso de material publicitário (direto ou indireto) e duas, o consentimento para que a *projeção da imagem* e a utilização desta. Ambas

comporiam a mesma espécie contratual que consiste numa relação de associação da imagem à marca (produto/serviço).

Tanto é assim, a pessoa que usa a marca e não o contrário, que este tipo contratual não possui, na sua essência, a exclusividade, como ocorre com alguns atletas que expõem diversas marcas em suas aparições. Destarte, a imagem de alguém não se encontra atrelada à exclusividade por sua própria natureza, a não ser por previsão contratual expressa. Porém, é uma cláusula muito usada que decorre da conveniência empresarial referente à concorrência e não da essência deste tipo contratual.

Portanto, nestes casos de fins publicitários, considerando a natureza do direito à imagem, o que existe é uma autorização para a associação da imagem à marca, que se dá tanto diretamente, por um meio de uma apresentação ao vivo, quanto indiretamente, por meio da projeção da imagem.

A autorização para o uso da imagem é necessária para a sua captação e a sua divulgação. Isso porque a imagem captada pela obra não é absorvida por esta, fazendo cessar o direito da personalidade. Com efeito, mesmo tendo sido integrada a uma obra, o direito à imagem do seu titular permanece diante do autor da obra criada, porque o seu conteúdo negativo, voltado à proteção da pessoa humana contra atos atentatórios, está direcionado, justamente, para impedir a projeção e a divulgação ilícitas.

O direito à imagem possui conteúdo negativo, como ocorre com os direitos da personalidade, pois impede a exposição desta imagem, embora não esteja restrito a este[116]. Por isso, o conteúdo desse direito sempre pode representar um limite para a projeção da imagem. Sendo assim, o direito de projeção da imagem se relaciona diretamente com o direito à imagem, podendo estar em conformidade, a partir do consentimento de todos os envolvidos no processo de projeção, ou autorização legal, ou em conflito, em caso o retrato ou a divulgação contrastem com a proteção da personalidade.

Desse modo, a projeção apresenta duas fases, na primeira há uma autorização para a captação da imagem que consiste na sua reprodução, a partir de uma obra. Na segunda, tem-se o momento de divulgação da obra. Em ambos os casos, exige-se autorização para a

---

[116] De acordo do Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2010, p. 9): "Ora, ao abandonar uma visão exclusivamente negativa de direitos de personalidade que os concebe como poderes de proteção daqueles bens contra intervenção alheia, e ao perceber que os direitos de personalidade são muito mais que isso, por facultarem ao sujeito posições jurídicas que permitem à pessoa perseguir ativamente finalidades jurídicas de seu interesse concluímos, como José de Oliveira Ascensão, que não se trata de "meras proibições genéricas [dirigidas a terceiros] de atos ofensivos" aos direito de personalidade de alguém; mais que isso, os direitos de personalidade conferem ao sujeito uma esfera de autonomia para exercê-los segundo seus interesses pessoais, verificando-se uma "afetação jurídica que cria um espaço de autonomia".

realização do ato de projeção, podendo ocorrer uma autorização tácita no primeiro e, necessariamente, expressa no segundo, tendo em vista a possibilidade de exposição ao público. Neste sentido, Maria Cécília Naréssi Munhoz Affornalli (2012) defende que, embora seja concebível a autorização presumida para a captação da imagem (retrato), ao se buscar a difusão, será necessário ter duas autorizações distintas, uma para a fixação no suporte material e outra para a sua divulgação.

Ora, considerando que o *direito de projeção de imagem* é direito conexo e o *direito à imagem* é da personalidade, mostra-se razoável a exigência de autorização expressa para a sua exploração, uma vez que os contratos autorais devem ser interpretados de forma restritiva, conforme determinação do art. 4º da Lei nº 9.610/98. Além do *direito à imagem,* quando a projeção for utilizada com o cunho econômico e o fundamento do questionamento for o enriquecimento sem causa, a projeção confronta o *direito de imagem*, que também exige o consentimento.

Sendo assim, caso aquele que for utilizar a projeção da imagem não esteja devidamente autorizado pelo titular da imagem, ou diante de uma condição de limitação do direito da personalidade, poderá ser responsabilizado tanto pelo uso ilegal, quanto pelo excesso cometido diante de uma autorização que lhe foi dada.

Desse modo, uma vez considerada a possibilidade de alienação decorrente da projeção da imagem, que será usada por terceiro (projetor), e da consequente necessidade de aquiescência do seu titular aos processos de captação e divulgação, sendo que este último deve ser expresso, impende trazer ao estudo os elementos que envolvem o contrato sobre o uso dessa imagem.

### 4.2.6 Do contrato de imagem

No que diz respeito ao contrato sobre o uso da imagem, muito conhecido no direito brasileiro como "contrato de imagem", este envolve o titular do *direito à imagem* ou do *direito de imagem* e o titular do *direito de projeção da imagem*, que será o responsável pela exploração e pela atenção aos direitos da personalidade envolvidos.

No dizer de Orlando Gomes (2008, p. 11), o contrato pode ser entendido como "o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam." Desse modo, partindo de uma proposta mais alinhada com o Código Civil de 2002 e com os princípios a ele incidentes, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012b, p. 49), o colocam como sendo "um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função

social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia de suas próprias vontades."

Na sistemática pós-moderna do Direito, considerando a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, o mesmo pode ser compreendido numa perspectiva mais ampla, pois se mostra como uma relação complexa e solidária, tanto por não restrita ao aspecto patrimonial e nem restrito a vontade das partes[117] (NALIN, 2003).

Por conseguinte, a extensão do conteúdo do negócio jurídico nessa perspectiva pós-moderna, que abre a possibilidade das negociações de conteúdo existenciais, permitiria compreender o contrato de direito de imagem (ou de uso de imagem), com conteúdo econômico, dentro de uma perspectiva monista, como defende GLITZ; TOAZZA (2017, p. 368-369):

> As pessoas têm direito de explorar comercialmente sua imagem, porém a proteção dos valores econômicos, patrimoniais e comerciais da imagem afetam bens jurídicos distintos daqueles que são próprios dos direitos da personalidade, assim esses valores são dignos de proteção, mas não são parte do conteúdo do direito fundamental da própria imagem previsto na Constituição. O direito garantido pela Carta Magna, por seu caráter personalíssimo, limita sua proteção à imagem como elemento da esfera pessoal, imprescindível para o seu próprio reconhecimento como indivíduo.

Nesse contexto, o direito à imagem continuará sendo direito da personalidade, mas teria um regime jurídico próprio no que se refere à comercialização da imagem (GLITZ; TOAZZA, 2017). Trata-se de um pensamento bastante aceito na doutrina contemporânea, como forma de justificar a possibilidade de negociação de um direito da personalidade, a princípio inalienável, como direito único, oriundo da teoria monista, que tenta explicar a dualidade dos aspectos patrimoniais e morais no conteúdo do direito à imagem.

Contudo, este posicionamento desafia a própria validade do negócio jurídico, visto que este precisa ter, para o reconhecimento de sua validade, os seguintes elementos essenciais: a) *agente capaz*; b) *objeto lícito, possível e determinado* e c) *forma prescrita ou não defesa em lei* (art. 104 do Código Civil). Amiúde, de acordo com Orlando Gomes (2008) estes elemento se referem a pessoa apta para a realização do negócio; objeto[118] adequado

---

[117] De acordo com a doutrina de Paulo Nalin (2003, p. 255): "De qualquer modo, mesmo com as advertências antes mencionadas, de se arriscar, se não um conceito, uma proposta de asserção, a partir da qual se pode começar, sendo o contrato interprivado a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros. A perspectiva constitucional do contrato é determinante para se declarar insuficiente qualquer conceito que o reduz à fórmula do acordo de vontades, destinados a produção de efeitos jurídicos constitutivos, modificativos ou extintivos da relação jurídica".

[118] De acordo com Orlando Gomes (2008, p. 54), a idoneidade do objeto pode se dar de duas formas, uma técnica e outra de política legislativa. Neste sentido, "A idoneidade por motivos técnicos ocorre quando as partes utilizam contrato que não comporta o objeto, como o comodato de coisas consumíveis ou penhor

aos fins propostos pelos contratantes, tal como os inalienáveis que não podem ser negociados, e a observância à forma ou solenidade quando exigida, considerando que, em regra, são livres de formalidade.

Nesse sentido, a importância do presente estudo incide justamente sobre a validade do negócio jurídico, envolvendo o uso da imagem, visto que o objeto somente se configura como lícito se o mesmo puder ser utilizado da forma como negociado entre as partes. Ora, em se considerando uma negociação sobre o uso da imagem, que, em regra é inalienável, o acordo de vontade encontra o óbice da idoneidade para a sua validade; ao passo que, em se considerando que a projeção da imagem é que é o objeto da negociação, não encontra nenhum impedimento pelos direitos da personalidade.

Sendo assim, no caso específico do contrato de imagem não se pode falar em venda, por não se tratar de bem material, nem de cessão, uma vez que, como visto anteriormente, a imagem não é cedida, pois o seu titular não se transfere a imagem para que outra pessoa dela fazer uso. O que existe é uma autorização ou uma licença para uso ou uma permissão, para que terceiro venha a utilizar o bem jurídico.

A autorização, em sentido restrito, representa uma abstenção de impedir de usufruir da proteção inerente aos direitos da personalidade para impedir a veiculação da projeção da imagem. No caso da licença, de acordo com Leonardo Estevam de Assis Zanini (2018) o contrato de licença é compreendido como um negócio jurídico no qual o licenciador concede a outrem (licenciado) a possibilidade de exploração de bem ou direito, o que envolve também os direitos da personalidade, dentre os quais a imagem, mediante o pagamento de *royalties*.

Por conseguinte, saliente-se que a autorização se mostra adequada nos casos em que a captação da imagem se dê de forma que não enseje uma exploração econômica direta da imagem, como ocorre numa entrevista para um jornal ou uma revista, o que envolve o *direito à imagem*; ao passo que a licença será adequada nos casos em que o detentor do direito à imagem consente que o titular do direito de projeção da imagem explore economicamente (*direito de imagem*), a exemplo de um vídeo para um filme ou uma propaganda, em que o ator recebe para atuação e, em contrapartida, a produtora assume as negociações seguintes. Da mesma forma, é possível que alguém que integre a um filme, como fi-

---

de bens imóveis. Dir-se-á melhor que, nesses casos, o contrato tem falsa causa, visto que há desvio de sua função econômica." Mais adiante, explica a outra "Outras vezes, razões de política legislativa levam o legislador a proibir que certos interesses sejam objeto de relação contratual. Não se permite, por exemplo, que a herança da pessoa viva constitua objeto de contrato. Diz-se que há impossibilidade jurídica. Objeto inidôneo são ainda os bens sobre os quais o titular não tem poder de dispor (inalienáveis)" (2008, p. 54).

gurante, não celebre um contrato de licença, mas apenas de autorização para que a sua imagem seja utilizada em determinada cena, o que não demonstra que os dois institutos possuem finalidades distintas, embora parte da doutrina divirja qual seja a mais adequada para tratar de utilização da imagem[119].

Desse modo, o consentimento se dará através de um contrato, cujo objeto é a autorização (em sentido amplo que envolve a autorização em sentido estrito e a licença), para o uso da projeção da imagem, em que deverão constar todas as circunstâncias que envolvem a utilização desta, mesmo porque, numa interpretação restritiva, qualquer uso não devidamente descrito no contrato pode ensejar abuso de direito e o consequente dever de reparação.

Assim, ressalte-se que o consentimento deve ser dado pelo titular da imagem, no exercício do direito de autodeterminação sobre sua imagem que é amplo e se manifesta como uma excludente de responsabilidade pelo seu uso; podendo ser de forma gratuita ou onerosa; expressa ou tácita, não sendo essencial que ocorra na forma escrita, não existindo uma forma legal pré-estabelecida para o instrumento contratual desta natureza (GLITZ; TOAZZA, 2017).

Doravante, Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2010) que estes tipos de contrato devem ser formalizados da forma mais completa possível, tais como os direitos e faculdades envolvidos; a possibilidade de uso do nome; a finalidade do uso; os registros a serem utilizados; as formas com que a pessoa deverá ser mostrada; os veículos de comunicação que serão utilizados para a divulgação; horário e o tempo de exposição da imagem; a possibilidade de remuneração da mesma; forma de pagamento e as proibições.

Em se tratando de uma figura contratual de natureza privada, é importante ressaltar também que o mesmo se submete às regras gerais contratuais estabelecidas pelo Código

---

[119] O presente trabalho entende ser mais adequada a denominação de autorização ou de licença para o uso da imagem projetada, posto não se tratar da imagem em si, mas de uma representação que se constitui noutro direito. Nesse sentido, registre-se que esta denominação não se encontra pacificada, como se pode perceber pelas palavras de Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli (2012, p. 108): "Na discussão sobre a natureza jurídica do "contrato de imagem", apresenta-se visão inédita e diversa dos autores que até então ocuparam-se do tema, não considerando o referido instrumento nem como contrato de aluguel, nem como contrato de cessão, nem como contrato de disposição. Sugere ser um contrato de concessão ou de permissão para o uso condicionado da imagem por terceiros, a título gratuito ou oneroso, e que, a qualquer tempo pode ser denunciado pelo titular do direito à imagem, sem prejuízo de eventual pedido de indenização por danos advindos da antecipada e imotivada retratação do consentimento". Por outro lado, Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2010, p. 13) defende a ideia de licença o que nos parece mais adequado: "Há, na maioria das vezes, um contrato atípico misto, com partes do conteúdo da prestação de serviços ou da empreitada e partes do contrato de licença de uso da imagem, pois, em muitos casos, a realização das fotos ou filmes só serão feitas após o contrato e nas condições especificadas por este, sendo obrigação do licenciante a colaboração com a realização desses itens, posando em ensaios, atuando em

Civil, tais como a interpretação em conformidade com a função social (arts. 421[120] e 421-A[121]) e a boa-fé objetiva (art. 422[122]).

Por conseguinte, pela função social, entende-se que os interesses individuais disciplinados devem ser exercidos em conformidade com os interesses sociais, não podendo haver conflitos entre eles, pois o interesse social deve prevalecer (LÔBO, 2012b); enquanto, pela boa-fé objetiva, entende-se que as partes devem guardar os deveres de lealdade e respeito que norteiam e servem como padrão de interpretação das relações interpessoais habituais (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012b).

Não obstante, ressalte-se que o contrato de projeção de imagem é um gênero que, a despeito de não ser uma figura típica, envolve outros contratos de diversas naturezas, uma vez que, como observa Leonardo Estevam de Assis Zanini (2018), a exploração da imagem pode envolver outras figuras, tais como a licença de marca, o *merchandising*, o patrocínio (*sponsoring*), a franquia e a fotografia, em que a imagem de alguém pode ser associada a um produto ou serviço.

Portanto, a distinção entre *direito à imagem* e *direito de projeção de imagem* ora apresentada se mostra essencial para compreender o fenômeno da exploração da imagem, compatibilizando esta com as garantias restritivas trazidas pelos direitos da personalidade, que asseguram a proteção do ser humano envolvido.

Logo, compreender que existe distinção entre o *direito "de" imagem* e o *direito "à" imagem* também se mostra relevante, sob o ponto de vista prático, pois também implica na adoção de instrumentos jurídicos distintos, bem como de resultados distintos aos bens jurídicos tutelados, considerando um ("à") referente a direito da personalidade e outro ("de") a direito pessoal (obrigacional).

---

estúdios, em sets de filmagem, participando de eventos etc. desse modo, na licença, em geral, autoriza-se o uso comercial da imagem e do nome do licenciante".

[120] Segundo o Código Civil, com a redação modificada pela Lei nº 13.874/2019 e que trouxe o parágrafo único do art. 421 e o art. 421-A, a disciplina da função social do contrato ficou da seguinte forma: "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual."

[121] No outro dispositivo trazido com esta norma, estabeleceu-se restrições às regras interpretativas e de revisão sobre o mesmo, nos seguintes termos: "Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada."

[122] De acordo com o art. 422 do Código Civil: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

Todavia, apesar de promover uma possibilidade de publicação condicionada ao consentimento do retratado (titular do direito à imagem) e do autor da obra, vale dizer que existem situações em que este direito, de conteúdo negativo, pode entrar em conflito com outros direitos de igual importância, tais como o direito à informação que embasa o direito de projeção de imagem, sobretudo dos meios de comunicação, de modo a exigir um trabalho de ponderação, que pode resultar numa tolerância do retratado à existência do retrato sem consentimento.

Nesse sentido, considerando que o direito à informação passa a ser conteúdo essencial para a compreensão dos interesses fundamentais em conflito, parte-se para uma breve apresentação do conteúdo do direito à informação, a fim de se estabelecer, de forma mais clara, a tensão existente.

### 4.2.7 A liberdade de informação e o direito à informação associados ao direito de projeção de imagem

Uma vez analisada a possibilidade de exploração da imagem, através do direito de projeção, tendo este sido realizado em conformidade com o consentimento dado pelo titular, de acordo com o direito à imagem, vale abordar os possíveis conflitos existentes quando não houver a autorização do titular do direito da personalidade, donde será necessário averiguar os limites existentes, para compreender a licitude do ato, que se encontre, em alguns casos, respaldado no direito à informação e à liberdade de informar.

Nesse sentido, o direito de projeção pode ser exercido, ainda que não tenha sido devidamente autorizado pelo titular do *direito à imagem*, quando, no conflito entre os interesses envolvidos, geralmente considerando a *projeção da imagem* como uma *liberdade de informação* e um *direito de informar*, muitas vezes, representando o interesse público, a divulgação da projeção da imagem se mostre mais viável, como garantidora dos interesses constitucionais, que a proteção individual do direito da personalidade envolvido.

Por conseguinte, note-se que não se trata do confronto de um direito fundamental com um direito privado, em que a se possa resolver alegando a hierarquia das normas, mas sim de dois direitos fundamentais, instituídos pela Constituição Federal, visto que o direito de projeção da imagem, ainda que obtido sem o consentimento do titular do direito à imagem, encontra seu respaldo na liberdade de informação para a exploração do conteúdo projetado.

Doravante, o direito à informação pode ser compreendido como um corolário da liberdade de informação, decorrente de uma garantia que advém da própria liberdade de ex-

pressão e manifestação do pensamento. Neste sentido, de acordo com Dirley Cunha Júnior (2018), o conteúdo da *liberdade de informação* compreende três direitos: um, o *direito de informar*, que é a prerrogativa de transmitir informações pelos meios de comunicação; dois, o *direito de se informar*, que é faculdade que uma pessoa tem de buscar informações de seu interesse sem obstáculos e, três, o *direito de ser informado*, que corresponde a faculdade de que alguém dispõe de ter conhecimento sobre fatos ligados ao Poder Público.

Não obstante, ressalta o citado autor que o direito de informar compreende tanto o direito de *transmitir notícias*[123], quanto o de *veicular ideias, críticas e tecer comentários*; sendo, por sua vez, a *notícia* compreendida como a anotação sobre fato ou pessoa de interesse da coletividade e *crítica* como o juízo de valor que se faz sobre o fato noticiado (CUNHA JÚNIOR, 2018). Apesar das explicações acima apresentadas, observa-se que não existe uma denominação unânime em relação a estes direitos, de modo que doutrinadores também apresentam este tema como liberdade de informar, direito de informar, direito à informação, direito de ser informado, que representam as facetas do conteúdo dos direitos ora tratados, sob os diversos olhares.

Nesse sentido, Luiz Gutstavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2003) entende que a mudança do Estado Liberal para o Estado Social exige uma modificação na posição em relação à liberdade de informar, de modo que esta liberdade passou a ser compreendida

[123] Sobre este direito, ressalta Dirley da Cunha Júnior (2018, p. 611): "A essa última espécie de direito se atribui a denominação de *liberdade de informação jornalística*. A liberdade de informação jornalística assegura a difusão pública de notícias e corresponde direito de crítica. Percebe-se, destarte, que o direito de informação jornalística engloba as notícias e as críticas jornalísticas, não podendo a lei impor condições ao seu exercício, que é livre e assegurado constitucionalmente [...]" Mais adiante, em comentário a decisão do STF sobre o Recurso Extraordinário nº 511.961, o autor assim expressou seu pensamento:"[...] Apontou-se que o jornalismo seria uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação, constituindo a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada, razão porque o jornalismo e liberdade de expressão não poderiam ser pensadas e tratadas de forma separada. Por isso, a interpretação do art. 5º, XIII, da CF, na hipótese da profissão de jornalista, teria de ser feita, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, IV, IX, XIV, e do art. 220, da CF, os quais asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral. Mencionou-se também, o que decidido pela Corte no julgamento da ADPF 130/DF (...), no sentido de que, as liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente poderiam ser restringidas pela lei em casos excepcionalíssimos, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Nesse sentido, aduziu-se que o constituinte de 1988 não concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição pelo Poder Judiciário ou pelo Legislativo, mas apenas estabeleceu ser inadmissível que a disciplina legal criasse embaraços a liberdade de informação. Assim, no caso da profissão de jornalista, a interpretação do art. 5º, XIII, em conjunto com seus incisos IV, IX e XIV e o art. 220, da CF, levaria a conclusão de que a ordem constitucional somente admitiria a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que fossem elas fixadas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas [...]".

numa perspectiva além do conteúdo individual, voltada para o aperfeiçoamento da democracia, através dos princípios da igualdade e da dignidade por meio da educação[124].

Amiúde, José Afonso da Silva (2005) defende que a distinção entre o direito à informação e o direito de informar, sendo, o primeiro, um direito coletivo, posto se tratar de um direito da coletividade a ter acesso à informação, enquanto o segundo, um direito individual, como resultante da liberdade de expressão e manifestação do pensamento. Não obstante, ressalta o autor que esta distinção foi adotada pela Constituição Federal de 1988, que tanto assegura a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), no plano individual, quanto o direito à informação (art. 5º, XIV e XXXIII), no plano coletivo (SILVA, 2005).

Por oportuno, consoante Pedro Frederico Caldas (1997), o conteúdo desse direito diz respeito à liberdade de informação que compreende tanto o direito de informar quanto o de ser informado. Trata-se, pois, de um direito reconhecido desde a formação dos Estados Nacionais, a partir de uma visão individualista de liberdade, que, posteriormente, ganhou um cunho social e passou a ser compreendido como um direito difuso (LOPES, 1997).

Desse modo, o direito brasileiro reconhece e ampara o direito à informação, tratando-o como direito fundamental, nos termos do inciso XIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que dispõe: "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional", pode-se compreender a complexidade do caso, haja vista que se tratam de bens de igual porte. Ademais, complementando a proteção ao direito à informação, a Constituição Federal de 1988 também prevê que a informação não será alvo de controle, como se observa pelo art. 220: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição"; bem como o próprio direito de liberdade de expressão: "Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV", sendo vedada expressamente a adoção de qualquer tipo de censura (§2º).

---

[124] De acordo com Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2003, p. 82): "O postulado liberal da livre informação só garante que o informador noticie o que ele quiser noticiar, da maneira como quiser e no momento em que entender oportuno. O componente social será o responsável pelo direito do informador de pesquisar e pelo dever de o Poder Público permitir ser pesquisado, pelo direito do público de selecionar a informação que deseja receber e, talvez o mais importante, pelo direito do público à informação verdadeira".

Segundo Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2003) a liberdade de expressão, na forma de liberdade de imprensa, acatada pela Constituição, consiste na transmissão dos fatos, obrigatoriamente, de forma ser autêntica, verdadeira[125] e completa. Trata-se, pois, do atendimento aos princípios republicanos, considerando a importância dos meios de comunicação em massa nas sociedades atuais e sua função pública, segundo os quais a sociedade tem o direito de ser bem informada, de saber sobre os negócios públicos/estatais, para que possa exercer seus direitos políticos de forma eficaz (LOPES, 1997).

Nesse sentido, Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes (1997) defende que os pilares da democracia se encontram garantidos pelo direito à informação e pelo acesso aos meios de comunicação, de modo que, assegurando isto, o Estado estará contribuindo com a promoção da democracia em suas manifestações (políticas, culturais e sociais), além da promoção da autonomia pessoal através de suas próprias consciências.

Sendo assim, o direito à informação também se mostra essencial na estrutura de um Estado Democrático de Direito, pois possibilita a concretização da transparência e a apresentação da verdade aos cidadãos, o que justifica a sua essencialidade e a sua posição como um direito fundamental, reconhecido através da liberdade, como de primeira dimensão, seja difuso, da terceira dimensão, haja vista o interesse público envolvido com o tema.

Todavia, a condição de direito fundamental não lhe assegura um caráter absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, nem um fim em si mesmo[126]. Com efeito, em nome da harmonia social, o ordenamento se vale de mecanismos de freios e contrapesos, encontra seus limites internos e externos, sendo os primeiros pautados nas responsabilidades sociais e profissionais de cumprir com a verdade, enquanto os segundos no conteúdo de outros

---

[125] Sobre a exigência da verdade, observa Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2003): "A exigência de verdade, contudo, não é imune de problemas no tocante à sua aplicação prática. Inúmeras são as questões suscitadas. Na Espanha, onde a matéria adquiriu um temperamento adequado, o Tribunal Constitucional elaborou uma tese pela qual o requisito de verdade deve ser entendido como um "específico deber de diligencia sobre el informador", acrescentando que a Constituição ampara "la información rectamente obtida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible". De tal forma, a jurisprudência espanhola transije com as notícias inexatas, desde que o jornalista tenha sido diligente em obter a verdade."

[126] Nesse sentido, ensina Pedro Frederico Caldas (1997, p. 108): "As limitações à liberdade de imprensa, por mais liberal o sistema, se justificam por não ser tal liberdade um fim em si mesmo. A liberdade de imprensa é garantida para que o direito à informação se consume, principalmente; e o direito à informação e tudo o mais se justifica como meio de promoção da pessoa, que esta, sim, é o centro gravídico e a razão última da ordem jurídica. Isto quer dizer que se qualquer direito ou garantia desanda e desborda, no seu exercício, para atingir a dignidade humana, obviamente que o próprio sistema deve oferecer, como efetivamente oferece, a terapêutica jurídica necessária à sanção do mal causado, não sendo rara a oferta legal de dispositivos prestos e eficientes em prevenir, com a cautela, o mal potencial ou iminente. Aliás, sempre que possível, o Judiciário pode, presentes determinados pressupostos legais, antecipar a prestação jurisdicional reclamada pela via cautelar."

direitos de mesma hierarquia constitucional, que devem ser ajustados nos casos concretos trazidos à apreciação do Poder Judiciário[127] (CALDAS, 1997)

Segundo Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes (1997), como consectário da liberdade de expressão e opinião, este direito pode entrar em conflito com outros constitucionais, de modo que a autora se propõe a elencar como limites a este direito: a proteção à vida privada e à intimidade; o direito à imagem; o direito à honra e à segurança do Estado.

Porém, apesar do reconhecimento de que o direito à imagem represente um limite ao direito à informação, não se trata de uma limitação *a priori*, como se houvesse sempre uma superioridade de um valor sobre o outro, mas os mesmos devem ser analisados para o reconhecimento da limitação de um e da proteção ao outro.

Nesse sentido, o possível conflito existente entre o conteúdo do direito à imagem com o direito à informação, deve ser analisado de forma concreta, a partir da compreensão tanto do conteúdo essenciais destes direitos, quanto da existência de limites aos direitos fundamentais, que, de acordo com a proposta deste trabalho, passa a analisar sob a ótica do *direito à imagem* e do *direito de projeção da imagem*.

### 4.2.8 A Limites ao *direito de projeção de imagem*

Uma vez considerado o possível confronto entre o *direito à imagem* e o *direito de projeção da imagem*, este respaldado pelo direito à informação e pela liberdade de informar, que alguém possua para divulgar a imagem captada, mesmo sem o consentimento do seu titular, mostra-se essencial a abordagem dos limites dos direitos fundamentais em tensão, para se buscar uma forma de harmonização das proteções constitucionais.

Doravante, saliente-se que esta avaliação não deve ser feita de forma apriorística, em que o interesse privado sempre terá que sucumbir ao interesse público de direito à in-

---

[127] Em análise de o posicionamento do Poder Judiciário poderia representar algum tipo de censura à liberdade de imprensa e, por conseguinte, uma violação indevida, Pedro Frederico Caldas (1997, p. 110-111) assim se posiciona: "Por todas as luzes, não nos parece que a intervenção do judiciário esteja abarcada pela vedação constitucional. Pelo contrário, a Constituição diz que não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou *ameaça* a direito (art. 5º, XXXV). A apreciação judicial não é passiva, contemplativa, ao contrário, é dinâmica e se traduz no exercício do poder coativo estatal para dirimir a lide e restaurar a paz e o equilíbrio social onde houve ruptura da ordem agindo, inclusive, preventivamente para conjurar a ameaça a direito. A intervenção judicial, é óbvio, só pode ocorrer ante o caso concreto e a requerimento do interessado. É possível que, punctualmente, aqui e ali, haja excesso de zelo judicial atentatório à liberdade de imprensa, principalmente em termos de instância inicial, distorção que os tribunais certamente coarctarão. Esta hipótese, em que poderia ser apanhada, punctualmente, a liberdade de imprensa, não pode ser elemento inibitório da prestação jurisdicional, até porque o próprio Poder Judiciário é guarda avançada da Constituição, onde quer que haja regime democrático de direito, por isso que a sua atuação não pode, mesmo que se dê em caráter preventivo, ser considerada elemento de periclitação da liberdade de imprensa, eis que o direito, como de resto todos os outros, tem no Poder Judiciário, ao mesmo tempo, a sua guarda pretoriana e o censor dos seus reais limites".

formação e da liberdade de informar, de modo que a decisão deverá ser considerada no caso concreto, no qual a solução passa pela compreensão dos limites entre os direitos envolvidos que, normalmente, implicam num sacrifício mínimo possível de um para conviver com o outro[128] (NEVES, 2011).

Ora, uma vez que a proteção para a imagem de alguém, amparado na Carta Magna, seja enquanto *direito à imagem* (art. 5º, incisos V e X), pode entrar em conflito com o *direito de projeção* (art. 5º, IX, XIII e XIV) que, sem o consentimento do titular, somente encontraria respaldo no conteúdo do direito à informação e da liberdade de informar, conforme também protegido no plano constitucional, estar-se-á diante de uma tensão da aplicação da Constituição.

Nesse contexto, nota-se que existe a possibilidade de alguns direitos, de mesmo patamar de proteção, entrarem em conflito, porém, este não constitui um impedimento de aplicação das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais ora tratados, conforme defendem MENDES; COELHO; BRANCO (2009, p. 134)

> [...] se o legislador real é racional – inclusive, e sobretudo, o constituinte –, não se podendo duvidar dessa premissa, nem submetê-la a testes de refutação, impõe-se a conclusão *lógico-descritiva* de que o ordenamento jurídico, que ele institui à sua imagem e semelhança, também ostenta esse predicado, com todas as suas benéficas conseqüências. Por isso, a título de exemplo, afirma-se categoricamente que no ordenamento não existem lacunas, nem redundâncias, nem contradições; que ele é preciso, finalista, operativo e dinâmico; e que, isso tudo somado, o jurista tem condições de resolver os problemas de aplicação do direito dentro do próprio sistema jurídico e com os instrumentos de que este dispõe, sem necessidade de apelar para instâncias suprapositivas, como o desgastado *direito natural* ou a indefinível *natureza das coisas,* entre outras abstrações, que lhe permitem *descobrir* saídas na exata medida em que debilitam a força de persuasão das soluções *inventadas.*

Por conseguinte, dessa ideia de constituição coerente e *onicompreensiva* decorrem três premissas interpretativas que se mostram essenciais para o entendimento de possíveis problemas: a) os preceitos da Constituição incidem sobre todas as relações sociais (regulando ou permitindo a atuação); b) todas as normas tem uma função, que se integram, de modo que não existem normas em excesso e c) não ocorrem conflitos reais, mas apenas aparentes, entre as normas constitucionais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Nesse sentido, os autores ressaltam os princípios hermenêuticos precisam ser observados, tais como o *princípio da unidade da Constituição*, segundo o qual as normas constitucionais devem ser vistas como preceitos integrados; o *princípio da harmonização*,

---

[128] Segundo Allessandra Helena Neves (2011, p. 208): "Outra relevante observação é que a limitação ou sacrifício de um direito em prol de outro valerá para o caso em análise, não podendo se tornar uma regra matriz absoluta e imutável, ante a peculiaridade de casa situação, que poderá influenciar na convicção do julgador para salvaguardar um interesse ou outro."

segundo o qual a solução deve representar uma otimização dos preceitos envolvidos, evitando-se a negação de um dos bens protegidos[129]; o *princípio da correção funcional*, segundo o qual os intérpretes precisam respeitar a organização funcional da Constituição ao estabelecerem suas interpretações; o *princípio da eficácia integradora*, que preconiza que as soluções aos problemas jurídico-constitucionais devem favorecer a integração social e a unidade política, como forma de assegurar a sua coesão; o *princípio da força normativa*, de acordo com o qual se deve dar preferência às opiniões que assegurem maior eficácia ao conteúdo normativo constitucional; o *princípio da máxima efetividade*, que versa sobre melhorar a aplicabilidade sem modificar seu conteúdo; o *princípio da interpretação conforme a Constituição*, que direciona a escolha do intérprete para que as normas infraconstitucionais sejam adequadas ao texto constitucional e não lhe confiram conteúdo inconstitucional e por último, os *princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade*, que, decorrendo dos ideais de justiça, equidade e moderação, condicionam a aplicação com prudência da interpretação, a fim de que o conteúdo dos direitos não seja ilimitado e se encontre ponderado de acordo com os conflitos trazidos a julgamento[130] (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Como se observa pela exposição dos princípios hermenêuticos das normas constitucionais, estas não afastam os conflitos existentes, mas apenas os direcionam para a otimização da Constituição Federal e maior eficácia do seu conteúdo jurídico-normativo. Desse modo, é necessário se utilizar de critérios para a aplicação das normas no caso concreto, a fim de se preservar a ordem estabelecida.

---

[129] Ao explicar este princípios hermenêutico, os autores trazem o exemplo relacionado com a temática ora explorada, nos seguintes termos: "Num conflito, por exemplo, entre a *liberdade de informação* e a *inviolabilidade da vida privada* – uma e outra igualmente garantidas pela Constituição –, se algum indivíduo, a pretexto de resguardar a sua intimidade, com ou sem razão, conseguir embargar a divulgação de determinada matéria, o veículo de comunicação acaso impedido de trazê-la a público terá preterido por inteiro o seu direito de informar, ao mesmo tempo em que, também por *inteiro,* a outra parte verá prevalecer a sua pretensão" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 137). Mais adiante arrematam: "Em tese ou abstratamente considerado, ao final dessa hipotética demanda, restará intacto – até porque não foi abolido da Constituição –, o direito de informar e/ou obter informação, mas o mesmo não se poderá dizer quanto ao direito daquele veículo de comunicação que, em concreto, foi proibido de publicar a matéria objeto de interdição judicial. Na prática do texto, portanto, uma parte ganhou tudo e a outra tudo perdeu, resultado que afasta ou debilita a idéia de uma efetiva harmonização dos interesses em conflito quando as disputas se travam à luz de casos concretos." (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 137).

[130] Amiúde, o conteúdo deste princípio é explicado da seguinte forma pelos autores: "Assim resumidos, pode-se dizer, a título de conclusão pontual, que esses princípios revelam pouco ou quase nada do alcance, praticamente ilimitado, de que se revestem para enfrentar os desafios que, a todo instante, são lançados aos aplicadores da Constituição por uma realidade social em permanente transformação. Daí a necessidade, de resto comum a todos os instrumentos hermenêuticos, de que eles sejam manejados à luz de casos concretos, naquele interminável *balançar de olhos* entre objeto e método, realidade e norma, para recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 143).

Neste diapasão, de acordo com Robert Alexy (2014), o conflito entre regras se resolve com a cláusula de exceção, capaz de o eliminar, ou se uma delas for declarada inválida; ao passo que a colisão entre princípios deve ser resolvido pela precedência de um sobre o outro, de modo que o conflito entre regras se resolve na validade, enquanto o dos princípios em relação a dimensão do peso.

Destarte, impende frisar, mais uma vez, que o conflito existente entre os princípios constitucionais deve ser analisado no caso concreto, evitando-se estabelecer uma solução *a priori* que se aplique em todas as situações, visto que não se trata de estabelecer uma gradação entre os princípios que se situam no mesmo patamar, mas apenas de estabelecer maior peso numa determinada situação analisada, consoante leciona Robert Alexy (2014, p. 95):

> "[...] Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, "*por si só*", de prioridade. O "conflito" deve, ao contrário, ser resolvido "por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes". O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto*: "Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, §2º, 1, da Constituição" [...]

Por conseguinte, os princípios fundamentais ora envolvidos no conflito, a exemplo do *direito à imagem* x *direito à informação*, não possuem limitação constitucional de seu conteúdo essencial, mas terão a sua aplicabilidade restrita[131] diante do contexto de sopesamento[132], uma vez que os conteúdos dos dois não poderão ser exercidos na sua integralidade, o que resulta na necessidade de limitação para a harmonização dos mesmos.

---

[131] Nesse contexto, ensina Robert Alexy (2014, p. 281): "[...] uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *pima facie* garantia por um princípio de direito fundamental. Nesse sentido, pode-se dar a seguinte resposta simples à questão acerca do que são restrições a direitos fundamentais: restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. Essa resposta tem, contudo, um caráter circular, na medida em que utiliza o conceito de restrição para definir o conceito de restrição a direito fundamental. Mas ela oferece um pequeno avanço, ao afirmar que as restrições a direitos fundamentais são normas. Então, é possível indagar o que faz com que normas sejam restrições a direitos fundamentais. (p. 281).

[132] De acordo com Robert Alexy (2014, p. 284: "Até aqui, o conceito de restrição a direitos fundamentais dois definido somente em relação às regras. Também princípios podem ser restrições a direitos fundamentais. Quando o Tribunal Constitucional Federal afirma que "direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional" também podem restringir direitos fundamentais, ele faz referência a restrições a direitos fundamentais que têm caráter de princípios. Princípios restringidores, por si sós, não são capazes de colocar o indivíduo em determinadas posições definitivamente restringidas (não-liberdade, não-direitos). Para se alcançar uma restrição definitiva é necessário um sopesamento entre o princípio constitucional atingidos e o(s) princípio(s) que o restringe(m). por essa razão, seria possível imaginar que não são os princípios que podem ser restrições, mas somente as regras que, de acordo com a lei de colisão, expressam o resultado do sopesamento [...] ".

Desse modo, ressalte-se que não se deve estabelecer uma solução *a priori* em nome do interesse público, primeiro, porque os direitos fundamentais se encontram no patamar mais elevado da escala de valores constitucionais[133]; segundo, porque esta solução apriorística tendente a uma supremacia do interesse público ameaçaria a própria existência dos direitos fundamentais; e terceiro, porque as limitações aos direitos constitucionais devem decorrer da constituição, direta ou indiretamente, ou por lei, quando previamente autorizada pela constituição (SARMENTO, 2006).

Doravante, Daniel Sarmento (2006) defende a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de otimizar os bens jurídicos colidentes, de modo a se evitar o sacrifício desnecessário de um pelo outro, devendo este ser marcado por uma análise minuciosa que considere as particularidades envolvidas no caso concreto. Sendo assim, a solução do conflito envolve cautela, cuidado e racionalidade, não se podendo reconhecer o interesse público como superior de per si, sob pena de se comprometer a própria condição dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2006)[134].

De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012), o princípio da proporcionalidade é um importante mecanismo de limitação do arbítrio estatal, estabelecendo critérios de controle de medidas de direitos fundamentais, que deve ser atendido respeitando-se, simultaneamente, três subprincípios a ele inerentes: *princípio da adequação*, que exige fins legítimos e meios aptos para a sua configuração; *princípio da necessidade*, que exige que, dentre diversas alternativas, opte-se pela menos gravosa e o *princípio*

---

[133] De acordo com Daniel Sarmento (2006, p. 301): "O dogma vigente entre os publicistas brasileiros, da supremacia do interesse público sobre o particular, parece ignorar nosso sistema constitucional, que tem como uma das suas principais características a relevância atribuída aos direitos fundamentais. O discurso da supremacia encerra um grave risco para a tutela de tais direitos, cuja preservação passa a depender de valorações altamente subjetivas feitas pelos aplicadores do direito em cada caso". Mais adiante, em crítica ao uso da supremacia do interesse público como elemento de limitação dos direitos fundamentais, explica: "Na verdade, a admissão de cláusulas muito gerais de restrição de direitos fundamentais – como o da supremacia do interesse público – implica também numa violação aos princípios democráticos e da reserva de lei, em matéria de limitação de direitos, já que transfere para a Administração a fixação concreta dos limites ao exercício de cada direito fundamental. Ademais, dita indeterminação pode comprometer a sindicabilidade judicial dos direitos fundamentais, por privar os juízes de parâmetros objetivos de controle" (SARMENTO, 2006, p. 307).

[134] Neste sentido, analisa Daniel Sarmento (2006, p. 310): "Só que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ao afirmar a superioridade *a priori* de um dos bens em jogo sobre o outro, elimina qualquer possibilidade de sopesamento, premiando de antemão, com a vitória completa e cabal, o interesse público envolvido, independentemente das nuances do caso concreto, e impondo o consequente sacrifício do direito fundamental contraposto. Ao invés da procura racional de solução equilibrada entre o interesse público e os direitos fundamentais implicados no caso, prestigia-se apenas um dos pólos da relação, o que se afigura também incompatível com o princípio da hermenêutica constitucional da concordância prática, que obriga o intérprete a buscar, em casos de conflitos, solução jurídica que harmonize, na medida do possível, os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sem optar pela realização integral de um, em prejuízo do outro."

*da proporcionalidade em sentido estrito*, que exige uma análise comparativa para a certeza que o benefício promovido com a medida seja superior ao sacrifício gerado por ela.

Ademais, complementando desenvolvido pelo citado autor, Allessandra Helena Neves (2011), ressalta que a resolução desses conflitos entre direitos fundamentais deve passar pelo uso do sopesamento, através de três instrumentos jurídicos: *princípio da proporcionalidade*, que devem implicar ao julgador no uso da ponderação dos direitos envolvidos para o caso concreto; *critério de ponderação*, que, diante de uma escolha de preponderância de um direito sobre o outro, este preterido não seja aniquilado, mas apenas reduzido ao seu núcleo essencial e *princípio da razoabilidade*[135], que, consiste na observância do princípio do devido processo legal, nos seus aspectos objetivo e substantivo, que resulta na qualidade e na profundidade da intervenção do intérprete aplicador.

Todavia, a despeito da distinção entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade feita por Allessandra Helena Neves (2011), vale dizer que uma parte da doutrina de direito constitucional discorda dela, por entender que os dois possuem o mesmo conteúdo, conforme mencionado anteriormente pela doutrina de MENDES, COELHO; BRANDO (2009), que utilizam *princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*[136], e outros, a exemplo de Luís Roberto Barroso (2009) que denomina de princípio da *razoabilidade-proporcionalidade*[137].

---

[135] Na exposição dos seus argumentos, Allessandra Helena Neves (2011) esclarece que alguns autores fazem distinção entre os princípios da proporcionalidade e outros não. Neste sentido, citando Wilson Antônio Steinmetz, defende que: "O referido autor nos oferece importante distinção e, inclusive, fundamenta a superioridade do princípio da proporcionalidade, no seguinte sentido: em que pese a normatividade e *status* constitucional, "o princípio da razoabilidade ainda não apresenta uma definição operacional, o que pode ser constatado, de forma cristalina na literatura publicista brasileira. Já o princípio da proporcionalidade apresenta indicadores de concreção mediante os princípios parciais da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito". E conclui: "o princípio da proporcionalidade não se confunde com o da razoabilidade" e o primeiro seria o apropriado para a solução da colisão dos direitos fundamentais." (2011, p. 220).

[136] De acordo com Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 142-143): "Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na *concessão* de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade,* em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, eqüidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico."

[137] Segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 304-305): "O princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento na ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela embutido em decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo

A compreensão dos limites dos direitos constitucionais envolvidos traz uma importante reflexão sobre o conteúdo do direito e as possíveis zonas de conflito, em que decorrerá a função de conter o avanço do outro, em nome da harmonização dos direitos assegurados, bem como a relatividade dos mesmos, que podem enfrentar restrições na ponderação sobre o conflito.

Neste contexto, frise-se que, ao se defender a ponderação ao caso concreto, permite-se que o intérprete possa promover a verificação mais detalhada, inclusive, para se permitir resultados diversos em demandas semelhantes, a depender de seus elementos diferenciadores. Logo, além da abordagem da temática constitucional, as leis infraconstitucionais exercerão importantes papeis de direcionamento, com o estabelecimento de cláusulas gerais e conteúdos abertos para a complementação do julgador.

Desse modo, em nome da harmonização das normas constitucionais e da sua efetividade, pode-se afastar a proteção de um princípio em dado momento, como ocorre com o direito à imagem, que encontra uma previsão de restrição já no texto do art. 20 do Código Civil brasileiro, segundo o qual a doutrina civilista aponta as possíveis causas de limitação ao direito à imagem, nas quais, mesmo sem autorização, o seu titular tem que tolerar a captação e divulgação da imagem, sem que isto implique num ato ilícito ensejador de tutela preventiva ou repressiva.

Nesse sentido, diante da necessidade desta ponderação, que traz a insegurança de tratamento desigual aos casos levados ao conhecimento do Poder Judiciário, alguns parâmetros foram estabelecidos, tais como o do "lugar público" e o da "pessoa pública", mas que não atendem fielmente os seus papéis, por substituir o exercício de ponderação por um simplismo com a utilização de um fator estático, que incentiva a violação do direito à imagem (SCHREIBER, 2013)[138].

---

resultado (*necessidade/vedação de excesso*); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça ao caso concreto".

[138] Sobre os parâmetros de "local público" e "pessoa pública", Anderson Schreiber faz algumas reflexões importantes para a compreensão destas utilizações como base em decisões. Sobre local público: "Lugar público, a rigor, são tão somente os espaços de livre acesso, como praças, praias e ruas. Mesmo nessa acepção, o lugar público deve desempenhar um papel muito reduzido na análise da colisão entre direito de imagem e liberdade de informação. O caráter público do lugar não pode, de modo algum, ser tomado como um salvo-conduto para a captação de imagens. O que se deve examinar é, antes, o contexto em que a imagem é captada, a expectativa das pessoas envolvidas e o grau de individualização da sua imagem." (SCHREIBER, 2013, p. 111). No que se refere a pessoa pública: "O fato de a pessoa ser célebre ou notória pode, quando muito, sugerir que há algum grau de interesse do público em ter acesso à imagem, pela só razão de dizer respeito àquela pessoa. Isso não basta, contudo, para que se conclua pela prevalência da liberdade de informação sobre o direito à imagem. Diversos outros fatores devem ser sopesados antes de

Sendo assim, superadas as discussões iniciais sobre os limites dos direitos constitucionais envolvidos, o desenvolvimento do presente estudo passa pela maior compreensão das hipóteses de limitação do direito à imagem, trazidas pelo art. 20 do Código Civil brasileiro, nas quais se coloca a possibilidade de projeção de imagem independentemente do consentimento do titular do direito da personalidade envolvido.

Portanto, uma vez transposta a abordagem panorâmica da problemática envolvida por este trabalho, com sua busca pela compreensão dos limites do direito à imagem, em confronto com o direito de projeção, ancorado no direito à informação e à liberdade de informar, ambos amparados pela Constituição Federal de 1988, mostra-se necessária uma abordagem da compreensão infraconstitucional do tema.

### 4.2.9 As hipóteses de uso lícito não autorizado da imagem trazidas pelo art. 20 do Código Civil brasileiro

Uma vez compreendido como os direitos à imagem e de projeção da imagem que, muitas vezes, encontra seu respaldo no direito à informação e na liberdade de expressão, ambos situados no mesmo patamar de proteção constitucional, na condição de direitos fundamentais, que podem entrar em conflito gerando a necessidade de limitação de um conteúdo para a harmonização de ambos e a realização da proteção constitucional, deve-se analisar, a construção infraconstitucional que visa estabelecer formas mais específicas de disciplina.

Nesse sentido, já prevendo algumas situações de limitação destes direitos, mesmo sem estabelecer uma resposta *a priori*, o Código Civil brasileiro, ao dispor no seu art. 20 sobre algumas possibilidades de projeção da imagem (captação e divulgação) sem a necessidade de autorização, utiliza cláusulas gerais para o estabelecimento de conteúdos capazes de resolver os possíveis conflitos.

Por conseguinte, tendo em vista a abordagem específica do art. 20 do Código Civil, vale transcrever mais uma vez o dispositivo em análise, a fim de facilitar a compreensão de sua abordagem neste momento do trabalho. Senão, vejamos:

> Art. 20. 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.

---

se concluir, no caso específico, qual dentre os dois direitos fundamentais há de prevalecer. Limitar-se aos critérios simplistas do "lugar público" e da "pessoa pública é postura que incentiva perversas violações ao direito de imagem" (SCHREIBER, 2013, p. 111-112).

Doravante, como já analisado anteriormente neste mesmo trabalho, este dispositivo encontra várias críticas quanto a sua redação, tanto por colocar a imagem como dependente de outros bens jurídicos (honra, boa fama ou respeitabilidade), o que afeta a sua posição autônoma; quanto por trazer elementos que limitam consideravelmente o conteúdo do direito à imagem, uns de natureza infraconstitucional (e até inconstitucional) e outros de natureza constitucional em confronto com o direito à informação.

Com efeito, num primeiro momento, a limitação trazida pelo texto infraconstitucional traz uma série de contradições com a norma constitucional, o que, diante da hierarquia existente entre as normas, que confere a Constituição a condição de supremacia sobre o Código Civil, representa uma proposta inócua do texto legal para a restrição do direito fundamental.

Nesse sentido, duas coisas sobre o art. 20 do Código Civil devem ser observadas: primeiro, a ausência da previsão da captação da imagem como conduta capaz de violar o direito da personalidade; segundo, a necessidade de finalidade de lucro para a existência de indenização pelo uso indevido da imagem.

Desse modo, a ausência de captação como conduta de violação do direito à imagem representa uma omissão do legislador, que não deve ser excluída da proteção à pessoa, diante do direito geral de personalidade, pois, adotando-se uma interpretação teleológica com o inciso X, do art. 5º da Constituição Federal, pode-se afirmar que já existe a proteção contra a captação, independentemente de não ter sido mencionada no art. 20 do Código Civil, pois é uma medida essencial para a efetiva proteção da imagem[139] (ZANINI, 2018).

Além disso, no que se refere à associação feita entre a indenização e a finalidade comercial, o art. 20 do Código Civil, apesar de estabelecer a importância da autorização

[139] Nesse sentido, defende Leonardo Estevam de Assis Zanini (2018, p. 173): "[...] ao se realizar uma interpretação teleológica do art. 20 do Código Civil, encontra-se a proteção da captação justamente nas prescrições atinentes à publicação, à exposição ou à utilização da imagem. Além disso, a Constituição Federal garantiu, no seu art. 5º, X, a inviolabilidade do direito à imagem, no que já está incluída a proteção integral desse direito da personalidade, inclusive, na fase de captação" Para pautar o seu entendimento, o autor apresenta o posicionamento adotado na Alemanha, nos seguintes termos: "Realmente, a imagem captada por um meio mecânico e fixada em um suporte físico dá ao seu possuidor um duradouro domínio, permitindo atentados não somente no momento da captação, mas também futuramente, o que é qualificado por alguns autores, entre eles Ravanas, como um verdadeiro rapto. A mesma linha de raciocínio é seguida pela doutrina majoritária na Alemanha, que entende já haver ofensa à personalidade em virtude da captação da imagem, visto que a partir desse momento um terceiro teria de fato a possibilidade de disposição de uma importante característica da personalidade alheia." (ZANINI, 2018, p. 171). Por fim, o autor se posiciona: "Desse modo, a nosso ver, a proteção eficaz do direito à imagem deve abarcar inclusive a fase da sua captação, considerando-se ilícita tal conduta realizada sem o consentimento do seu titular. Assim, sendo pouco importa se a pessoa que captou a imagem tem a intenção de publicá-la ou guardá-la, visto que a mera existência do risco de publicação ou difusão já é suficiente para constituir um atentado à personalidade da pessoa representada. Ademais, é certo que o consentimento pode ter sido dado apenas e

para a compreensão do limite da exploração do direito de projeção de imagem[140], deixa sem clareza se os casos de uso da imagem sem esta finalidade também ensejariam a responsabilidade civil. Porém, o uso não autorizado da imagem de alguém pode gerar o dever de reparação de dano independentemente da sua finalidade[141], como, por exemplo, poderia ocorrer na divulgação de uma notícia falsa ou de fotos íntimas de determinada pessoa na internet[142].

Por conseguinte, o que existe em relação ao entendimento manifestado sobre este ponto é que, como já foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 403), o uso da imagem com finalidade econômica, sem autorização, gera dano *in re ipsa*, sendo desnecessária a instrução ou demonstração de ofensa; enquanto o uso da imagem sem finalidade econômica não gera por si só o dever de reparação, de modo que o dano à personalidade precisa ser demonstrado (MAIA, 2007). Sendo assim, observa-se que o conteúdo e-

---

tão somente para a captação da imagem, o que não permite, por exemplo, que tal imagem venha a ser publicada, exposta, divulgada ou utilizada." (ZANINI, 2018, p. 172).

[140] Conforme Allessandra Helena Neves (2011, p. 252): "Ainda que exista autorização para o uso da imagem, deve ser analisado o instrumento concessivo dessa utilização, para que possa ser apurado seu alcance, pois certamente, é possível que haja disposição expressa para que terceiro possa se valer da imagem ou da obra intelectual de alguém apenas para fins específicos não lucrativos".

[141] De acordo com Leonardo Estevam de Assis Zanini (2018, p. 179): "Outro problema do art. 20 do Código Civil diz respeito à utilização para fins comerciais. Por um lado, o legislador foi claro ao assegurar indenização pela simples utilização da imagem, sem autorização, para fins comerciais, ainda que não tenha sido atingida a honra, a boa fama ou a respeitabilidade. Todavia, ao associar a lesão à imagem apenas à sua destinação comercial, deixou o legislador de considerar ilícita uma plêiade de condutas que sem nenhuma dúvida atingem o direito à imagem, como é o caso da utilização sem autorização para fins políticos ou religiosos, que naturalmente não se enquadram na mencionada destinação comercial. O mesmo pode ser dito em relação à veiculação da imagem de uma pessoa, sem autorização, em material promocional de instituição beneficente." Mais adiante, complementa: "Assim sendo, parece-nos em total descompasso com a ordem constitucional a proteção da imagem apenas quando há lesão à honra, à boa fama, à respeitabilidade ou se houver destinação comercial. É que a veiculação da imagem alheia, sem autorização, pode até ser feita de modo elogioso ou com a intenção de prestigiar o retratado, mas nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação exterior da sua personalidade" (ZANINI, 2018, p. 179-180).

[142] Ressalte-se que no caso da divulgação de notícias falsas, que podem resultar em condutas penais de calúnia, difamação ou injúria, além de denunciação caluniosa, que podem atingir a imagem atributo de qualquer pessoa, ainda existe a conduta específica trazida pelo art. 218-C, incluído pela Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, que, sob o título: Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, assim prevê: "Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave." O tipo penal ainda prevê o caso de aumento de pena no §1º: "A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação" e como exclusão da ilicitude no §2º: "Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos."

conômico da publicação não interfere no ilícito sobre a utilização da imagem, mas apenas na demonstração ou não do dano por parte da vítima.

Todavia, ressalte-se que a restrição da "finalidade econômica" para a reparação de danos só faz sentido em relação ao *direito de imagem*, que se encontra ligado ao conteúdo econômico, gerando uma demanda material a ser reparada, haja vista que, em sendo o *direito à imagem*, a finalidade econômica não se mostra relevante para que a reparação de uma lesão de natureza moral venha a ser reconhecida.

Num segundo momento, no que diz respeito à limitação decorrente do interesse público, expressa nas palavras "administração da justiça" ou "manutenção à ordem pública", sem estabelecer o que vem a ser o seu verdadeiro conteúdo, a fim de que esta compreensão viesse a ser construída posteriormente pela doutrina e pela jurisprudência, representa uma limitação decorrente de um interesse constitucional de direito à informação, de modo que há um interesse público na apresentação da imagem, o que justificaria a sua publicação sem o devido consentimento.

Desse modo, os termos utilizados não implicam numa solução de limitação legal prévia, na qual sua simples alegação justifique a restrição ao direito fundamental envolvido, mais sim numa observação a ser considerada no momento da aplicação da norma ao caso concreto. Neste sentido, Daniel Sarmento (2006) entende que o interesse público pode até prevalecer no confronto, porém, após um detido exame pautado, sobretudo, no princípio da proporcionalidade e num ônus argumentativo para o afastamento do direito individual, como abordado no item referente aos limites ao direito à imagem.

O que se percebe é que, longe de se estabelecer conceitos e soluções à luz da subsunção, o art. 20 do Código Civil, embora apresente redação aquém do conteúdo constitucional de proteção da imagem, forneceu ao intérprete alguns elementos importantes para a solução dos conflitos, tais como "finalidade econômica", "administração de justiça" e "ordem pública" que representam parâmetros hermenêuticos para definir a extensão do seu conteúdo.

Nesse sentido, para melhor compreender os conteúdos essenciais dos direitos fundamentais envolvidos no conflito, mostra-se necessário o estudo de casos em que os mesmos se confrontaram, seja a partir da limitação legal trazida pelo art. 20 do Código Civil, na prática, seja através da necessidade prática de se buscar o conteúdo essencial do direito à imagem diante de um caso concreto.

## 4.3 CONFLITOS CONCRETOS ENTRE O *DIREITO À IMAGEM* E O *DIREITO DE PROJEÇÃO DE IMAGEM*

Como abordado anteriormente, o direito de projeção da imagem decorre da produção autoral e da possibilidade de sua exploração que, via de regra, depende da autorização do titular do direito à imagem, envolvido pela obra.

Doravante, fora este caso de expressa autorização pelo titular, a projeção da imagem só se mostra admissível quando se encontrar respaldada pelo direito à informação e pela liberdade de informar. Neste caso, a projeção da imagem se coloca como um meio de exercício da liberdade de informação e do direito de informar, para permitir a divulgação da imagem captada em conformidade com o direito brasileiro, em nome da divulgação da notícia que venha a ter relevância social.

Por conseguinte, a projeção da imagem de alguém pode ocorrer tanto de forma lícita quanto ilícita. Será lícita, atingindo o conteúdo do direito de projeção, quando estiver autorizada pelo particular ou pelo interesse público. Por outro lado, será ilícita quando a divulgação não estiver autorizada e não encontre respaldo no interesse público para a divulgação da imagem, ou, tendo sido autorizada, a utilização não estiver em conformidade com os limites dela.

A compreensão dos limites entre o direito à imagem, o direito de projeção e o interesse público, incidente sobre a notícia relacionada com a imagem, são de fundamental importância para a compreensão da aplicação do direito ao caso concreto e, em caso de excesso, do reconhecimento da prática do ato ilícito que pode vir a ensejar a reparação civil pela divulgação indevida.

Nesse contexto, o presente tópico será dividido em duas partes: uma primeira, que traz a proposta de classificação da imagem, de acordo com a exploração, isto é, de acordo com o direito de projeção, na qual serão analisadas as suas subdivisões, a fim de apresentar um conteúdo prático para esta e, uma segunda, que se vale de casos de conflitos concretos entre o direito à imagem e como a classificação apresentada pode ser utilizada para direcionar a resolução de possíveis conflitos.

### 4.3.1 Classificação da imagem quanto o direito de projeção ou a sua exploração

A presente proposta de classificação considera a imagem em face da projeção, baseando-se na funcionalidade desta no âmbito da ponderação de interesses, a partir do direito à informação e da liberdade de informar, que são os limites encontrados pelo direito à imagem.

Assim, é possível se pensar numa classificação que se foque na projeção da imagem, que como visto preteritamente, está situada entre o direito à imagem e o direito à informação e à liberdade de informar, na busca de uma forma que se mostre mais eficiente na análise da ponderação aplicada ao caso concreto. Esta abordagem a partir da projeção permite compreender os limites atribuídos ao direito à imagem, facilitando o processo hermenêutico, na identificação do ilícito civil sobre a exploração da imagem.

Desse modo, pode-se classificar a imagem decorrente do direito de projeção em três outros conteúdos: uma, *projeção-contrato* ou *imagem-projeção*; duas, *projeção-fato* ou *imagem-fato* (individual e coletiva) e três, *projeção-valor* ou *imagem-valor* (honra, intimidade, imagem).

A primeira delas é a *projeção-contrato* ou *imagem-projeção*, que representa a possibilidade de exploração da projeção da imagem de alguém através da autonomia privada, sendo estabelecida e disciplinadas em termos negociais, seja por meio de uma autorização ou de uma licença. Desse modo, os limites de exploração são traçados de acordo com a vontade das partes, nos termos estabelecidos pela Lei nº 9.610/98 e pelas normas civis, em especial, as incidentes sobre os direitos da personalidade.

A segunda manifestação é a *projeção-fato* ou *imagem-fato*, que representa a exploração da projeção da imagem de alguém decorrente do interesse público, motivado pelo direito à informação e pela liberdade de informar, que considera a imagem captada pela obra como um acessório essencial à informação, como, por exemplo, ocorre com a divulgação de foto, vídeo ou desenho (como, por exemplo, o retrato-falado) de alguém que praticou um crime ou se encontra foragido.

O conteúdo essencial, o fato, cuja informação é mais relevante que o conteúdo negativo, advindo do direito à imagem que poderia se opor a captação e a divulgação dessa imagem de alguém. Neste sentido, deve-se considerar que todo acontecimento é um fato, porém, para fins de projeção de imagem este fato deve estar revestido de interesse público, o que, como defende AFFORNALLI (2012) não é o mesmo que o interesse do público.

Por conseguinte, um vídeo de um crime ocorrido nas dependências domiciliares é de interesse público, o que não ocorre se com um vídeo de pessoas em momentos íntimos e privados em suas casas que, apesar de encontrar público interessado, não se reveste de interesse público e, consequentemente, representa uma nítida violação de direito da personalidade.

Doravante, este tipo de projeção se divide em duas outras formas, sendo elas: coletiva e individual. Se o fato captado pela obra não distingue, destaca, nem individualiza pre-

cisamente uma determinada pessoa, pois seu sentido é dar ênfase a um fato social e coletivo e não necessariamente a alguém, estar-se-á diante da *projeção-fato-coletivo*. Trata-se de uma possibilidade, a princípio, autorizada, pois sequer atinge o conteúdo do direito à imagem de alguém[143].

Por outro lado, o fato captado pode ser individual por abranger uma ou um número limitado de pessoas, dando-se destaque em especial a alguém ou a um grupo determinado de pessoas passível de ser identificado. Ao contrário da coletiva, que não enseja um destaque, a individual requer uma análise da ponderação dos interesses em jogo para ser projetada, pois consegue atingir o conteúdo do direito à imagem de alguém.

Desse modo, deve-se verificar se a informação (a notícia) trazida pela imagem é mais importante que o direito à imagem de alguém, para ensejar a sua publicação sem que represente uma violação de direitos da personalidade envolvidos (honra, intimidade, privacidade e à própria imagem). Assim, caso se trate de um fato que se sobreponha aos valores individuais protegidos, estar-se-á diante da *projeção-fato-individual*, permitindo a divulgação a partir da necessidade da apresentação do fato.

A distinção entre as duas se mostra relevante, principalmente, para se compreender o abuso do direito, uma vez que, em geral, a captação da multidão sem destaque não atinge o direito de uma pessoa, ao passo que sendo fato individual, com uma maior possibilidade de identificação de alguém, a compreensão do limite se mostre mais relevante, porque pode abordar um excesso na exposição da imagem. Neste sentido, imagine-se, por exemplo, uma foto de uma manifestação com muitas pessoas tirada de um helicóptero e que, a partir de um equipamento especial de aumento, identificou-se que alguns dos participantes utilizaram uma via pública para fazer necessidades fisiológicas, mesmo não se sabendo quem foi. Esta hipótese é bem diferente do caso em que, estando no solo, numa maior proximidade, o fotógrafo capta pessoas individualmente na prática do mesmo ato.

---

[143] Nesse sentido, defende Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli (2012, p. 62): "Quanto às pessoas retratadas em cenário público ou integrantes de um grupo não distinto de pessoas não há direito à imagem violado e nem mesmo privacidade devassada. Exemplo dessa restrição ao direito à imagem são as fotografias de festas populares como o carnaval, festas religiosas, passeatas e manifestações. O fundamento desta limitação reside no argumento de que o objetivo da fixação da imagem não era o indivíduo, mas sim um lugar ou acontecimento público". Não obstante, explicando a lógica deste pensamento a partir do reconhecimento, encontra a lição de Leonardo Estevam de Assis Zanini (2018, p. 133): "[...] pode-se dizer que a ideia da reconhecibilidade da imagem como critério para a sua proteção e mesmo para sua conceituação é bastante difundida, admitindo-se que se trata de uma condição não expressamente escrita na legislação, mas que decorre da própria lógica. Assim, o fato da pessoa representada poder ser reconhecida por terceiros é decisivo para a conceituação da imagem e para a delimitação da sua proteção, tanto que não tem sido reconhecido o caráter ilícito da reprodução de uma imagem não reconhecível."

Por fim, a terceira delas é a *projeção-valor* ou *imagem-valor*, que representa uma forma ilícita da projeção da imagem, seja pela captação ou pela divulgação, pois atinge diretamente o conteúdo do direito da personalidade, sem encontrar respaldo nem autonomia privada do seu titular nem em lei. Por conseguinte, a captação ou divulgação desta projeção, não está em conformidade com o direito, seja por não ter sido autorizado, seja por extrapolar os limites inicialmente autorizados, a ponto de representar uma violação indevida aos valores da personalidade, tais como a honra, a intimidade, a privada ou a imagem, o que assegura ao titular tanto a reparação quanto a possibilidade de se reverter o ato quando possível.

Essa classificação não se propõe a resolver os eventuais problemas decorrentes da captação e da divulgação da imagem de uma forma inflexível, apresentando modelos prontos e predefinidos, mais estabelecer padrões, a fim de se situar o local em que em que a imagem captada possa ser enquadrada, de acordo com a compreensão dos limites impostos pelo Direito, como forma de facilitar a sua aplicação.

Logo, não se trata de um posicionamento fixo e inflexível, de modo que é possível que uma *imagem-projeção* seja utilizada para narrar um fato, transformando-se em *imagem-fato*; da mesma forma que um excesso na aplicação da *imagem-projeção* possa resultar numa violação da *imagem-valor*, o que enseja uma reparação civil; da mesma forma em que a *imagem-valor* pode ajudar na elucidação de um crime e ser utilizada como *imagem-fato*. Todavia, ao se analisar e questionar, previamente, sobre o conteúdo a ser divulgado, situando-o em uma das três categorias ora apresentadas, o projetor realiza um prévio juízo de ponderação, capaz de lhe nortear sobre os limites de sua atuação.

Nesse sentido, uma vez compreendida a classificação que identifica as diversas formas de projeção existentes, a partir de uma visão que considera os limites da exploração da imagem, ora denominada de *direito de projeção*, seja a partir da autonomia privada, da lei (interesse público) ou do *direito à imagem*, a extensão de cada direito envolvido se mostra de forma mais clara, para se permitir que um direcionamento ao intérprete, e otimizar o enquadramento do fato à norma, numa tentativa de melhor aplicação do Direito. Doravante, a compreensão dessa divisão, com a identificação do tipo de exploração realizada pelo projetor da imagem, que pode se dar por um juízo prévio, faz com que os limites de utilização do direito de projeção da imagem se tornem mais cristalinos, tanto para o agente quanto para o intérprete, facilitando, assim, a sua identificação, compreensão, interpretação e aplicação ao caso concreto.

Não obstante a construção teórica ora apresentada, para ajudar a identificação das hipóteses de violação do direito à imagem em face da sua projeção, o presente trabalho passa a conjugar esta teoria com casos práticos, enfrentados à luz do direito brasileiro, a partir de alguns julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, envolvendo este tema específico, a fim de compreender e testar a sua utilidade na prática jurídica.

### 4.3.2 Aplicação da classificação nos casos de conflito (direito à imagem x liberdade de informar)

Para o estudo sobre a aplicação da teoria do direito de projeção da imagem, o presente item será dividido em três abordagens, consoante a classificação apresentada por este trabalho, que envolvem a *imagem-projeção*, cujos casos envolvem a autorização decorrente da autonomia privada; a *imagem-fato*, cujos casos contemplam a autorização legal, motivada pelo interesse público e, por fim, a *imagem-valor*, que, não encontrando autorização na lei nem em negócio jurídico, resulta numa violação ao direito à imagem.

A divulgação da projeção da imagem, por representar uma violação autônoma a direito da personalidade, requer a autorização (legal ou contratual) para que a exploração se dê em conformidade com o direito, como o entendimento expresso pelo Superior Tribunal de Justiça através da súmula 403, segundo a qual: "Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais." Trata-se de *direito "de" imagem*, que protege o titular do enriquecimento sem causa, pela exploração econômica decorrente da projeção de sua imagem.

Nesse sentido, considerando-se os inúmeros casos levados a julgamentos nos tribunais nacionais envolvendo a imagem, e a impossibilidade de analisar um a um na presente pesquisa, adotou-se o recorte de alguns julgados proferidos pelos tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), a fim de identificar a razão utilizada nas decisões judiciais, em conformidade com a teoria do direito de projeção da imagem aqui defendida, na busca por um modelo mais preciso de interpretação dos fatos em apreciação pelo Poder Judiciário.

Desse modo, em primeiro lugar serão abordados os casos que levaram em consideração os limites contratuais estabelecidos, que envolvem a *imagem-projeção*; em segundo lugar as hipóteses de utilização da imagem, sem autorização negocial, mas com fulcro no interesse público, que envolvem a *imagem-fato* e suas espécies, e, por fim, serão abordados os casos resultantes de violação ao direito à imagem, em que atingem a *imagem-valor*.

*4.3.2.1 Limites contratuais da projeção da imagem (Imagem-projeção)*

No primeiro recorte realizado de casos trazidos a julgamento, encontra-se a *imagem-projeção* que resulta numa relação negocial, seja por autorização ou por licença, estabelecida entre o modelo (retratado), o autor da obra (que realizará a captação) e o titular do direito de projeção da imagem que exercerá a exploração.

Esta relação precisa estar bem estabelecida entre as partes, pois, como já abordado, a interpretação será restritiva e resultará em violação ao direito de personalidade. Em conformidade com o entendimento sumulado, a condenação de quem divulga a imagem sem autorização independe de demonstração de dano em se tratando de uso comercial ou com proveito econômico para quem realiza a divulgação.

Doravante, de acordo com o entendimento dado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 711.644/SP, a finalidade econômica deve ser entendida em sentido amplo, não sendo necessário se pesquisar se o veículo publicitário é ou não lucrativo, se a divulgação fizer parte da estratégia comercial da empresa, presumindo-se a vantagem comercial (BRASIL, 2010)[144]. Ademais, neste mesmo julgamento, a corte entendeu pelo afastamento da autorização presumida, uma vez que reconheceu o direito autônomo da imagem de empregado, separando-se o direito à imagem das relações laborais a que o empregado se encontra sujeita.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou acerca do tema, no julgamento do Recurso Especial nº 1384424/SP (BRASIL, 2016), sobre a importância do consentimento para o estabelecimento de limites do direito de projeção da imagem, podendo este se dar de forma tácita, de acordo com o caso concreto:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE IMAGEM. POSSIBILIDADE DE CONSENTIMENTO TÁCITO, DESDE QUE INTERPRETADO DE FORMA RESTRITA E EXCEPCIONAL. USO INDEVIDO. INDENIZAÇÃO POR MATERIAIS CONFIGURADA. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA NA ESPÉCIE.
>
> 1. A imagem é a exteriorização da personalidade inserida na cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1°, III, da CF e En. 274 das Jornadas de Direito Civil), com raiz na Constituição Federal e em diversos outros normativos federais. É, pois, intransmissível e irrenunciável (CC, art. 11), não podendo sofrer limita-

[144] De acordo com a mencionada decisão: "DIREITO CIVIL. USO DE IMAGEM NÃO AUTORIZADO. FINALIDADE COMERCIAL. AUSÊNCIA DE DANO MORAL. IRRELEVÂNCIA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. JULGAMENTO ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. 1. Cuidando-se de uso não autorizado de fotografias do autor para fins comerciais ou publicitários, mesmo sendo o fotografado funcionário da primeira ré, o direito à imagem exsurge como direito autônomo em relação a outros do mesmo jaez, como honra e intimidade, sendo cabível a indenização independentemente de dano moral. 2. Por outro lado, os "fins comerciais" colimados com a publicação devem ser analisados de forma ampla, descabendo perquirir se o veículo publicitário em si era ou não lucrativo. Desde que a publicação integre, direta ou indiretamente, a estratégia comercial ou publicitária da empresa, é de se presumir a existência de vantagem comercial, ainda que indireta, sendo desimportante o fato de a revista ser distribuída de forma graciosa. [...]" (BRASIL, 2010).

> ção voluntária, permitindo-se uma disponibilidade relativa (limitada) de expressões do uso do direito da personalidade, desde que não seja de forma geral e nem permanente (En. 4 das Jornadas de Direito Civil).
>
> 2. Em regra, para maior segurança e proteção, é exigível o consentimento expresso para o uso da imagem. Contudo, a depender da situação em concreto, admite-se o consentimento presumível, desde que, pela sua própria natureza, seja interpretado com extrema cautela, de forma restrita e excepcional.
>
> 3. Nos termos da Súm 403 do STJ, "independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais".
>
> 4. No caso concreto, a recorrida publicou, em revista especializada e de grande circulação, fotografias dos recorrentes em matéria relacionada à gravidez, sem que houvesse a autorização expressa destes, não se sabendo ao certo quais foram os limites de eventual consentimento perfectibilizado, sendo devido o dano material, pela utilização indevida da imagem.
>
> 5. No entanto, não há falar em dano moral, pois os recorrentes acabaram concordardando, ainda que tacitamente, com a exposição de suas imagens na revista editada pela recorrida, pois foram eles próprios que forneceram as fotografias, com os respectivos negativos, para a escolha e divulgação pela revista, o que revela o interesse dos mesmos em se ver expostos na matéria de circulação nacional, além de que, a própria Corte local salientou que a matéria foi "respeitosa, inteligente, bem redigida e primorosamenle produzida" [...]

Esse caso traz pontos relevantes para a análise do presente estudo, dentre eles: um, a relevância do consentimento para assegurar a autorização daquele que realizará a projeção da imagem como elemento fundamental; dois, a possibilidade de consentimento tácito, visto que o detentor do direito à imagem contribuiu para a realização da projeção e três, a divulgação estando amparada nos limites de autorização, ainda que estes não sejam expressamente apresentados, como no caso do consentimento tácito, é possível que não haja violação ao direito de personalidade.

Com efeito, em que pese todos os caminhos desse direito guiarem para a responsabilização daquele que divulga a imagem sem expressa autorização, não se está falando em autorização tácita para a foto num evento, mas na entrega dos negativos pelo próprio retratado, o que demonstra tanto a concordância com a publicação, quanto com o material escolhido para esta publicação. Neste contexto, o comportamento adotado pelo retratado serve para integrar a interpretação do acordo feito entre as partes, conforme prevê a boa-fé negocial (art. 133 do Código Civil).

Por outro lado, ressaltando-se que se trata de uma interpretação restritiva quanto à divulgação, nota-se que o consentimento deve ser entendido dentro dos seus próprios limites, de modo que a autorização para uma determinada publicação não resulta numa forma presumida sobre uma segunda publicação, ainda que no mesmo meio ou em contexto semelhante. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em análise ao Recurso Especial nº

1291865/RJ (BRASIL, 2013), entendeu que: "Configura dano moral indenizável a exibição televisiva de cena afetiva de beijo na boca com então namorado, inicialmente autorizada pelo casal para reportagem por ocasião do "Dia dos namorados", mas repetida, tempos depois, por duas outras vezes, quando já cessado o namoro, tendo a autora outro namorado."

Ora, se por si só a autorização dada para uma determinada publicação não implica numa publicação posterior, nem numa reiteração indefinida, com muito menos razão a cena autorizada sob determinado contexto poderia ser exposta em situação diversa. Neste sentido, a conduta da publicação fora do contexto, acabou por expor, desnecessariamente, a vida pessoal de alguém, sem que este consentisse com uma divulgação da imagem em momento posterior ao que ocorreu.

Por oportuno, saliente-se que, considerando que a autorização e a licença para o uso da imagem são negócios jurídicos que permitem a exploração lícita, após o período estabelecido ou o contexto para a exposição, estar-se-á diante de um uso ilícito, passível de condenação do projetor por dano moral. Desse modo, vale dizer que o negócio jurídico desta natureza não deve estabelecer tempo ilimitado[145], nem ser utilizado após o seu termo, como reconhecido pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.337.961/RJ (BRASIL, 2014c).

Sendo assim, reafirme-se que no caso da *imagem-projeção*, os limites da exploração da imagem devem estar bem definidos e delimitados no instrumento negocial celebrado, seja autorização ou licença, a fim de que a exploração possa ocorrer dentro do que fora pactuado, caso contrário, aquele que realizar a divulgação da imagem poderá incorrer em ato ilícito civil.

Por oportuno, saliente-se que a *imagem-contrato* é o direito de projeção propriamente dito, haja vista que o mesmo decorre da possibilidade de exploração voluntária pelo seu titular, o que se materializa por meio de um contrato entre a pessoa retratada e aquele que irá projetar este retrato.

Não obstante as hipóteses trazidas pela autorização contratual, outra importante análise sobre os limites ao direito de projeção de imagem deve ser feita à luz da autorização legal, conferida nos casos em que o interesse público clama pela divulgação em nome do

[145] Sobre este ponto, leciona Leonardo Estevam de Assis Zanini (2018, p. 234): "[...] deve-se salientar que não se admite uma declaração de vontade geral, que autorize a utilização ilimitada no que toca ao tempo, espaço e forma, pois isso ofenderia a irrenunciabilidade do direito à imagem. O consentimento deve dizer respeito a fatos precisos, não podendo ser admitido que uma pessoa se prive globalmente, por exemplo, de qualquer ato que esteja vinculado à divulgação de sua imagem ou de sua vida privada."

direito à informação e à liberdade de informar (*imagem-fato*), o que se passa a abordar a seguir.

*4.3.2.2 Limites legais da exploração da imagem (imagem-fato)*

O segundo caso de autorização para a divulgação da imagem, quando a mesma não for consentida pelo(s) titular(es) do(s) direito(s) à imagem envolvido(s), a possibilidade ou não de quem realizar a divulgação, praticar um ato lícito depende de que, no uso da ponderação, a exposição da imagem ao público represente maior relevância que a proteção do direito individual do seu titular.

Nesse sentido, o uso da imagem deve ser analisada no caso concreto, em que se deve buscar o real sentido da publicação, a fim de se confrontar os direitos constitucionais, visto que a mesma pode servir ao dever de informar ou representar uma injusta violação ao direito da personalidade. Assim, como defende Leonardo Estevam de Assis Zanini (2018), que a liberdade de imprensa está baseada no interesse de informação sobre assuntos públicos, sendo fundamental para a troca de ideias e opiniões, essenciais para a difusão da cultura, de acordo com três objetivos: informar o público (objetiva e veridicamente); contribuir para a formação da vontade popular e permitir que o público se expresse.

Por conseguinte, o Superior Tribunal de Justiça analisou algumas demandas judiciais, dentre as quais a trazida pelo Recurso Especial nº 1.449.082/RS (BRASIL, 2017), assim se posicionou diante de um caso trazido a sua análise, de publicação de imagem sem autorização:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITOS DA PERSONALIDADE. DIREITO À IMAGEM. DIVULGAÇÃO, EM JORNAL, DE FOTOGRAFIA DE PESSOA SEM SUA AUTORIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 403/STJ. DIVULGAÇÃO QUE NÃO TEVE FINALIDADE ECONÔMICA OU COMERCIAL, MAS INFORMATIVA. AUTOR FOTOGRAFADO EM PARQUE PÚBLICO EM MEIO A MANIFESTAÇÃO POLÍTICA.
>
> 1. A divulgação de fotografia em periódico, tanto em sua versão física como digital, para ilustrar matéria acerca de manifestação popular de cunho político-ideológico ocorrida em local público não tem intuito econômico ou comercial, mas tão-somente informativo, ainda que se trate de sociedade empresária. Inaplicabilidade da Súmula 403/STJ.
>
> 2. Não viola o direito de imagem a veiculação de fotografia de pessoa participando de manifestação pública, inclusive empunhando cartazes, em local público, sendo dispensável a prévia autorização do fotografado, sob pena de inviabilizar o exercício da liberdade de imprensa [...]

Desse modo, ao realizar a ponderação dos interesses envolvidos, a corte entendeu que a fotografia é parte integrante da notícia que relata um fato e por esse motivo a sua divulgação apresenta intuito meramente informativo, o que não ensejaria a reparação nos

termos da Súmula nº 403 que versa sobre a exploração da imagem para fins econômicos. Assim, estar-se-á falando da *imagem-fato*, que possui autorização legal da publicação, por se encontrar respaldada na relevância da informação para o público, não ensejando, pois, o dever de reparação pretendido perante o Poder Judiciário.

Nesse sentido, a projeção da imagem de alguém, em meio a uma manifestação pública, que abriga um fato, de interesse público, representa um elemento autorizador para a projeção. Logo, nota-se que a imagem projetada decorre da notícia narrada e se integra a esta. Não se trata de se destacar alguém por si mesmo, mas alguém envolvido num fato a ser narrado, o que faz com que o valor pessoal ceda espaço para a necessidade de se transmitir a informação.

Em outro julgado, o Recurso Especial nº 1.631.329/RJ (BRASIL, 2017b), que também envolveu o confronto, porém para relatar um fato pretérito e não atual, como o abordado no julgamento anterior, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela preponderância do interesse público sobre o privado na utilização de imagens. Senão, vejamos:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. REPORTAGEM JORNALÍSTICA. DIVULGAÇÃO DE IMAGEM SEM AUTORIZAÇÃO. SÚMULA 403/STJ. FATOS HISTÓRICOS DE REPERCUSSÃO SOCIAL. DIREITO À MEMÓRIA. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO. DESNECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DO CÓDIGO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO.
>
> [...] 2. O propósito recursal é definir se a veiculação não autorizada da imagem da filha da autora em programa televisivo configura dano moral indenizável, além de ensejar a reparação por danos materiais.
>
> 3. É inexigível a autorização prévia para divulgação de imagem vinculada a fato histórico de repercussão social. Nessa hipótese, não se aplica a Súmula 403/STJ.
>
> 4. Ao resgatar da memória coletiva um fato histórico de repercussão social, a atividade jornalística reforça a promessa em sociedade de que é necessário superar, em todos os tempos, a injustiça e a intolerância, contra os riscos do esquecimento dos valores fundamentais da coletividade.
>
> 5. Eventual abuso na transmissão do fato, cometido, entre outras formas, por meio de um desvirtuado destaque da intimidade da vítima ou do agressor, deve ser objeto de controle sancionador. A razão jurídica que atribui ao portador da informação uma sanção, entretanto, está vinculada ao abuso do direito e não à reinstituição do fato histórico.
>
> 6. Na espécie, a Rádio e Televisão Record veiculou reportagem acerca de trágico assassinato de uma atriz, ocorrido em 1992, com divulgação de sua imagem, sem prévia autorização. De acordo com a conjuntura fática cristalizada pelas instâncias ordinárias, há relevância nacional na reportagem veiculada pela emissora, sem qualquer abuso na divulgação da imagem da vítima. Não há se falar, portanto, em ato ilícito passível de indenização. [...]

Neste caso, note-se que a corte, para embasar o seu entendimento pela isenção do dever de reparar, valeu-se justamente de se tratar de um fato histórico para a utilização da imagem (*imagem-fato*), de modo que o valor pessoal foi absorvido pela notícia. Desse modo, de acordo com a preponderância do fato histórico, estando a imagem subordinada a este, estará abrigada pela autorização legal e, por consequência, representa um ato lícito, salvo possibilidade de excessos.

Com efeito, ao fundamentar o entendimento na ementa, duas observações devem ser feitas: primeiro, referente ao item 4, que ressalta a relevância da matéria jornalística, para combater a injustiça e a intolerância, demonstra a ponderação feita entre os valores constitucionais (liberdade de informar x direito à imagem), na qual os valores trazidos pela publicação se sobrepõem aos individuais e, segundo, referente ao item 5, que deixa claro que, mesmo acobertado pela liberdade de informar, a obra jornalística não é isenta de responsabilização caso cometa abusos no seu exercício, de modo que o direito de ser publicada estaria garantido pela ponderação, porém esta não seria ilimitada, haja vista que o conteúdo deve atender aos limites legais.

Por outro lado, em outras duas análises traçadas pela mesma corte, nos Recursos Especiais nº 1.334.097/RJ (BRASIL, 2013b) e 1.335.153/RJ (BRASIL, 2013c), realizadas com base num programa de televisão denominado de Linha Direta-Justiça, que relembrava casos de crimes que marcaram época na sociedade e ganharam repercussão nacional, o direito ao esquecimento foi suscitado e os julgamentos seguiram caminhos diferentes, demonstrando o entendimento jurisprudencial sobre a linha tênue que separa os limites de atuação da projeção da *imagem-fato*.

O direito ao esquecimento consiste numa forma de resguardar a dignidade humana da pessoa humana e os direitos da personalidade de alguém, em face de informações sobre fatos públicos que esteja envolvido e que não deseja que sejam relembradas. Trata-se de uma garantia ao uso de dados em relação a fatos pretéritos, em especial sobre a forma e a finalidade em que são utilizados (SCHREIBER, 2013). Desse modo, ele é aplicado na concepção de que os fatos históricos perderiam o interesse coletivo com o passar do tempo, de sorte que seria necessário se excluir a informação em nome da proteção dos direitos da personalidade (EHRHARDT JÚNIOR; NUNES; PORTO, 2017).

Trata-se de uma construção que ganhou força na jurisprudência estrangeira[146] e chegou ao STJ nos julgados mencionados, para reconhecer a existência de violação a direi-

[146] O direito ao esquecimento passou a ganhar destaque, principalmente, depois do julgamento pelo Tribunal Constitucional Alemão, do caso Lebach em 1990, como relatam Carlos José Cordeiro e Joaquim José de

to da personalidade mesmo diante de fatos públicos, o que resultou na elaboração do Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, segundo o qual: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento". Outrossim, vale dizer que o direito ao esquecimento, por entrar em conflito com o direito à memória, à verdade histórica e a liberdade de imprensa, não se encontra num patamar superior àqueles, de modo que deve ser reconhecido a partir de um juízo de ponderação[147].

Deveras, no primeiro julgamento citado (REsp. nº 1.334.097/RJ), a corte acatou a tese do direito ao esquecimento, no caso da reportagem sobre o conhecido crime da Chacina na Candelária. Para tanto, o tribunal, após a abordagem sobre o direito ao esquecimento[148], reconheceu a importância da imprensa e de sua liberdade para noticiar fatos históricos e iniciou a delimitação de parâmetros de atuação. Senão, vejamos:

---

Paula Neto (2015, p. 14): "[...] o Tribunal Alemão decidiu pela proteção da personalidade de um dos condenados pelo assassinato de quatro soldados alemães, crime que seria reportado em um programa televisivo pouco tempo antes do término do cumprimento da pena. Entendeu-se que o direito do condenado ao esquecimento de fatos pessoais pretéritos, no caso concreto, deveria prevalecer sobre a liberdade de imprensa, tendo-se em conta que a imprensa não poderia utilizar-se por tempo ilimitado de fatos pessoais passados, cujo interesse público à informação já havia se esgotado".

147 Nesse sentido, lecionam CORDEIRO; PAULA NETO (2015, p. 20): "[...] tem-se que o direito ao esquecimento só pode ser concretizado à luz do caso concreto, envolvendo de forma predominante uma análise problemática ao invés de uma análise conceitual. Isso se deve ao fato de que este direito encontra-se em frequente colisão com outros direitos de igual envergadura, como o direito à liberdade de imprensa. Assim, exige-se o estudo atento da situação e da relação entre a norma e a realidade social à sua volta para a correta aplicação pelo julgador". Apesar de ter sido reconhecido pelo direito brasileiro, como apontado pelos julgamentos e pelo Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, o direito ao esquecimento não se constitui numa unanimidade na doutrina nacional, como se pode observar pelas críticas feitas por EHRHARDT JÚNIOR; NUNES; PORTO (2017, p.73): "[...] a imposição de restrições às liberdades comunicativas fundamentadas no direito ao esquecimento não se mostra legítima. Na extensão que lhe atribuiu o STJ, ele não está consagrado em qualquer norma jurídica constitucional ou infraconstitucional. Não pode sequer ser extraído do ordenamento jurídico pela via interpretativa, seja com base na garantia da privacidade, seja a partir do princípio da dignidade da pessoa humana."

148 No que diz respeito ao direito ao esquecimento, o Superior Tribunal de Justiça, neste julgado, impende a transcrição de parte deste entendimento, que se deu nos seguintes termos: "[...] 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado. 3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações. 4. Um dos danos colaterais da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira" (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados [...]"(BRASIL, 2013b).

> 7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.
>
> 8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seleto grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das "coisas humanas".
>
> 9. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do "bandido" vs. "cidadão de bem".
>
> 10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo - a pretexto da historicidade do fato - pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo - tardio, mas possível - das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia. (BRASIL, 2013b)

Mais adiante, longe de pretender traçar uma resposta *a priori* sobre os casos abordados, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a importância da ponderação para o estabelecimento de respostas, como se observa na continuação do julgamento:

> 17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.
>
> 18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado - com muita razão - um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor

> precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.
>
> 19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte [...] (BRASIL, 2013b).

Nesse sentido, note-se que, pelo entendimento sobre a análise do caso concreto, os julgadores perceberam que a obra apresentada na televisão ultrapassou a fronteira da narrativa do "fato", compreendida pela utilização da *imagem-fato*, de modo a encontrar a *imagem-valor*, na medida em que os valores pessoais decorrentes da dignidade do condenado pelo crime, que já havia cumprido sua pena, foram atingidos com a produção jornalística.

Por conseguinte, o resultado desta transposição, da *imagem-fato* para a *imagem-valor* no conteúdo divulgado, foi justamente a condenação dos responsáveis pela publicação da obra em danos morais, haja vista que os valores da personalidade foram atingidos de forma injustificada, por entenderem os ministros, que a notícia poderia ter sido apresentada sem a exposição da pessoa envolvida.

Por outro lado, no segundo julgamento citado (REsp. nº 1.335.153/RJ), o programa apresentou o caso "Aida Curi", ocorrido em 1958 que, a despeito também de ter sido alegado o direito ao esquecimento, como no julgamento retromencionado, considerando-se que o fato foi revivido muitos anos após o cumprimento da pena, a corte se posicionou de forma diversa, ao entender que a obra foi produzida dentro dos limites do fato, como se observa pela transcrição abaixo:

> [...] 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.
>
> 3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento - se assim desejarem -, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os

> canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.
>
> 4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor - condenado e já penalizado - deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima - por torpeza do destino - frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.
>
> 5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.
>
> 6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos. [...] (BRASIL, 2013c)

Nesse sentido, como se pode observar pela manifestação da corte, o julgamento anteriormente analisado, que reconheceu o direito ao esquecimento e ensejou uma indenização por danos morais, teve resultado diverso deste em que a reparação civil foi rejeitada[149], demonstrando a necessidade de se analisar caso a caso, a fim de averiguar os limites legais na ponderação entre os valores envolvidos.

Ainda sobre os limites legais da exploração da imagem, algumas situações são bastante debatidas e precisam ser analisadas dentro da ponderação dos interesses envolvidos, tais como o caso das biografias não autorizadas, a imagem de pessoas notórias e a divulga-

[149] Nesse sentido, de acordo com o referido julgamento sobre a reparação civil, a corte decidiu nos seguintes termos: "[...] 7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexo causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um "direito ao esquecimento", na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. 8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança. 9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias - assim também ao que alegam os próprios recorrentes -, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização. [...]" (BRASIL, 2013c).

ção da imagem de presos nos programas jornalísticos. Neste contexto, vale dizer que todos estes casos, enquanto atrelado aos fatos de interesse público também se encontram resguardados pelo direito de projeção do seu titular.

Este foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, que reconheceu a liberdade de informar e a desnecessidade de autorização para a publicação de biografia, que representa conteúdo histórico. Senão, vejamos pelo conteúdo expresso na ementa, abaixo transcrita:

> [...] 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. [...]

Sendo assim, nestes casos, prevalece o direito de projeção sobre o direito à imagem, tendo em vista o interesse público sobre o conhecimento de determinado acontecimento se mostra mais importante que o resguardo ao direito da personalidade. Destarte, quando um político ou um artista conhecido vem a público, para fazer um pronunciamento ou convocar uma coletiva para a imprensa, a autorização da divulgação já se encontra presente pelas circunstâncias, considerando o próprio comportamento do titular do direito à imagem. Todavia, fora isso, o fato público, que é de interesse público, objeto da notícia, é o elemento essencial de análise do limite dos direitos envolvidos, daí porque se defende neste trabalho que a imagem deve ser associada ao fato (*imagem-fato*).

Nesse sentido, segundo Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli (2012), o interesse público autorizador da divulgação deve ser entendido em sentido amplo, o que envolve o direito à informação, o interesse cultural (didático e científico), o interesse da justiça e da ordem pública ou mesmo de pessoas no mesmo de uma coletividade em que não se mostra identificável ou em ambiente público. Em todo caso, ressalte-se que o *fato* deve representar um motivo de conhecimento relevante, o que, por exemplo, não pode ser confundido com os momentos de lazer ou de intimidade de determinada família, ainda que em local público e que venha a despertar o interesse de um número relevante da sociedade.

Ademais, pessoas notórias (e não públicas) também são alvo constante da curiosidade alheia, o que faz com que determinados fotógrafos, conhecidos como *paparazzi*, denominação italiana amplamente utilizada, ultrapassem os limites da intimidade, a fim de buscar imagem que atraiam o interesse do público em geral. Porém, neste caso, não há que se falar em interesse público relevante e sim em devassa aos direitos da personalidade, o que deve ser reprimido e inibido pelo Poder Judiciário.

Contudo, o fato de ser alguém notório não faz dessa uma *pessoa pública*. As pessoas não são "públicas". As pessoas ganham relevância social de acordo com a sua importância histórica em determinado segmento profissional, o que atrai o amor e o ódio do público em geral.

A compreensão do papel público da vida de uma pessoa sobre a sociedade foi analisada pela doutrina alemã que reconheceu a existência de duas personalidades passíveis de proteção, uma em sentido absoluto, para quem possui notoriedade geral, para quem não haveria uma proteção da imagem, salvo os casos de violação da esfera íntima, em face do direito público de ser informado, e outra em sentido relativo, para os que se tornam figuras públicas em face de determinados acontecimentos, para os quais a proteção da imagem somente deveria ser utilizada em cumprimento ao dever de informar ao público (ZANINI, 2018).

Esta teoria foi bastante utilizada, mas sucumbiu diante do Caso Caroline de Mônaco II, que fora fotografada em companhia de namorado, num restaurante, e procurou o Poder Judiciário alemão para proibir a publicação de fotos, porém, não teve sua pretensão acolhida nas duas primeiras instâncias de conhecimento e pelo BGH, nem perante o Tribunal Constitucional alemão, que somente reconheceu o direito de terceiros envolvidos com a imagem, o que lhe motivou uma reclamação no TEDH que tanto considerou a violação ao direito à imagem, quanto que a omissão do Estado contribuiu para as violações[150] (ZANINI, 2018).

Nesse sentido, a decisão foi um relevante paradigma para a proteção da imagem da pessoa, ainda que se trate de alguém que goze de notoriedade, como, relata Leonardo Estevam de Assis Zanini (2018, p. 282-283):

---

[150] De acordo com Leonardo Estevam de Assis Zanini (2018, p. 281): "No julgamento foi decidido, de forma unânime, que deveria ser garantido a toda pessoa, seja ela conhecida ou não do grande público, uma legítima expectativa de proteção e respeito de sua vida privada contra a imprensa sensacionalista, no que restaram evidentes as críticas feitas pela corte quanto à figura alemão de pessoa da história contemporânea em sentido absoluto. Em seu lugar foi proposta uma nova classificação tripartida, distinguindo entre políticos, figuras públicas e pessoas privadas, bem como a substituição do critério de separação espacial pela ideia de expectativa legítima de tutela da imagem e da privacidade."

> [...] o TEDH reorganizou a dinâmica do registro da publicação de fotografias, somente admitindo, sem consentimento da pessoa representada aquelas imagens que possam contribuir para a discussão de problemas de interesse geral. Nessa linha, "*fotos que não tenham interesse público, não importa se o fotografado é uma pessoa pública, ferem o direito à privacidade e devem ter sua publicação vedada*". Logicamente estão excluídas desse raciocínio aquelas informações com mero caráter de entretenimento, que objetivam apenas a satisfação da curiosidade de um determinado público, o que revela uma maior flexibilidade e sensibilidade humana na ponderação dos interesses em jogo.

Como se observa, a decisão amplia a esfera de proteção da pessoa notória, separando o que venha a compor o legítimo interesse público da devassa à vida pessoal (íntima e privada), ainda que em espaço público.

No caso das biografias, ao retratarem pessoas notórias, trazem consigo algumas histórias de interesse geral e importância histórica e outros fatos que expressam a sua intimidade e a sua privacidade. Os primeiros estariam autorizados pelo interesse público; ao passo que os segundos somente se contiverem *fatos públicos* relevantes, como, por exemplo, a prática de crime ou tratamento de uma doença, ou seja, autorizados pelos biografados (principais e secundários).

Por fim, no caso da divulgação de presos, o mesmo, geralmente se encontra coberto pela liberdade de informar, ao se referir ao fato prisão ou perseguição penal. Porém, naqueles programas em que os presos são "apresentados" à sociedade de forma jocosa e debochada, em que os programas jornalísticos buscam mais a exploração da dignidade humana que a própria notícia, existe um nítido excesso que pode ser reprimido pelo Poder Judiciário, haja vista a saída da esfera da *imagem-fato* para o ingresso na *imagem-valor*.

Essa exposição desnecessária do preso faz parte de um discurso sensacionalista[151] utilizado pela televisão, em que a imagem faz parte da estratégia discursiva, sob a justificativa de combate ao crime e promoção da justiça, no qual o jornalismo e o entretenimento se encontram fundidos no mesmo programa, para capturar a audiência, com tom dramático,

---

[151] Em análise ao discurso utilizados pelos programas de televisão que violam os direitos individuais fundamentais dos presos, Túlio Vianna e Juliana Sarkis (2014, p. 820) lecionam: "Algumas das principais regras definidoras da prática ou do modo sensacionalista de produção do discurso de informação no jornalismo diário são "intensificação" exagero de heterogeneidade gráfica; ambivalência linguístico-semântica, que produz o efeito de informar através da não identificação imediata da mensagem; valorização da emoção em detrimento da informação; exploração da extraordinário e do vulgar, de forma espetacular e desproporcional; adequação discursiva ao status semiótico das classes subalternas; destaque de elementos insignificantes, ambíguos, supérfluos ou sugestivos; subtração de elementos importantes e acréscimo ou invenção de palavras ou fatos; valorização de conteúdos temáticos isolados, com pouca possibilidade de desdobramento nas edições subsequentes e sem contextualização político-econômico-social-cultural; discursiva repetitiva, fechada ou centrada em si mesma, ambígua, motivada, autoritária, despolitizadora, fragmentária, unidirecional, vertical, ambivalente, dissimulada, indefinida, substitutiva, deslizante, avaliativa; exposição do oculto, mas próximo; produção discursiva sempre trágica, erótica, violenta, redemola, insólita, grotesca ou fantástica".

que serve para a violação dos direitos individuais fundamentais do preso (VIANNA; SARKIS, 2014).

Destarte, refletindo sobre os limites desta atuação do jornalismo, advertem Túlio Vianna e Juliana Sarkis (2014) que a imprensa é livre para informar sobre fatos criminosos e emitir opinião sobre os mesmos, mas isso não se confunde com o discurso sensacionalista que transforma os fatos em novelas diárias cujos personagens são os criminosos.

Nesse sentido, importa agora analisar as hipóteses em que o conteúdo central do direito à imagem, enquanto valor de proteção da dignidade humana nas relações privadas, foi atingido, resultando numa ação não autorizada pelo direito brasileiro.

*4.3.2.3 Limites à exploração da imagem-valor*

Após analisar os casos em que a divulgação da imagem projetada se encontra respaldada por uma autorização legal ou negocial (autorização ou licença), o presente estudo passa a analisar os casos em que os limites legais foram excedidos e a exploração da imagem atingiu um valor protegido.

Nesse sentido, estaremos diante de uma violação ao direito, que representa um ato ilícito, passível, assim de gerar uma reparação por danos ao titular do direito à imagem, afetado com a publicação não autorizada nos termos do direito, o que foi alvo de análise pelo Superior Tribunal de Justiça em algumas demandas, dentre as quais o julgamento do Recurso Especial nº 1.728.040/SP (BRASIL, 2018b), em que o quadro "Vô/Num vô", do programa "Pânico na TV", foi o alvo na análise judicial nos seguintes termos:

> [...] 4. Sempre que houver agressão a algum direito da personalidade do indivíduo estará configurado o dano moral, a ensejar a devida compensação indenizatória.
>
> 4.1. Na hipótese, a conduta dos réus em divulgar na mídia (televisão e internet) o corpo da autora em trajes de banho, ainda que o rosto tenha sido parcialmente encoberto, sem a sua autorização, em contexto desrespeitoso e com insinuações de natureza sexual, no quadro "Vô, num vô", do programa humorístico "Pânico na TV", com fins comerciais, violou o seu patrimônio moral, notadamente os direitos da personalidade concernentes à imagem e à privacidade da recorrente.
>
> 4.2. O fato de a filmagem ter sido feita em local público não é suficiente para afastar, no caso concreto, o reconhecimento do dano moral. Isso porque não foram feitas imagens gerais da praia em que a recorrente estava, mas, sim, na verdade, o propósito da filmagem foi justamente o de explorar a imagem da recorrente, no contexto do respectivo quadro humorístico, em que os repórteres avaliavam os atributos físicos das mulheres, a fim de justificar a entrega do adesivo "Vô" ou "Num vô", a revelar a existência de dano moral indenizável, independentemente de qualquer prejuízo, nos termos do que proclama a Súmula n. 403/STJ.
>
> 4.3. A liberdade de imprensa não pode servir de escusa a tamanha invasão na privacidade do indivíduo, impondo-lhe, além da violação de seu direito de imagem, uma situação de absoluto constrangimento e humilhação. [...]

Ora, considerando que o propósito do quadro não era de retratar nenhum tema de interesse público, mas apenas o "entretenimento" do público a partir da exposição de atributos físicos de uma pessoa, sem que houvesse prévia autorização para a divulgação da sua imagem, muito menos sendo utilizada de forma a ferir seus valores pessoais, há nítida ofensa ao direito de personalidade.

Desse modo, a imagem projetada atingiu diretamente os valores pessoais (*imagem-valor*) da pessoa captada pela obra, que, sentindo-se ofendida com a divulgação e com a conotação que foi dada ao seu corpo e à sua imagem, buscou a reparação através do Poder Judiciário. Note-se que, neste contexto, independentemente de haver natureza comercial ou filmagem em local público, os valores pessoais foram atingidos pela obra, o que deve ser passível de responsabilização na esfera cível.

Sendo assim, uma vez que não havia qualquer autorização para a projeção da imagem da autora da demanda (negócio jurídico), deveria haver um motivo autorizador (fato), como uma notícia, ou, ainda, no caso da proposta do programa, que a projeção da imagem da autora não tivesse sido posicionada no centro da obra. Portanto, a pessoa poderia até ter sido filmada sem autorização, se não fosse a abordada diretamente pelo quadro, como, por exemplo, ocorre com uma transeunte, que foi ocasionalmente exposta no fundo da filmagem, não sendo, pois, relacionada com a exposição indevida.

Ademais, saliente-se que a violação pode afetar diversos valores em associação com a imagem, tais como a honra, a privacidade, a intimidade, contudo, como já defendido anteriormente nesta pesquisa, não precisa estar associada a nenhum deles para atingir a *imagem-valor*, visto que a própria imagem já goza de proteção autônoma.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, em análise ao Recurso Especial nº 1.307.366/RJ (BRASIL, 2014b), reconheceu a proteção autônoma da imagem, que se apresentava em local público, mas que foi alvo da exploração indevida:

> [...] 3. O uso e divulgação, por sociedade empresária, de imagem de pessoa física fotografada isoladamente em local público, em meio a cenário destacado, sem nenhuma conotação ofensiva ou vexaminosa, configura dano moral decorrente de violação do direito à imagem por ausência de autorização do titular. É cabível indenização por dano moral decorrente da simples utilização de imagem de pessoa física, em campanha publicitária, sem autorização do fotografado (Súmula 403/STJ: "Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais") [...]

Doravante, a exploração da *imagem-valor* independe de estar associada a outros elementos que venham a expor a pessoa a algum constrangimento, como a ofensa à honra, visto que o direito à imagem pode ser violado em si mesmo, uma vez que representa um

valor autônomo. Por conseguinte, diante das circunstâncias do caso analisado, nota-se que o valor da imagem foi utilizado para fins comerciais de forma indevida, o que, como demonstrado anteriormente, já impõe o dever de reparar independentemente da demonstração do dano à imagem.

A partir da compreensão dos limites existentes, que considera o conteúdo envolvido pela imagem divulgada, o presente estudo passa a abordar a responsabilidade civil pela atuação ilícita do agente, que venha a causar danos ao titular de um direito, bem como suas formas de reparação admitidas no direito brasileiro.

## 4.4 A REPARAÇÃO DE DANOS ENVOLVENDO A IMAGEM

Após a análise dos limites que separam o uso lícito do ilícito da imagem projetada no direito brasileiro, devem-se analisar as consequências jurídicas pelo uso ilícito, que promova danos ao titular do *direito à imagem* ou ao *direito de projeção da imagem*, que podem ser violados nas relações privadas.

Antes de adentrar ao conteúdo do dano à imagem, é importante perceber que a responsabilidade civil é voltada para o restabelecimento de uma condição anterior ao dano causado e se pauta na ocorrência de um ato ilícito. Neste sentido, o estudo da responsabilidade leva em consideração a existência um ato ensejador de uma lesão e a relação estabelecida entre eles.

Doravante, a regra geral parte do art. 186 do Código Civil, que assim dispõe: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." Não obstante a ação ou omissão ilegal, quando o agente, inicialmente, amparado pelo direito exceder os limites deste, também cometerá ato ilícito, face ao manifesto abuso de direito, como se observa pela redação do art. 187 do Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

Em arrimo a compreensão da licitude do ato, o art. 188 do Código Civil ainda exclui da categoria de atos ilícitos, tanto "os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido" (inciso I), quanto "a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente" (inciso II), desde que este se encontre nos limites do que se considere indispensável para afastar o perigo de dano (parágrafo único).

Desse modo, sob a perspectiva do titular do direito à imagem, a publicação da *imagem-valor* representa uma violação ao seu direito, que pode ocorrer com a projeção sem autorização, legal ou consensual, quanto os eventuais excessos cometidos pelo projetor na publicação da *imagem-fato* ou da *imagem-projeção*, o que caracteriza o abuso de direito, e, consequentemente, enseja o dever de reparar. Por outro lado, nos termos do art. 188 do Código Civil, é possível que o projetor até mesmo tenha causado lesão a outrem, sem cometer ato ilícito, desde sua ação seja necessária para a proteção de direito próprio, como o exercício do direito de resposta, em que uma imagem seja utilizada como prova em sua defesa.

Estes dispositivos foram complementados pelo art. 927 do Código Civil, que determina que: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo" e, posteriormente, no caso específico do direito à imagem, pela edição do Enunciado nº 587 da VII Jornada de Direito Civil, segundo a qual:

> ENUNCIADO 587 – O dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*.

Doravante, a publicação de uma imagem sem a devida autorização (legal ou consensual) pode ensejar a reparação ao seu titular, na condição de ato ilícito, da mesma forma que a publicação de uma imagem obtida fora do contexto, uma vez que a modificação das condições fáticas em que a imagem foi captada implica em alteração da percepção em que a mesma pode ter com uma nova notícia, na condição de abuso do direito, por violar os direitos da personalidade[152], de modo que o projetor deve expressar o cuidado para evitar que sejam feitas associações indevidas entre a imagem e os elementos textuais não compreendidos pela notícia (ALMEIDA JÚNIOR, 2013).

Por outro lado, no que diz respeito à existência de danos, é importante ressaltar que o mesmo é considerado *in re ipsa*, isto é, independente de comprovação das consequências advindas do mesmo, bastando apenas a sua demonstração para que venha a ser reconhecido. Ademais, este é o entendimento adotado pela jurisprudência do Superior Tribunal de

---

[152] Segundo Vitor de Azevedo Almeida Júnior (2013), a imagem traz consigo o seu conteúdo informativo associado ao conteúdo textual da notícia. Neste sentido: "A aposição de imagens para ilustrar um fato inteiramente diverso daquele do qual elas foram originadas apresenta-se como clara mácula a referido atributo da personalidade. As circunstâncias de formação da fixação imagética compõe seu conjunto e contemplam sua finalidade, que deve ser, em regra, observada e mantida. Desse modo, a modificação das condicionantes fáticas implica na completa alteração significativa da imagem. Uma imagem é polissêmica por natureza, pois depende da experiências sociais e culturais em que cada indivíduo está embebido, e,

Justiça, como se observa pelo julgamento do Recurso Especial nº 1.217.422/MG (BRASIL, 2014a), como se observa pela transcrição abaixo:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. DIREITO À IMAGEM. USO INDEVIDO DA IMAGEM DE MENOR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. FOTOGRAFIA ESTAMPADA EM MATERIAL IMPRESSO DE PROPAGANDA ELEITORAL.
>
> 1. Ação indenizatória, por danos morais, movida por menor que teve sua fotografia estampada, sem autorização, em material impresso de propaganda eleitoral de candidato ao cargo de vereador municipal.
>
> [...]
>
> 3. Para a configuração do dano moral pelo uso não autorizado da imagem de menor não é necessária a demonstração de prejuízo, pois o dano se apresenta in re ipsa.
>
> 4. O dever de indenizar decorre do próprio uso não autorizado do personalíssimo direito à imagem, não havendo de se cogitar da prova da existência concreta de prejuízo ou dano, nem de se investigar as consequências reais do uso.
>
> 5. Revela-se desinfluente, para fins de reconhecimento da procedência do pleito indenizatório em apreço, o fato de o informativo no qual indevidamente estampada a fotografia do menor autor não denotar a existência de finalidade comercial ou econômica, mas meramente eleitoral de sua distribuição pelo réu [...]

Por conseguinte, a violação ao direito à imagem, por meio de um ato ilícito, já traz consigo a compreensão de um dano à personalidade do seu titular em si, de sorte que somente o fato depende de comprovação e não o dano. Desse modo, no momento do julgamento, o magistrado deverá avaliar apenas a ocorrência do ato ilícito e a dimensão da repercussão da imagem, para melhor se entender a dimensão da lesão causada, a fim de se compreender também a proporção da reparação necessária ao caso em concreto, como exigido pelo art. 944 do Código Civil.

Em face de lesão ao direito à imagem, juristas trabalham com a denominação própria de *dano à imagem*. É importante perceber que, como observa Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho (2019) uma nova e específica denominação não chega a representar um "novo dano", embora a maior proteção de bens jurídicos oriundos da dignidade tenha proporcionado uma "adjetivação dos danos"[153], pois estes já estariam protegidos pela cláusula

---

por isso, o contexto no qual determinada imagem é divulgada é tão importante" (ALMEIDA JÚNIOR, 2013).

[153] Em face a prática da adjetivação dos danos para a identificação de uma nova lesão, Rodolfo Mário Pamplona Filho (2019) alerta que: "A prática da adjetivação de danos parece não apenas ser atécnica, mas também perigosa, resultando não numa ampliação da proteção à pessoa, mas a uma redução. Ao se enumerar todas as situações merecedoras de tutela, dando nomes próprios a cada dano decorrente delas, corre-se o risco de entender que um dano, quando não esteja inserido nas hipóteses enumeradas, não merece proteção, restringindo, portanto, a tutela à pessoa. A dignidade não comporta limitações, bem como qualquer dano que a ofenda."

geral de proteção. Destarte, apesar da utilização de uma denominação própria para caracterizar uma lesão específica, o direito brasileiro reconhece apenas três tipos de danos, quais sejam: patrimoniais, extrapatrimoniais e o direito à imagem, de natureza *sui generis*[154] (PAMPLONA FILHO, 2019), sendo esta classificação extraída do inciso V do art. 5º da Constituição Federal que preceitua: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

Essa, porém, não se mostra uma posição unânime na doutrina nacional, encontra outros posicionamentos dissonantes, como Antônio Carlos Morato (2011) para quem a ideia de um dano à imagem não possui lastro teórico, embora previsto na Constituição Federal de 1988, pois na essência esses danos dizem respeito às lesões sobre aspectos patrimoniais ou extrapatrimoniais, não existindo uma terceira categoria nova e autônoma.

Doravante, apesar das justificativas que embasam os dois posicionamentos acima expostos, o presente trabalho não utilizará a expressão *danos à imagem* como uma categoria jurídica própria, como algo novo pertencente a um terceiro gênero de danos, mas como uma realidade fática, com denominação específica que abrange o *direito à imagem*, que, por que vez, envolve tanto os danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Na ideia de reparação, além da indenização, que implica numa compensação financeira pelo dano causado, outras medidas se mostram necessárias para a proteção do direito à imagem, tais como a adoção de tutelas proibitivas voltadas para a retirada do material ofensivo, fazendo cessar o dano, ou a adoção de medidas minimizadoras, como o direito de resposta proporcional ao agravo causado, consoante previsão do art. 12 do Código Civil. De fato, tão importante quanto reparar o dano ocorrido é fazer com que ele cesse, impedindo que continue produzindo seus efeitos, bem como adotar medidas que assegurem o resultado final da decisão judicial.

Neste sentido, Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli (2012) explica que a tutela inibitória busca cessar o ato e a continuidade dos efeitos da violação, na busca pela atenuação dos danos, ao passo que, em se tratando de ofensa já consumada no momento da provocação do Poder Judiciário, a medida judicial decorrerá de tutela indenizatória, que busca

---

[154] Sobre a dicotomia utilizada para a caracterização dos danos no direito brasileiro, Rodolfo Mário Pamplona Filho justiça a colocação do dano à imagem numa categoria autônoma nos seguintes termos: "Utilizar-se-á a distinção dano patrimonial/dano extrapatrimonial ao invés da dicotomia dano material/dano moral, mais comum na doutrina, pois se entende estar inserido dentro do conceito de dano extrapatrimonial não apenas o dano moral, como também o dano à imagem. Colocar o dano à imagem fora da dicotomia ora proposta é entendê-lo como um dano *sui generis*, nem patrimonial, nem extrapatrimonial, o que não parece correto" (PAMPLONA FILHO, 2019)

o ressarcimento pelos danos materiais[155] (dano emergente, o lucro cessante e o dano iminente) e a compensação pelos danos morais, que atingem os bens da personalidade.

Não obstante os mecanismos de proteção estarem previstos em lei, eles precisam ser repensados na atualidade, a fim de assegurarem uma efetiva proteção dos direitos da personalidade, tendo em vista que a lesão a uma imagem pode acontecer em poucos segundos, com uma divulgação não consentida que venha a adentrar na rede mundial de computadores e circular o mundo. Por conseguinte, o Superior Tribunal de Justiça flexibilizou algumas regras como a da territorialidade, no REsp nº 1.168.547, uma vez que aceitou o pedido contra uma violação da imagem ocorrida na Espanha, através da internet e até da legitimidade do polo passivo, no REsp. nº 1.021.987, ao determinar que o *Yahoo! Brasil* retirasse do ar um conteúdo inverídico sobre uma mulher que fora realizada pelo *Yahoo! Inc.* (TINANO, 2015).

Em outros julgados, Thaita Campos Trevizan (2014) ressalta o prazo de 24h dado pela corte para o provedor retirar um conteúdo ofensivo da internet, sob pena de responder solidariamente, tendo em vista, justamente, a alta velocidade em que as informações são compartilhadas no âmbito virtual (REsp nº 1.323.754/RJ) e a possibilidade de mitigação da distribuição do ônus da prova nos moldes estáticos (REsp. nº 1.135.543/SP), adotando-se a teoria dinâmica para reconhecimento do ônus probatório na análise concreta do caso levado a julgamento. Estas medidas reforçam o papel da tutela inibitória na proteção das situações existenciais (TREVIZAN, 2014).

Por oportuno, saliente-se que no ambiente da internet, as ofensas a direitos da personalidade e à imagem são imputadas aos seus autores, denominados de *provedores de informação*, os responsáveis pelos documentos violadores. Outras responsabilidades ligadas a esta, dependerão da contribuição para o fato, como os *provedores de conteúdo*, que colocam as informações produzidas pelos provedores de informações à disposição para o acesso ao público, possuindo, em regra o controle editorial prévio[156], o que pode representar

---

[155] A referida autora, para justificar a ocorrência de danos materiais, que correspondem aos prejuízos de natureza econômica, defende o conteúdo patrimonial da imagem, nos seguintes termos: "[...] o direito à imagem, ao contrário da maioria dos demais direitos da personalidade, possui conteúdo também patrimonial ou material, o que possibilita ao seu titular a exploração econômica de seus sinais físicos identificadores" (AFFORNALLI, 2012).

[156] A fim de esclarecer este ponto, o art. 19 da Lei nº 12.965/2014, dispõe que: "Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário". Neste sentido, de acordo com a lição de Leonardo Estevam de Assis Zanini, quando não for exercido o controle editorial prévio, a responsabilidade do provedor de conteúdo se equivale ao de hospedagem. Senão, vejamos: "[...] quando não for exercido o controle editorial prévio,

uma solidariedade na responsabilidade; e a dos *provedores de hospedagem*, que garantem o armazenamento de dados, possibilitando o acesso, não participando do processo de criação, desenvolvimento da *web site*, que nos termos da Lei n º 12.965/2014 somente respondem quando não adotarem as devidas providencias para a retirada do conteúdo após a notificação judicial (ZANINI, 2018).

Outro ponto importante na reparação é a distinção entre o *direito à imagem* e o *direito de imagem*, que compreende o conteúdo patrimonial envolvido, onde se tem uma reparação por dano moral e outra decorrente da vedação ao enriquecimento sem causa. Esta distinção pode ser percebida pelo julgamento do Recurso Especial nº 1.698.701/RJ, em que o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2018a), em análise ao uso não autorizado de imagem em campanha publicitária, reconheceu a distinção necessária aos institutos, nos seguintes termos:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. FINS COMERCIAIS. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. DEVER DE RESTITUIÇÃO. LUCRO DA INTERVENÇÃO. FORMA DE QUANTIFICAÇÃO.
>
> [...]
>
> 2. Ação de indenização proposta por atriz em virtude do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária. Pedido de reparação dos danos morais e patrimoniais, além da restituição de todos os benefícios econômicos que a ré obteve na venda de seus produtos.
>
> 3. Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, nos termos da Súmula nº 403/STJ, tem o titular do bem jurídico violado o direito de exigir do violador a restituição do lucro que este obteve às custas daquele.
>
> 4. De acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil.
>
> 5. O dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico.
>
> 6. A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito

---

conforme dispõe o art. 19 da Lei nº 12.965/2014, tal como ocorre com o provedor de hospedagem, só haverá responsabilidade do provedor de conteúdo por atos ilícitos praticados por terceiros se, após ordem judicial determinando a retirada de conteúdo, não forem adotadas as providências pertinentes. Destarte, após a vigência do Marco Civil da Internet, não será possível a responsabilização do provedor de conteúdo se a notificação para a retirada do conteúdo for meramente extrajudicial, como era anteriormente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça" (ZANINI, 2018, p. 341).

> de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante. [...]

Note-se que a corte reconheceu o pedido de danos morais, que encontram a sua fundamentação na violação do direito à imagem (direito da personalidade), não foram os únicos decorrentes do fato. Com efeito, além de se reconhecer os danos morais, o tribunal também aceitou os pedidos de danos patrimoniais e o denominado "lucro da intervenção", decorrente do enriquecimento sem causa promovido pela utilização não consentida na imagem em propaganda comercial, que representou a utilização indevida do *direito de imagem*.

Ademais, saliente-se que para a quantificação dos danos, no caso em tela, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2018a) estabeleceu como critérios: a) na apuração do lucro patrimonial no tempo da intervenção indevida; b) aferição da contribuição de cada parte e d) distribuição equitativa para cada participante. Neste sentido, nota-se que se trata de critérios voltados para a indenização do dano causado ao *direito de imagem*, isto é, ao conteúdo patrimonial da imagem que, segundo a corte, deve manter a sua equivalência ao proveito econômico obtido com a exploração indevida, como forma de inibir que o projetor se beneficie da ilegalidade.

No plano doutrinário, em que pese existir discussão sobre os critérios de quantificação dos danos morais, Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli (2012) defende alguns critérios para a fixação do valor da indenização, de acordo com o caso concreto, tais como: a *gravidade do dano*, a ser aferida objetivamente, considerando as repercussões e consequências; a *intensidade da culpa do causador;* a *condição econômica das partes*, como requisito para a garantia da compensação, de modo que o quanto em relação ao poder econômico das partes pode representar um excesso ou uma reparação irrisória e a *posição social das partes*.

Nesse sentido, analisando a função satisfativa ou compensatória, esta não se limita apenas a estabelecer uma compensação à vítima, mas também de promover uma mudança na conduta do ofensor, devendo, pois, exercer tanto um caráter punitivo, a fim de que o ofensor não volte a repetir a conduta lesiva, quanto pedagógico, a fim de ensinar a agir de forma mais cuidadosa com os direitos violados (NEVES, 2011).

Por outro lado, o *direito de projeção* da imagem também pode sofrer a sua violação indevida, muitas vezes, caracterizado pelo impedimento de divulgação da imagem, quando esta se encontre autorizada pelo interesse público, no caso da *imagem-fato*, como analisado anteriormente. Neste diapasão, a proibição de comercialização de um livro ou divulgação

de uma foto histórica num meio de comunicação, ou a publicação de um quadro, pode causar prejuízo ao projetor sobre a publicação, tanto no que se refere ao momento, uma vez que a produção autoral e de comunicação se pautam pela originalidade e pelo ineditismo, além da oportunidade com uma data simbólica, quanto pelo conteúdo, ao se praticar uma censura prévia à liberdade de expressão e manifestação do pensamento. Sendo assim, verificando-se excesso na proteção da imagem e danos ao projetor, estes também se mostram passíveis de serem reparados.

Doravante, os valores envolvidos na relação devem ser pesados com bastante sobriedade, a fim de que não representem nem uma censura prévia à produção cultural e de informação, o que deve ser uma medida excepcionalíssima no direito brasileiro, pautada em critérios que não tentem impedir o livre exercício do direito constitucional (STROPPA, 2015); nem tampouco uma carta branca para a produção cultural irrestrita, que venha a representar uma violação dos direitos da personalidade dos retratados em nome da liberdade irrestrita (FRANCISCHINI; SILVA, 2015).

Sendo assim, o instituto da responsabilidade civil compreende um critério importante para a defesa do direito à imagem, tanto por se tentar restabelecer o estado anterior à violação, através de medidas acautelatórias de proteção da pessoa, como a retirada de material divulgado, quanto por meio de medidas de compensação e reparação, que visam à determinação do pagamento de correspondentes econômicos proporcionais à violação, voltados para a repressão e para que possam coibir atos lesivos da mesma natureza.

Por outro lado, os possíveis excessos praticados na defesa da imagem por seu titular, também podem ensejar danos àqueles que possuem o direito na difusão da informação e da cultura, os projetores, devendo ser igualmente protegidos pelo direito brasileiro, no exercício de ponderação no caso concreto, em que a tutela da imagem deve ser afastada.

## 5. CONCLUSÕES

Após o desenvolvimento da presente pesquisa, que buscou a análise dos elementos jurídicos relacionados com a exploração da imagem no direito brasileiro, envolvendo o conteúdo do direito da personalidade, da produção autoral e da projeção desta imagem, chegou-se as seguintes conclusões:

1. O desenvolvimento das relações privadas, ao longo da história, resultou na necessidade cada vez maior de proteção do ser humano, o que, juridicamente, trouxe uma ampliação gradativa de normas voltadas para a defesa da própria condição humana, ganhando contornos em outros ramos do direito que reforçaram a dimensão desta tutela.

Embora a proteção da condição humana represente um bem importante a ser tutelado nas relações privadas, o Direito Privado nem sempre voltou sua atenção para isso e esteve, por muitos anos, mais ligada a noção do "ter" que propriamente do "ser". Este processo de afirmação do homem, enquanto centro da norma jurídica, foi gradativo e passou por fases ao longo do curso histórico.

Neste sentido, partindo-se das relações privadas, os valores humanos ganharam tutela em outros ramos do Direito, tais como o direito penal, punindo as ofensas; o direito constitucional, assegurando as liberdades; com os direitos da personalidade, no âmbito civil, assegurando a proteção de valores nas relações privadas e com o advento do princípio da dignidade, assegurando a proteção num relevo mais profundo no ordenamento jurídico, que, juntos, trouxeram verdadeiras dimensões de proteção aos direito da personalidade. Estas dimensões promoveram a inserção de regras e princípios aos textos legais, como no aspecto interpretativo, com as construções hermenêuticas jurisprudenciais e doutrinárias, que reforçaram a noção de necessidade da existência de barreiras às violações sobre a condição humana nas relações sociais.

Assim, os direitos da personalidade, amparados pela defesa dos valores da pessoa, consolidada pelo princípio da dignidade humana, passaram a ser reforçados nos ordenamentos jurídicos, tanto com a sua proteção expressa nos textos legais, com previsões específicas (direito à vida, à liberdade, à honra, à imagem, à privacidade etc.), quanto com a tutela geral, decorrente da existência de um direito geral da personalidade, uma cláusula geral de proteção humana, segundo a qual a pessoa não se encontra sem a devida proteção, ainda que não exista uma previsão expressa no ordenamento jurídico.

2. Em outro lado dessa discussão, a produção autoral passa a ganhar mais destaque social com o passar do tempo e, aliado ao desenvolvimento tecnológico, que possibilitou o aprimoramento das técnicas de produção, alcançou uma maior repercussão econômica das

obras, que, por sua vez, criaram uma necessidade social de regulamentação das relações advindas destas, o que abriu espaço para a tutela jurídica das ditas criações do espírito.

Nesse diapasão, para assegurar a condição dos autores e da circulação das obras, num contexto de maior reprodução dos trabalhos e de maior repercussão econômica, advinda desta produção, o sistema jurídico se voltou para a tutela dos criadores e dos terceiros envolvidos com o processo de criação, donde surgem os direitos de autor e conexos, que, com o tempo, passaram a contemplar os aspectos morais e patrimoniais, envolvidos na obra.

Este processo de afirmação pessoal e patrimonial dos direitos de autor e conexos foi extremamente relevante para criação de um ambiente propício ao desenvolvimento artístico, pois permitiu uma maior segurança, uma maior proteção às obras, um maior retorno econômico aos seus trabalhos, a partir da exploração pelos seus titulares, permitindo que muitos autores pudessem se dedicar ainda mais à produção e com esta assegurar a sua sobrevivência. Neste contexto, abriu-se espaço para a maior produção e circulação de obras, ampliando-se a difusão na sociedade e fortalecendo o acesso ao público à cultura, o que também possibilitou uma maior difusão de ideias, técnicas e expressões.

3. Todavia, apesar da proteção prevista nos ordenamentos jurídicos, a dinâmica das relações sociais, econômicas e tecnológicas, que permitem uma maior difusão da produção cultural, em determinados momentos, confrontam com os direitos da personalidade, em especial, sobre a imagem, objeto central desta pesquisa, trazendo à tona a necessidade de se rever os conteúdos jurídicos para a sua adequação aos novos comportamentos da sociedade.

Desse modo, os novos conteúdos do direito civil, os direitos da personalidade, que possuem história recente em comparação com outros do direito privado, tais como a propriedade e o contrato, apresentaram também novos desafios de compreensão ao Direito, visto que a sua forma de violação também vem sendo reconhecida, em especial aqueles denominados de direitos morais, que podem ser lesados pelo exercício da liberdade de expressão e pela produção autoral, como uma manifestação do pensamento que atinja a honra de determinada pessoa.

4. Neste sentido, o Direito se depara com um fenômeno: a *projeção*. Esta consiste no fato de que um direito da personalidade poder ser captado por uma obra e, com isto, possibilitar que o autor viole o direito de alguém. Com efeito, ao se trazer um novo objeto da tutela constituída, o homem, em si mesmo, como o seu destinatário, os direitos da personalidade também trouxeram novas formas de violação, até então não compreendidas pela

ordem civil. Desse modo, o fenômeno da projeção merece ser considerado, sobretudo, pela sua facilidade de produção e divulgação na atualidade, em que, ao contrário dos séculos anteriores, uma lesão pode ser causada em poucos segundos e, rapidamente, propagar-se pelo mundo, ganhando uma proporção bem maior.

Doravante, imersa nesse contexto, a imagem também possui grande possibilidade de violação, em especial, por dois motivos: um, dada, principalmente, a vasta acessibilidade a aparelhos eletrônicos, especialmente, *smartphones* e câmeras que se conectam a *internet*, capazes de captar e publicar imagens e áudios de pessoas em poucos segundos, e dois, a atribuição de "valor" e de significativa importância à imagem de determinadas pessoas, para a difusão do consumo de produtos. Assim, observa-se que o direito à imagem, conforme construído pelos direitos da personalidade, cuja característica da inalienabilidade é marcante e inafastável, é capaz de reger o primeiro fenômeno, evitando-se a lesão ou ameaça, mas não o segundo, ao se desconsiderar a possibilidade de disponibilidade desses direitos, de acordo com os interesses de seu titular.

Sendo assim, o fenômeno da *projeção* se mostra relevante, pois é capaz de explicar justamente o processo da captação de um direito da personalidade numa obra, na qual coexistirão a produção criativa e o direito da personalidade, que podem ser da mesma pessoa ou de pessoas distintas. Logo, a obra apresenta um produto diverso do valor pessoal da personalidade nela inserida, porém, encontra-se ligada a este também. Desse modo, em se tratando de pessoas distintas, os limites existentes entre os direitos autorais e da personalidade precisam ficar bem delimitados, a fim de se reconhecer a linha tênue que separa o uso lícito do ilícito.

5. Em contrapartida à tutela trazida pelos direitos da personalidade, os direitos autorais buscam a proteção da produção cultural, em suas diversas expressões (literária, artística, dramática, musical, oral, fotográfica, audiovisual etc.,), apresentando uma natureza dúplice de direito moral e patrimonial, tanto para permitir a proteção do autor, quanto para permitir a exploração econômica da obra.

Sendo assim, o Direito Autoral brasileiro também ampara o autor de uma obra, permitindo que a mesma venha a ser protegida por determinado tempo, além de assegurar que obras e trabalhos a ela relacionados, denominadas de direitos conexos, que compõem o processo de produção, também sejam tutelados, sobretudo, no âmbito da exploração econômica, a fim de se evitar a ocorrência do enriquecimento sem causa.

6. Neste contexto, inserida numa sociedade bastante ligada à imagem, sendo esta utilizada para a formação da personalidade, da socialização humana, da comunicação e da

formação cultural, alterando-se a relação do homem com a obra, a imagem ganha importância e valor de mercado, o que alguns doutrinadores reconhecem como o conteúdo patrimonial ou econômico do *direito à imagem*.

Doravante, a compreensão do fenômeno da *projeção* é capaz de explicar a captação de um direito da personalidade em um bem distinto, uma vez que a *projeção da imagem* pode ofender o *direito à imagem*, mas não reduz, subtrai ou exclui a imagem existente da pessoa. Este bem, sendo distinto do direito à personalidade é capaz de explicar as negociações que ocorrem com a imagem, seja através da autorização ou da licença e, ainda, as demandas que envolvem somente a discussão econômica pelo uso, o que consiste no *direito de imagem*.

Assim, a projeção da imagem representa uma associação para a criação de uma obra que envolve a imagem, donde decorrem relações jurídicas de *direito à imagem*, advindas dos direitos da personalidade envolvidos com a obra; *direito de imagem*, decorrente do direito (ou conteúdo) econômico envolvido com a obra; *direito de projeção da imagem*, decorrente da liberdade de produção e exploração da obra e *direito sobre a projeção da imagem,* decorrente do conteúdo econômico advindo sobre a obra.

7. Em outro plano, o *direito de projeção da imagem* representa a possibilidade de exploração da obra que contém a imagem, encarando-se a perspectiva do projetor que se encontra pautada no exercício da liberdade de expressão e manifestação do pensamento, dentro de uma ponderação. Esta exploração pode se dar com fins econômicos ou não, pois sua manifestação independe de remuneração, como a publicação em rede social, num espaço destinado à notícia, educação etc, ou estar voltada, especificamente, para o aproveitamento comercial da notoriedade de determinada pessoa, com finalidade econômica.

O *direito de projeção de imagem* representa uma etapa auxiliar do processo de produção autoral, que se perfaz com a publicação do trabalho, não se confundindo com a obra em si, e, por conseguinte, deve ser encarado como um direito conexo, por ser um trabalho paralelo à obra.

Neste sentido, os limites ao *direito de projeção da imagem* estarão delineados, principalmente, pela liberdade de expressão, na liberdade de informar, quando o projetor apresenta uma obra que possui interesse público que se sobrepõe ao *direito à imagem* de impedir a publicação, como ocorre com a notícia de um crime ou o retrato falado do criminoso. Este limite não pode ser definido *a priori*, depende do caso concreto e de um exercício de ponderação, de sorte que, notando-se o projetor que a produção representa mais um interesse do público que público, corre sério risco de ser responsabilizado pela divulgação.

8. Além da possibilidade legal pautada no interesse público, considerando que a imagem projetada não é a imagem pertencente à pessoa, mas sua reprodução em outro meio (obra), a mesma não se encontra impedida de ser negociada pelo conteúdo do direito da personalidade. Deveras, ao negociar a exploração de sua imagem por terceiro, em troca de um proveito econômico, o sujeito não renuncia ou transfere a sua imagem, mas apenas deixa de se opor ao aproveitamento desta.

Neste sentido, segundo o direito brasileiro, o conteúdo do *direito à imagem* é bastante abrangente e envolve a defesa dos valores da pessoa humana quanto até mesmo o conteúdo patrimonial advindo da utilização destes. Porém, há de se considerar que, caso uma demanda se resuma apenas ao conteúdo econômico, ela não compreende a amplitude do *direito à imagem*, mas algo mais específico, entendido como um *direito de imagem*, visto que este se refere à busca pela remuneração, assegurada de forma específica pela alínea "a", do inciso XVII, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, cujo fundamento é aplicado na Lei de Direitos Autorais, mas não conta com previsão específica do Direito Civil para aqueles que não são tipificados como artistas ou atletas, por exemplo.

9. Vale dizer que a concordância pela utilização da imagem pode se dar tanto na forma de autorização quanto na forma de licença. A primeira ocorre sem finalidade econômica, sem contrapartida, e representa um consentimento com o uso, podendo, assim, ser revogada ao interesse do projetado. Por outro lado, a licença representa um contrato bilateral no qual as partes disciplinam as diversas possibilidades de utilização da imagem, inclusive, se a mesma será remunerada ou não. Neste sentido, a licença não contempla a revogação, mas as figuras contratuais de inexecução, rescisão, resilição e resolução.

10. A partir de então, dado o contexto da exploração da projeção da imagem, tendo em vista os limites constitucionais da liberdade de expressão e da proteção dos direitos da personalidade, é possível o estabelecimento de uma classificação desta imagem projetada, a fim de facilitar a compreensão deste fenômeno. Sendo assim, quanto a sua exploração, a imagem pode ser classificada em: *imagem-fato*, *imagem-projeção* e *imagem-valor*.

Desse modo, a *imagem-fato* é aquela cuja publicação decorre da importância de determinado acontecimento, de modo que o seu conhecimento representa o atendimento ao interesse público, como a foto de um criminoso procurado pelo Poder Público, ou um acontecimento histórico. Neste sentido, por estar revestida do interesse público no conhecimento daquele fato, a divulgação da imagem projetada dispensa o consentimento do titular do direito à imagem que fora projetado nela. Logo, a divulgação encontra abrigo no direito brasileiro e o projetor só pode ser responsabilizado pelo uso abusivo.

A imagem de um fato tem como ponto central um acontecimento e não as pessoas em si mesmas, de modo que pode ocorrer uma captação coletiva, em que ninguém esteja em destaque ou individual em que alguém se encontra em destaque. Esta distinção é importante, pois na primeira não existiria ofensa ao direito à imagem, ao passo que na segunda sim, mas, de acordo com aplicação da ponderação, este pode abrir caminho para o exercício do direito do projetor.

Não obstante; a *imagem-projeção* ou *imagem-contrato* é aquela que a reprodução decorre de um contrato de licença ou de uma autorização, na qual existe uma permissão do projetado, prévia ou posterior, para a sua divulgação. Neste caso, os limites de exploração devem estar delineados pelo conteúdo negocial, de modo que o não cumprimento de qualquer obrigação do projetor vai resultar em ofensa ao *direito de imagem* que se resume às implicações econômicas, salvo se outras circunstâncias implicarem em dano ao *direito à imagem*.

Por fim, a *imagem-valor* é aquela em que a projeção ocorre de forma ilícita. A divulgação da imagem do projetado atinge diretamente um valor, não encontrando respaldo numa autorização nem legal nem contratual. Desse modo, a identificação da exploração de uma *imagem-valor* pode resultar na responsabilidade civil do projetor por atingir frontalmente os direitos da personalidade.

11. Outro ponto a ser destacado são as consequências práticas das violações dos direitos envolvidos. Assim, se por um lado o veículo de comunicação tem o direito de publicar uma notícia ou um espetáculo, caso venha a ser impedido disso injustamente, haverá uma violação indevida. Da mesma forma, em se tratando da divulgação da *imagem-valor*, a projeção ensejará uma pretensão ao projetado em face ao projetor.

Em relação à *projeção-contrato*, existe um consentimento prévio, ou posterior, sobre a divulgação do modo que, muitas vezes, a pretensão se resume ao quanto. Neste caso, não se fala em violação ao conteúdo do *direito "à" imagem*, mas ao *direito "de" imagem*, segundo o qual há a reparação civil, com o impacto econômico proporcional ao ganho obtido pelo projetor com o uso da imagem, mas não se considera a retirada do material de circulação ou de divulgação.

12. Por fim, diante da possibilidade de ocorrência de danos, com a publicação ou impossibilidade de publicação de uma imagem, a responsabilidade civil se mostra um meio hábil para se buscar a reparação ou compensação das lesões causadas por ato ilícito, sejam elas morais ou materiais, devendo se valer de critérios para a fixação dos valores.

Nesse sentido, deve-se observar que a violação desses direitos pode tanto abranger os direitos da personalidade, sejam eles do bem jurídico (imagem), no caso dos titulares, ou a liberdade de expressão e manifestação do pensamento, no caso de artistas e projetores, o que abre ensejo ao dano moral e a sua compensação; quanto ao conteúdo econômico dos mesmos, o *direito de imagem* e o *direito sobre a projeção da imagem*, que, na esfera de abrangência patrimonial devem ser fixados proporcionalmente ao lucro ou prejuízo sofridos.

Aliado a fixação de valores compensatórios, outras medidas podem ser utilizadas para fazer cessar a lesão ao direito violado ou ameaçado de ser, para a suspensão do ato ilícito, por meio de uma tutela inibitória, o que, em se tratando de uma sociedade em que existe um alto fluxo de informações transmitidas em pouco tempo, mostra-se necessária uma análise célere e que também exija um cumprimento imediato, para que os valores constitucionais estejam garantidos e a decisão não se torne inócua quando vier a ser apreciada.

## REFERÊNCIAS

AFFORNALLI, Maria Célia Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. 6ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

ALENCAR, José de. **A propriedade**. Brasília: Senado Federal, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed., 3ª tiragem [Trad. Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. **Scientia Iuris.** Londrina/PR, v. 7/8, p. 87-94, 2003/2004. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105>. Acesso em 24 de jun. 2020.

ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. A imagem fora do contexto: o uso de arquivos de imagens. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 158-183.

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. São Paulo: Verbatim, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A pretensa "propriedade" intelectual. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 20, p. 243-261, jul-dez, 2007.

_____. **Direito autoral.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARROS, Ana Lúcia Porto de [et. al.]. **O novo código civil: comentado**, vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

BARROS, Carla Eugênia Caldas**. Aperfeiçoamento e dependência em patentes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Suzana Faleiro. O uso da imagem pela mídia e sua repercussão na subjetividade contemporânea. **Psicologia em Revista (Belo Horizonte)**. Belo Horizonte, vol. 12, nº 19, p. 92-97, jun. 2006. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682006000100011>. Acesso em 26 fev. 2020.

BELTÃO, Sílvio. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BESSONE, Darcy. **Direitos reais.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Teoria geral do direito civil.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira. Dos Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica da UNI7**, [S.l.], v. 3, p. 11-23, abr. 2006. Disponível em: <http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/186>. Acesso em 25 mai.2017.

BEZERRA, Matheus Ferreira. As dimensões do direito da personalidade: uma abordagem sob a perspectiva histórica. In: FIUZA, César Augusto de Castro; LANNES, Yuri Natan da Costa; NASCIMENTO, Carlos Eduardo do. **Direito civil contemporâneo I**. Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 63-80.

_____. **Manual de propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. O direito de propriedade como direito à propriedade: uma análise à luz dos princípios constitucionais vigentes. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá. **Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. v. 1 CD. p. 7217-7233.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 3ª ed [Atualizada por Eduardo C. B. Bittar]. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **Os direitos da personalidade.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. [Trad. Regina Lyra]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Contrato de licença de uso de imagem. **Diritto & Diritti**. Publicação: 15 de abr. 2010. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/29355-contrato-de-licen-a-de-uso-de-imagem>. Acesso em: 20 de set. de 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 ou.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 fev. 2018.

_____. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. **Secretaria de Estado de Negócios do Brazil**. Rio de Janeiro, RJ, 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 28 fev. 2018.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 fev.1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm >. Acesso em 28 fev. 2018.

. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul.1934. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 28 fev. 2018.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 nov.1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 28 fev. 2018.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 set.1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 28 fev. 2018.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 28 fev. 2018.

_____. **Enunciado nº 587**. VII Jornada de Direito Civil, [28-29 de setembro de 2015, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 711.644/SP**. Quarta Turma. DIREITO CIVIL. USO DE IMAGEM NÃO AUTORIZADO. FINALIDADE COMERCIAL. AUSÊNCIA DE DANO MORAL. IRRELEVÂNCIA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. JULGAMENTO ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, j. 15 de dez. 2009, Dje 03 de ago. de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30/10/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.217.422/MG**. Terceira Turma. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. DIREITO À IMAGEM. USO INDEVIDO DA IMAGEM DE MENOR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. FOTOGRAFIA ESTAMPADA EM MATERIAL IMPRESSO DE PROPAGANDA ELEITORAL. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, j. 23 de set. 2014, DJe 30 de set. 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201001845644.REG.>. Acesso em: 29 de fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.291.865/RJ.** Terceira Turma. DIREITO A IMAGEM. DANO MORAL. CENA AFETIVA GRAVADA COM AUTORIZAÇÃO E TRANSMITIDA ULTERIORMENTE MAIS DUAS VEZES EM CONTEXTO DIVERSO. DANO MORAL RECONHECIDO. Rel. Min. Sidnei Beneti. Brasília, j. 25 de jun. 2013, DJe 01 de ago. 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30/10/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.307.366/RJ.** Quarta Turma. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. DIREITO À IMAGEM. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC: INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 28, 30 E 79 DA LEI 9.610/98: AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULA 211/STJ). IMAGEM DE PESCADOR EM

ATIVIDADE CAPTADA EM LOCAL PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONTEÚDO OFENSIVO. DIVULGAÇÃO: CAMPANHA PUBLICITÁRIA. FINALIDADE COMERCIAL. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. PROVEITO ECONÔMICO. USO INDEVIDO DA IMAGEM. DANO MORAL CONFIGURADO (SÚMULA 403/STJ). RECURSO IMPROVIDO. Rel. Min. Raul Araújo. Brasília, j. 03 de jun. 2014, DJe 07 de ago. de 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30/10/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.097/RJ**. Quarta Turma. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO. Rel. Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, j. em 28 de mai. 2013, DJe 10 de set. 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30/10/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.335.153/RJ**. Quarta Turma. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. Rel. Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, j. em 28 de mai. 2013, DJe 10 de set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.337.961/RJ.** Terceira Turma. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS CUMULADA COM COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO DE IMAGEM APÓS A EXTINTO CONTRATO DE CESSÃO DE USO. DANO MORAL IN RE IPSA. ARTIGOS ANALISADOS: 11, 20 E 398 DO CC. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, j. 03 de abr. 2014, DJe 03 de jun. de 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30/10/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.442.699/SP.** Segunda Turma.

DIREITO AUTORAL. DIREITO DA ARTE. REPRODUÇÃO DE PRESÉPIO ARTESANAL EM SELOS POSTAIS PELOS CORREIOS. DIREITOS DO AUTOR. EXCLUSIVOS DO CRIADOR INTELECTUAL. POSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DO AUTOR POR CONTRATO ESCRITO OU PELOS HERDEIROS E SUCESSORES ANTE O FALECIMENTO DO CRIADOR INTELECTUAL. AUSÊNCIA, IN CASU, DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA E EXPRESSA DA ARTISTA PLÁSTICA. VIOLAÇÃO DO DIREITO AUTORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DOS CORREIOS. Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS. Brasília, 01 de set. 2015, DJe 24 de set. 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br >. Acesso em: 30/03/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.384.424/SP**. Quarta Turma. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE IMAGEM. POSSIBILIDADE DE CONSENTIMENTO TÁCITO, DESDE QUE INTERPRETADO DE FORMA RESTRITA E EXCEPCIONAL. USO INDEVIDO. INDENIZAÇÃO POR MATERIAIS CONFIGURADA. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA NA ESPÉCIE. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, j. 11 de out. 2016, DJe 21 de nov. de 2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30/10/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.449.082/RS.** Terceira Turma. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITOS DA PERSONALIDADE. DIREITO À IMAGEM. DIVULGAÇÃO, EM JORNAL, DE FOTOGRAFIA DE PESSOA SEM SUA AUTORIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 403/STJ. DIVULGAÇÃO QUE NÃO TEVE FINALIDADE ECONÔMICA OU COMERCIAL, MAS INFORMATIVA. AUTOR FOTOGRAFADO EM PARQUE PÚBLICO EM MEIO A MANIFESTAÇÃO POLÍTICA. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, j. 21 de mar. 2017, DJe 27 de mar. de 2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30/10/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.631.329/RJ.** Terceira Turma. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. REPORTAGEM JORNALÍSTICA. DIVULGAÇÃO DE IMAGEM SEM AUTORIZAÇÃO. SÚMULA 403/STJ. FATOS HISTÓRICOS DE REPERCUSSÃO SOCIAL. DIREITO À MEMÓRIA. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO. DESNECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DO CÓDIGO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, j. 24 de out. 2017, DJe 31 de nov. de 2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30/10/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.650.725/MG**. Terceira Turma. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. REDE SOCIAL. FACEBOOK. OFENSAS. PESSOA JURÍDICA. HONRA SUBJETIVA. IMPERTINÊNCIA. HONRA OBJETIVA. LESÃO. TIPO DE ATO. ATRIBUIÇÃO DA AUTORIA DE FATOS CERTOS. BOM NOME, FAMA E REPUTAÇÃO. DIREITO PENAL. ANALOGIA. DEFINIÇÃO DOS CRIMES DE DIFAMAÇÃO E CALÚNIA. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, j. 18 de mai. 2017, DJe 27 de mar. 2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso 26/10/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.698.701/RJ**. Terceira Turma. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. FINS

COMERCIAIS. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. DEVER DE RESTITUIÇÃO. LUCRO DA INTERVENÇÃO. FORMA DE QUANTIFICAÇÃO. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, j. 2 de out. 2018, DJe 08 de out. 2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso 26/10/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.728.040/SP.** Terceira Turma. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. QUESTÕES DEVIDAMENTE APRECIADAS. JULGAMENTO ULTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO EXPRESSO DE IMPROCEDÊNCIA TOTAL DOS PEDIDOS FORMULADOS NA APELAÇÃO DOS RÉUS. VEICULAÇÃO DA IMAGEM DA AUTORA, ORA RECORRENTE, EM PROGRAMA DE TELEVISÃO, EM CONTEXTO DESRESPEITOSO E COM INSINUAÇÕES DE NATUREZA SEXUAL, SEM AUTORIZAÇÃO. PROGRAMA "PÂNICO NA TV". VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA AUTORA (IMAGEM E PRIVACIDADE). DANO MORAL DEVIDAMENTE CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, j. 18 de set. 2018, DJe 21 de set. de 2018. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30/10/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 403.** Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. Brasília: RSSTJ, a. 8, p. 53-130, fev. de 2014. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Segunda Seção, j. 28 de out. 2009, DJe 24 de nov. 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815**. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. Brasília, Relatora Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, j. 10 de jun. 2015, Dje (18) 01 de fev. 2016. Disponível em: < stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284815%2ENUME%2E+OU+4815%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2u7zbej>. Acesso em 30 de out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal **Recurso Extraordinário nº 91.328/SP**. DIREITO A PROTEÇÃO DA PROPRIA IMAGEM, DIANTE DA UTILIZAÇÃO DE FOTOGRAFIA, EM ANUNCIO COM FIM LUCRATIVO, SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DA PESSOA CORRESPONDENTE. INDENIZAÇÃO PELO USO INDEVIDO DA IMAGEM. TUTELA JURÍDICA RESULTANTE DO ALCANCE DO DIREITO

POSITIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. Brasília, Ement. Vol-01238-02, p. 383, RTJ, vol. 103-01, p. 205. Relatora Min. Djaci Falcao, Segunda Turma, j. 02 de out.1981, DJ 11 de dez.1981, p. 12.605. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891328%2ENUME%2E+OU+91328%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4d3sr3n>. Acesso em 23/02/2020.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. [trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto] 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e em Portugal. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Lisboa, 2013, Ano 2, nº 3. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/03/2013_03_00000_Capa.pdf>. Acesso em 20 de mai.2018.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTÁN, Maria Luisa Marín. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionais. **Revista de Bioética y Derecho**. Barcelona, Jan 2007, n.9. Disponível em: <www.bioeticayderecho.ub.es>. Acesso em: 21 de dez 2015.

CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio. **Direito e pós-humanidade**: quando os robôs serão sujeitos de direito. Curitiba, Juruá, 2013.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. **Revista de informação legislativa**, vol. 9, n. 34, p. 23-42, set. 1972**.**

_____. **Direitos Conexos:** atualizado de acordo com a nova Lei de Direitos Autorais nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Direito do Autor.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Os direitos da personalidade na civilística portuguesa. In: COREIRO, Antônio Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Coimbra, 2002, vol. I, p. 21-45.

CORDEIRO, Carlos José; PAULO NETO, Joaquim José. A concretização de um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n.

2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/a-concretizacao-de-um-novo-direito-da-personalidade/>. Acesso em 08/11/2019.

COSTA, Adalberto. O direito à imagem. **Revista da Ordem dos Advogados.** Lisboa, a. 72, nº 4, out.-nov. de 2012, p. 1323-1377.

COSTA NETTO, José Carlo. **Direito autoral no Brasil.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. [Trad. Afonso Celso Furtado Resende]. São Paulo: Quorum, 2008.

DARDOT; Pierre; LAVAL, Christian. Propriedade, apropriação social e instituição comum. [Tradução: Naira Pinheiro dos Santos]. **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**, v. 27, n. 1. São Paulo, jun. 2015, pp. 261-273.

DE MATTIA, Flávio Maria. Do privilégio do editor ao aparecimento da propriedade literária e artística em fins do século XVIII. **Revista de informação legislativa**, a. 16, nº 63, jul/set. 1979, pp. 161-182.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos em perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n. 213, p. 63-80, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www.12.senado.org.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p63>. Acesso em 09/11/2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

_____. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro -São Paulo – Recife: Renovar, 2008.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006.

FESTAS, David de Oliveira. **O conteúdo patrimonial do direito à imagem**. Coimbra Editora: Coimbra, 2009.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral:** da antiguidade à internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FRANCISCHINI, Mônica Cameron Lavor; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Direito à imagem e liberdade de expressão: a negativa ao acesso à justiça. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido (Org.). **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**. Birigui-SP: Boreal, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, vol. 1.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novo curso de direito civil, vol. 4.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. [Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaístra Malheiros] 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GLITZ, Frederico; TOAZZA, Gabriele Bortolan. O contrato para a disposição da imagem na perspectiva dos direitos da personalidade. **Revista Justiça do Direito,** v. 31, n. 2, p358-385, mai/ago. de 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7122>. Acesso em 28/09/2019.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Os direitos da personalidade e o novo código civil: questões suscitadas. **Revista da EMERJ**, v.5, n. 19, p. 13-22, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Direitos da personalidade. **Revista de informação legislativa**, vol. 3, n. 11, p. 39-48, set. 1966**.**

_____. **Direitos reais**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 5: direito das coisas**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUERRA, Sidney. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2ª ed. Rio de Janeiro –São Pulo – Recife: Renovar, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** [Trad. Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos.** Paris: UNESCO, 1993.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Contemporâneo da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 18-28

_____. **Direito civil:** parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito civil:** coisas. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito civil**: contratos. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil.** [Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa]. Petrópolis-RJ: Vozes, 1994.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **Direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOTUFO, Renan. Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232), v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

MACKAAY, Eja; ROUSSEAU, Stépahne. **Análise econômica do direito**. [Trad. Rachel Sztajn]. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAIA, Lauro Augusto Moreira. **Novos paradigmas do direito civil**. Curitiba: Juruá, 2007.

MENDES; Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Luciana Lobo. A cultura da imagem e uma nova produção subjetiva. **Psicologia Clínica**. Rio de Janeiro, vol. 19, nº 1, p. 25-39, 2007.

MONTESCHIO, Horácio. **A imagem como patrimônio:** uma análise do conteúdo patrimonial do direito à imagem. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Princípio da Dignidade Humana.** In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios de direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 1-60.

MORATO, Antônio Carlos. Dano à imagem. In: RODRIGUE JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMED, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea:** em homenagem a Sílvio de Sávio Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Direito à voz: Reflexões sobre sua proteção no âmbito da sociedade de informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno**. Curitiba: Juruá, 2003.

NEVES, Allessandra Helena. **Direito de Autor e Direito à Imagem: à luz da Constituição Federal e do Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. UNIC, nº 005 (DPI/876), Rio de Janeiro, Ago. 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 15 de out. 2019.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. Novos danos na responsabilidade civil. Danos morais coletivos, sociais ou difusos e dano por perda de uma chance. **Jusbrasil**. 2019. Disponível em: <https://rodolfopamplonafilho.jusbrasil.com.br/artigos/675146430/novos-danos-na-responsabilidade-civil-danos-morais-coletivos-danos-sociais-ou-difusos-e-danos-por-perda-de-uma-chance>. Acesso em 18 de mar. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** [Trad. Maria Cristina de Cicco]. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis de direito civil.** [Trad. Maria Cristina de Cicco]. 2 ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. I.** 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Instituições de direito civil, vol. V**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PICARD, Edmond. **O direito puro**. [Trad. Afonso Celso Furtado Rezende]. Campinas: Romana, 2004.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Ensaio: A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da "função social" dos direitos proprietários. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v 27, p. 3-47, 2006.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado, Tomo 7:** direito matrimonial (existência e validade do casamento), atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado, Tomo 16:** Direito das coisas: propriedade mobiliária (bens incorpóreos), propriedade intelectual e propriedade industrial. [Atualizado por Vilson Rodrigues Alves]. Campinas: Bookseller, 2002.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47.344. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. **Diário do Governo** 25 de nov. 1966

RAMÍRES, Manuel Becerra. **La propried intelectual em transformación**. México: Instituto de Investigações Jurídicas, 2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estatuto Epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição do *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 5, n.º 2, p. 13-52, jul/dez. 2010. Disponível em: http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054. Acesso em: 27 de jun. 2020.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições do direito civil**. [Tradução da 6ª ed. italiana Paolo Capitanio]. Campinas: Bookseller, 1999.

SARDAS, Letícia de Farias. **Direitos da personalidade na sociedade globalizada.** Lisboa: Instituto Jurídico de Comunicação, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos Fundamentais:** estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Antônio J. Cerda. Evolución histórica del Derecho de Autor en América Latina. **Revista Ius et Praxis**, Año 22, Nº 1, 2016, pp. 19 - 58

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Pauço: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manuel Jorge e. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Direitos da Personalidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, out.2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8509>. Acesso em 18 de out.2015

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da dignidade da pessoa humana:** em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira. Contornos atuais do direito à imagem. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 13, jan-mar. 2003, pp. 33-72.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Rabindranah Valentino Aleixo Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STROPPA, Tatiana. Colisão de direitos da personalidade versus liberdade de informação. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido (Org.). **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**. Birigui-SP: Boreal, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, vol. 4**: Direito das Coisas. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2004.

_____. _____, tomo III. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código civil interpretado:** conforme a Constituição da República, vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TINANO, Marcelo Maciel. Direito de imagem. In: FIUZA, César (Org.). **Autonomia Privada:** Direitos da Personalidade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, p. 133-147.

TREVIZAN, Thaita Campos. A tutela da imagem da pessoa humana na internet na experiência jurisprudencial brasileira. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). **Direito privado & internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 179-192.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os direitos da personalidade no Código Civil português e no Código Civil brasileiro. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. **Aspectos controvertidos do Novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

VIANNA, Túlio; SARKIS, Juliana. Execrando suspeitos para atrair audiência: o uso de concessões públicas de TV para a prática de violações do Direito Constitucional à imagem. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 817-832.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção da pessoa humana pelo Direito Civil: evolução histórica. **Revista do Tribunal Regional da 1ª Região**. Brasília, v. 22, n, 3, mar.2010, p 47-63.

_____. **Direito à imagem**. Curitiba: Juruá, 2018.

_____. **Direito de autor.** São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Direito de autor em perspectiva histórica: da idade média ao reconhecimento dos direitos da personalidade do autor. **Revista da SJRJ**. Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 211-228, ago. 2014.