

REFLEXÕES EM TORNO AO DIREITO A IMAGEM: SEUS ATRIBUTOS E AS INDEVIDAS INTROMISSÕES A INTIMIDADE

SILNEY ALVES TADEU¹

Resumo:

Os direitos a intimidade pessoal e a própria imagem garantidos constitucionalmente formam parte dos bens da personalidade que pertencem ao âmbito da vida privada. E neste âmbito da intimidade, é de singular importância a necessária proteção do direito a imagem frente ao crescente desenvolvimento dos meios e procedimentos de captação, divulgação e difusão das mesmas. A proteção destes direitos devido a qualquer espécie de vulneração e intromissão merece tutela ampla e lei própria.

Palavras Chaves: direito comparado, direito a intimidade, danos a imagem, invasão a privacidade.

Abstract: The rights of personal intimacy and image, which are guaranteed by Constitution, originates part of the amount of rights related to personality that belongs to the private life environment. And, by the privacy perspective, is extremely important to protect the right of personal image, regarding the increasingly development of ways and procedures for capturing, marketing and dissemination of people's image. The protection of those rights, concerning to every kind of vulnerability and intrusion, deserves an extensive care and specific legislation.

Keywords: Comparative Law, right to privacy, damages to image, privacy intrusion.

¹ Professor a Faculdade de Direito da UFPEL, Especialista em Direito Civil e Empresarial, Master Experto Universitário em Direito do Consumo e Orientação aos Consumidores, Doutor em Direito da Informação ao Consumidor pela Universidade de Granada/ES e Advogado

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

Sumário: 1. Introdução – 2. Aspectos gerais – 3. A imagem das pessoas jurídicas – 4. Possibilidade de outros aspectos de proteção da pessoa – 5. O consentimento como causa de autorização – 6. Alguns limites ao direito a imagem – 7. Questões conexas a vídeo vigilância e a imagem – 8. Conclusões – 9. Referências bibliográficas.

1) Introdução

A Constituição Federal brasileira consagra o reconhecimento dos direitos da personalidade que na atualidade são paradigmas dos direitos fundamentais como a honra, a intimidade pessoal e familiar e a própria imagem.

Para atender ao mandato contido neste artigo nossa legislação careceu de maiores comprometimentos neste particular, inobstante de que o nosso ordenamento jurídico possa oferecer conceitos, instrumentos e respostas a proteção desses direitos a exemplo de outros países, em especial a Espanha, com a edição da Ley Organica 1/1982, de 05 de maio, de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, chamada de LODH (Ley orgánica del derecho al honor) entre outras.

As modificações sociais e tecnológicas oriundas da sociedade da informação têm trazido à baila debates doutrinários a respeito aos direitos fundamentais de toda a ordem, muito embora este ensaio se restrinja ao direito a imagem que encontra na Constituição Federal ampla proteção autônoma nos artigos 5, V, X e XXVII, representando, entre outros, um dos direitos mais visados em sua tutela, por tratar-se de aspectos da identificação do indivíduo no seio da sociedade, gerando, assim, um dever geral de abstenção *erga omnes* no tocante a sua violação, devendo os destinatários serem protegidos em seus aspectos morais e patrimoniais sob pena de impingir danos aos seus titulares.

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

Cabe colocar de relevo, em primeiro lugar, que a imagem das pessoas tem uma relevância crescente na atual sociedade tão dominada e imediatizada pelos meios de comunicação de massa, muito embora por outro lado seja crescente a consciência social a respeito do direito a imagem constituir-se em um patrimônio moral das pessoas suscetível de sofrer uma lesão e, portanto, também suscetível de ser protegido pelo direito, e, em segundo lugar que o progresso tecnológico multiplicou o cenário em que este direito a própria imagem pode ser eficazmente vulnerado cada vez mais pela própria evolução e aperfeiçoamento dos meios técnicos em que se consumam essas lesões. Como forma de apontar estes meios técnicos não se pode perder de vista que na atualidade o fenômeno da vigilância eletrônica constitui-se em uma realidade necessária e eficaz como meio de proteção da segurança individual e coletiva, inobstante vozes levantarem-se tanto em sentido favorável como contrário, pelo simples fato de que ninguém gosta de ser vigiado, embora em certos casos seja necessário.

Embora não existam muitos dados concretos, observa-se a nível mundial uma ampla disseminação das tecnologias de vigilância eletrônica. No Brasil, por sua peculiaridade de violência contra seus cidadãos e a ineficácia do poder público no que respeita a segurança pública esperada, este fenômeno, por sua fragilidade é cada vez maior e crescente, criando-se a cultura de altos investimentos tanto na esfera pública como na privada, fato este disseminado após os atentados de 11 de setembro nos Estados Unidos da América. As tecnologias digitais imprimem um ritmo acelerado de progresso técnico com a criação e instalação de câmeras de vídeo, bem como outros tipos de ofendículas com a finalidade precípua de minorar a esfera dos riscos impingidos as pessoas e o seu patrimônio dado a crescente falta de segurança neste país. Segundo dados da Folha de São Paulo que já em 11/09/2002, anunciava que Londres é uma das cidades mais vigiadas do mundo, pois conta com cerca de 4,2 milhões de câmeras nas ruas. Em todo o Reino Unido há uma câmera para cada 14 habitantes. Em outra matéria de 10/07/2002, a mesma Folha de São Paulo informava que um estudo do Escritório do Comissariado de Informação mostrou que cada britânico está sendo filmado, em média, por 300 câmeras diariamente, em áreas públicas ou privadas. Não apenas o governo está vigiando seus cidadãos como também as empresas privadas, que

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

estão tendendo a criar bancos de dados e de imagens para futuras comparações e investigações. Um dos responsáveis pelos estudos, Richard Thomas, afirma que "Não são apenas câmeras nas ruas, é a tecnologia vigiando nossos movimentos e atividades. Cada vez que usamos um celular ou nossos cartões de crédito, quando fazemos buscas ou compras na internet, mais e mais informações vão sendo coletadas"

A idéia da pessoa de ser vigiada eletronicamente com constância, por alguns, evidencia certo controle opressivo por parte da autoridade pública e sugere indevida invasão de privacidade; no entanto cabe pensar que tal processo faz parte da vida moderna que tem, cada vez mais, utilizado a vigilância através de câmeras como mecanismo eficaz de prevenção e esclarecimento de crimes em logradouros, prédios públicos e privados, estações rodoviárias, ferroviárias, de metrô, aeroportos, monitoramento do trânsito urbano e rodoviário etc. Na esfera privada, da mesma forma, as câmeras de vídeo têm sido usadas como mecanismo de proteção, do tipo "defensas", em residências, mas também em elevadores, em casas bancárias, escolas e estabelecimentos comerciais de modo geral. Deste modo como deve ser encarada a questão da privacidade das pessoas em face da obrigação estatal de prover a Segurança Pública? Como fica o cidadão que não concorda em estar sendo constantemente vigiado com vulneração de sua intimidade? Por acaso haverá conflitos entre direitos constitucionais? Esta forma de vigilância, devido à presença do Estado constitui-se como opressiva e violadora de preceitos constitucionais? É invasiva? Será adequada ou inadequada? Será ilegal? Diante da ausência de lei uniforme sobre o tema, cabe socorrer-se do direito alienígena para traçar alguns comentários, e, com base na LODH (Ley orgánica del derecho al honor) da Espanha, vamos suscitar algumas questões.

2) Aspectos gerais

Assim, vamos começar definindo o que seja o direito a própria imagem, qual é o objetivo protegido e suas características definidoras. Que faculdades integram este

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

direito, qual a distinção entre o pessoal e o patrimonial e o consentimento como elemento legitimador das intromissões.

A nossa constituição no art. 5º, V, X, não define o conteúdo dos direitos que ali consagra, limitando-se apenas a estabelecer seus contornos, o que tem gerado, de certo modo, problemas na hora de precisar cada um destes direitos e seus conteúdos essenciais. Por exemplo, quando estabelece no art. 5º, X “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”. Pode-se dizer a míngua de algum conceito que o direito a imagem consagrada no texto constitucional configura-se como um direito da personalidade, derivado da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, art. 1º, III) e dirigido a proteger a dimensão moral das pessoas, atribuindo ao seu titular um direito de determinar a informação gráfica gerada por seus traços físicos pessoais e que em algum momento pode ter uma difusão pública capaz de afetá-lo, ou seja, a faculdade outorgada por este direito enquanto direito fundamental, em essência consiste em impedir a reprodução, publicação e obtenção da própria imagem por parte de um terceiro não autorizado, independente de sua finalidade, seja ela científica, informativa, cultural, comercial ou segurança, de modo a afetar sua dignidade humana, capaz de produzir dano. Cabe salientar, que a captação, publicação e a difusão da imagem de uma pessoa podem vulnerar tanto seu direito a honra como a sua intimidade, fator imprescindível para seu próprio reconhecimento como indivíduo na sociedade. Neste diapasão, importante salientar que o direito a própria imagem, como qualquer outro direito, não é um direito absoluto, eis que seu conteúdo encontra-se limitado por outros direitos como a liberdade de expressão ou de informação (Constituição Federal arts. IX, XVI, IV).

Qual seria então o objeto protegido? Ao observar a regra constitucional, de imediato se pode relacionar a imagem com o aspecto físico do indivíduo, com seus traços físicos pessoais e certas qualidades inerentes ao sujeito e que são bastante delineadoras da função que identifica e individualiza cada pessoa tornando-a conhecida pelos demais.

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

Segundo a Wikipédia, Imagem (do latim: *imago*) significa a representação visual de um objecto. Em grego antigo corresponde ao termo *eidōs*, raiz etimológica do termo *idea* ou *eidea*, cujo conceito foi desenvolvido por Platão. À teoria de Platão, o idealismo, considerava a ideia (ou idéia) da coisa, a sua imagem, como sendo uma projecção da mente. Aristóteles, pelo contrário, considerava a imagem como sendo uma aquisição pelos sentidos, a representação mental de um objeto real, fundando a teoria do realismo. A controvérsia estava lançada e chegaria aos nossos dias, mantendo-se viva em praticamente todos os domínios do conhecimento. Em senso comum, envolve tanto o conceito de imagem adquirida como a gerada pelo ser humano, em muitos domínios, quer na criação pela arte, quer como simples registro foto-mecânico, na pintura, no desenho, na gravura, em qualquer forma visual de expressão da idéia. Walter Moraes definiu imagem como "*toda sorte de representação de uma pessoa*".

Assim, fica patente que uma coisa é a imagem da pessoa e outra é o objeto que tutela o direito a própria imagem da qual se extrai da primeira observação aquele conjunto de traços físicos capaz de definir a identidade da pessoa humana, singularmente a configuração de seu rosto, semblante físico, como se refere Amélia Pascual Medrano, "aqueles que integram ao seu retrato". Ao contrário, a imagem humana em si mesmo considerada como este conjunto de atributos aos traços físicos, não é o objeto diretamente tutelado pelo direito a própria imagem, ou seja, não se protege a aparência do rosto nem a sua silhueta, senão o direito a que tem toda a pessoa a que seu aspecto físico não seja objeto de recreação por parte de outros, a que não utilize a reprodução gráfica ou plástica (foto, escultura, desenhos) por qualquer tipo de meio ou de mecanismo algum, de sua aparência externa, enquanto esta tenha a possibilidade, ainda que latente de identificar a identidade do indivíduo.

Em consequência o direito vem assegurar a cada ser humano um evidente monopólio de uso sobre os traços fundamentais de seu aspecto físico que permitam sua identificação, gozando o titular de um poder exclusivo de disposição *erga omnes*, salvo se houver qualquer cessão deste direito ou aqueles limites imposto pela lei o que se denomina de situações ou de circunstâncias que legitimam tal intromissão em

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

contraposição daquela exclusividade que autoriza o terceiro favorecido por estas circunstâncias.

3) A imagem das pessoas jurídicas

As feições deste direito particularente afeta ao ser humano, sua pessoa física como se infere do texto constitucional ao aludir a “imagem das pessoas” e “dignidade da pessoa humana” não se estendendo tal prerrogativa as pessoas jurídicas eis que carecem de uma corporificação dotada de traços específicos que as individualize a respeito de outras da mesma classe visto ter sentido somente ao tratar-se de pessoa humana, o que não se confunde com as pessoas que integram sua formação. Entretanto, não se pode esquecer que diferentemente das pessoas físicas que adquirem sua personalidade condicionadas ao nascimento com vida, as pessoas jurídicas adquirem essa personalidade como condição existencial para ser sujeito de direitos e obrigações, a partir de sua criação, obedecendo a requisitos legais próprios e de sua criação, podendo ser dito que se trata de uma prolongação daquelas pessoas físicas que a criaram, inobstante as diversas teorias sobre o tema de sua criação, como definido pelo Estatuto Civil, em seu Título II que trata das pessoas naturais. Como substrato, o Código Civil, em seu artigo 52 faz alusão a que se aplicará à pessoa jurídica a proteção aos direitos da personalidade no que couber, embora estendendo sua aplicação nesta sede, não se vislumbrando *in legis* qualquer tratamento de igualdade em razão do conteúdo do direito que tutela – um de ordem econômica, o outro – a vida da pessoa humana e seus traços.

Diante deste dissenso, a doutrina majoritária e a jurisprudência, em uma interpretação extensiva passaram a considerar tal condição ao ente jurídico criado, conforme já esposado na Súmula 227 do STJ, conduzindo tal interpretação atributiva de dano a pessoa jurídica, portanto, não se tem mais como negar que, assim como as pessoas naturais, as pessoas jurídicas possuem uma imagem atributo passível de inestimável reconhecimento no meio social e comercial capaz de sofrer danos. Já em sede de direito alienígena, importante observar que a maioria da doutrina e a

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

jurisprudência espanhola através do Tribunal Constitucional se pronunciou com relevância sobre o tema, considerando que o mal uso da imagem da pessoa jurídica, quando “arranhada” estão protegidos mediante a regulação própria da propriedade intelectual e industrial, a cuja vulneração não comporta, por sí mesmo, a infração de um direito fundamental, como faz parecer o pensamento nacional que reconhece tal direito com as adaptações próprias inobstante que se reconheça a proteção patrimonial e extrapatrimonial da pessoa jurídica vista pelo aspecto da imagem positiva ou negativa que se projeta na sociedade, capaz de gerar afetação a direito seu e que muitas vezes dita lesão, capaz de afetar também aos seus titulares de forma reflexa, algo que reclama uma avaliação de forma mitigada, já que as pessoas jurídicas, *s.mj*, carecem de uma corporificação dotada de traços específicos que as individualize com respeito a outras da mesma classe.

A imagem de pessoas públicas ou notórias e seus efeitos

A referência legal do que se entende por pessoas públicas, notórias ou de projeção pública deve ser entedido em seu sentido amplo, pois a notoriedade ou a publicidade da pessoa se reconhece em geral por diversas razões, entre elas pela atividade política, artística, profissão, transcendência econômica, relação social, criminalidade, enfim, cuja enumeração é apenas exemplificativa a efeitos do que viemos discorrendo no sentido de identificar alguma intromissão capaz de causar dano a direito seu, protegido constitucionalmente, com exclusão daquele direito a informação de que gozam certos profissionais legitimados. Neste sentido, para efeitos de captação e divulgação que isente dito profissional ou titular de notícias ou imagens é concernente aquela em que a pessoa disfrute de conhecimento público cuja notoriedade ou projeção dependerá em muitas ocasiões não da profissão em sí, mas de que o titular seja famoso ou popular pois o direito a imagem se fragiliza quando estamos frente a uma pessoa pública na opinião de O’Callaghan Muñoz, Xavier já que este tem a intimidade reduzida e conseqüentemente tendo que suportar certas críticas o que as difere das pessoas privadas o que poderia, em cada caso, ensejar séria lesão a honra e a seus atributos. Muitas vezes, a resposta que não agrada ao receptor, em se tratando de pessoas públicas, pode encontrar certa legitimidade incapaz de afigurar-se como danosa. Dado a difusão

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

em massa de dados e informações através dos diversos meios de comunicação, estes vem atraindo a atenção do legislador, no sentido de procurar um equilíbrio ou uma satisfação em pecunia entre a atuação, muitas vezes descuidada e intencional de causar danos as pessoas que gozam de notoriedade pública. Para Carlos Alberto Bittar o direito à imagem, hoje, é “(...) direito autônomo e de conteúdo próprio, existente mesmo sem reflexo na vida privada e na intimidade.

As várias formas de afetação ou de suposta colisão de direitos poderão vir através de uso dos órgãos de informação como imprensa escrita, falada, televisiva, desenhos, internet, fotografia, pintura, gravura, desenho, etc, porque são formas de representação da pessoa. Muitas vezes, porém, há abusos e distorções das informações transmitidas não só pela atividade profissional emanadas do exercício da liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (CF art. 5º, IX) que implica na liberdade de expressão e com isso podem ferir direito à imagem de pessoas comuns e, principalmente de pessoas públicas. A referência é oportuna porque a imprensa falada e escrita desempenham um trabalho de relevância social neste país, e conseqüentemente, com o fenômeno da globalização a difusão destes dados se dão em uma velocidade extraordinária e são uma constante como se observa nos tele diários e, inclusive pela própria internet através das redes sociais. E neste contexto, algumas pessoas podem preferir a pública exposição em maior ou menor medida e outras não. Assim, o que atribui o caráter de publicidade à pessoa é sua voluntária exposição perante os meios de comunicação de massas, ou seja, sua própria vontade de ser noticiada por esta. Ao contrário, se a pessoa, contra a sua vontade, é exposta à curiosidade pública, nesse caso não será considerada pessoa pública e para estas a imagem passa a gozar de grande importância para sua vida pública, já que está ligada à opinião pública de um universo de pessoas as quais produzem sobre esta um significado de manifestação de uma coletividade com relação à imagem daquela pessoa o que pode trazer sérias conseqüências de difícil reparação. Neste particular assume especial relevo a colisão entre os direitos de liberdade de opinião, de imprensa ou artística e de outra banda o direito a honra, privacidade, imagem e a intimidade.

4) Possibilidade de outros aspectos de proteção da pessoa

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

Observando a lei espanhola (LODH), chama a atenção o contido no art. 7º.6. Diz o *caput* do citado artigo: “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley”, já o apartado 6º (que corresponde a incisos) se refere: “La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. Segundo vemos discorrendo é importante trazer a baila, a saber, se além da aparência da pessoa aqui, algum outro atributo da personalidade mereça ser protegido, já que também possa ser elemento de identificação ou de distinção da mesma.

A citada legislação refere-se, entre outros, além do nome que é um dos principais elementos identificadores do sujeito capaz de produzir danos, a voz também estaria incluída no âmbito de proteção constitucional, porque se afigura como um dos atributos característicos de sua possível identificação, em especial quando de forma isolada seja reproduzida por qualquer meio porque são qualidades inerentes a própria pessoa. A voz estaria incluída na amplitude do termo “direito a própria imagem”, já que também forma parte dos direitos da personalidade, pois o direito a própria imagem não só compreende a representação gráfica da figura humana em sentido estrito, mas também a voz e o nome da pessoa conforme apoio minoritário da doutrina de Pascual Medrano, inobstante grande parte da doutrina espanhola tende a refutar a tese desta autora, excluindo do conceito da imagem humana o nome e a voz da pessoa, fato este de forma isolada tenha algum pronunciamento na jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol na STC 117/1994, de 25 de abril.

Neste particular cabe pensar em uma ampliação da idéia de imagem além do simples aspecto físico com são as exteriorizações de sua personalidade como forma de proteção. No Código Civil os arts. 11 e 17 são bastante esclarecedores quanto a proteção do nome da pessoa e sua extensão, com o devido resguardo ou derrogações de interesse público como o contido no art. 20 do mesmo *codex*, merecendo também proteção as exteriorizações da personalidade como a voz, por exemplo. Neste particular, bastante oportuna a preleção de Hermano Durval ao dizer que “Direito à imagem é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos,

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

indumentárias, etc) ou moral (fama, aura, reputação, etc) do indivíduo (homens, mulheres, crianças e bebê) no mundo exterior” já o direito a imagem guarda certas finalidades com os direitos de ordem personalíssima a merecer proteção dado ao indiscriminado uso da imagem na atualidade, ainda mais pelo fenômeno das redes sociais e a atuação dos *rackers* quando captam e se apropriam para fins não autorizados dos atributos de uma pessoa dado que multiplicação dos meios de comunicação e a velocidade com que se propagam deixam, de certa forma, desprotegido seu titular, ainda mais, agravado pela falta de legislação apropriada. A transgressão deste direito implicará na violação do direito de personalidade da pessoa caracterizando o dano correspondente que enseja à conseqüente indenização própria como no caso de uso indevido da imagem e da voz no qual resultou pedido de indenização nos termos da Apelação Cível n. 70040346108 oriunda da Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 24/02/2011).

O direito a imagem confere ao seu titular certas faculdades inerentes a sua pessoa. A autorização ou não de seu uso bem como a faculdade de reprimir o uso não autorizado que é o chamado uso de abstenção erga omnis, impõe ao seu titular impedir qualquer difusão, por qualquer meio, seja de publicação ou de reprodução por parte de terceiros não autorizados, seja para fins informativos, comercial, científico, cultural etc, com exclusão das derrogações legais. A falta de uma lei específica de proteção de dados na internet no Brasil faz com que a captação e a difusão seja algo freqüente e fonte danos as pessoas, afigurando-se como uma intromissão ilegítima no direito a própria imagem, fato este que dever ser reparado na forma da lei quando a ingerência de terceiros não autorizados interferem na sua esfera protegida como nos casos a seguir nominados, todos do TJRS, em que houve uso indevido da imagem através de veiculação de fotos de jogador de futebol em álbuns de figurinhas sem o seu expresso consentimento como no Agravo de Instrumento Nº 70046545653 da Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 07/12/2011), Agravo Regimental Nº 70045984986, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 09/11/2011), entre outros.

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

A conduta que se pretende resguardar é aquela produzida por terceiros quando captam e difundem a imagem sem consentimento prévio ou posterior, diferentemente daquela obtida de forma consentida ainda que para fins não econômicos, considerando que o direito a própria imagem tem natureza de um direito fundamental e de personalidade sem querer nesta sede fazer um estudo ou análise pormenorizado das implicações que tendem a qualificar o direito a própria imagem com um direito fundamental e de personalidade, objeto que excede a proposição do tema em debate, sendo unicamente o de estabelecer algumas premissas básicas e a abertura do debate. Com efeito, na doutrina científica é discutido a própria existência a nível conceitual da categoria dogmática dos bens ou direitos da personalidade, bem como sua manutenção com autonomia própria a respeito da ampliação interpretativa aos direitos fundamentais porque estão dirigidos a salvaguardar a esfera pessoal de seu titular, sejam a imagem, a honra ou a intimidade, entre outros bens jurídicos tutelados, patrimônios jurídicos da pessoa natural, muito embora a vulneração de um não signifique necessariamente a de outros embora a ampla possibilidade no mesmo ato possa existir potencialmente como vulnerar, por exemplo, a intimidade familiar, como explícito no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, *verbis*: “Artigo XII. Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”, também positivado na Constituição Federal, art. 5º, X.

Com alguns critérios de qualificação sobre o direito a própria imagem como um direito fundamental e de personalidade, importante observar que seu reconhecimento individual advém de ser um direito reconhecido ao indivíduo enquanto pessoa, garantindo um *status* jurídico no âmbito de sua existência, afigurando-se como essenciais para uma convivência humana. É um direito personalíssimo e como tal se extingue com a morte de seu titular, ou seja, é ligada a existência do indivíduo. Importante observar, na mesma linha de pensamento, que dependendo da situação observa-se uma vertente patrimonial e outra pessoal do direito em pauta, e tal distinção sobre a natureza jurídica de cada uma se faz necessário a fins de avaliar as distintas hipóteses de afetação, pois poderá haver situação em que a exploração da imagem seja

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

de pessoa desaparecida ou até mesmo morta e que não possa validar seu consentimento para fins comerciais, *ad exemplum* como possibilidade de exercício legítimo dessa imagem e seus consequitários coisa que em vida talvez não tenha querido a exposição. De qualquer sorte, importante gizar que a exploração não consentida trilhará no caminho do direito fundamental protegido, não que o patrimonial com efeitos contratuais não o seja porque aquele tem vertente constitucional, este, contratual com regras próprias, embora ambas, quando não consentidas afetam sobremaneira um direito fundamental.

A dimensão teleológica do direito a imagem atrai a dimensão constitucional do mesmo fazendo com que fique restrita no âmbito natural de sua esfera íntima e aquelas previstas na legalidade ordinária como nos casos de derrogação deste direito, caso em que não se vislumbrará qualquer afetação como no caso de algum interesse público informativo como no caso de exercício de cargo público ou de notoriedade pública caso em que reclama saber *obter dictum*, não se tratar de ato de exploração capaz de gerar alguma indenização a seu titular, ou seja, existem casos de pessoas famosas que tem interesse em veicular sua imagem independente de autorização porque isso lhe traz ou aumenta a esperada fama e seus consequitários econômicos. Importante observar que o direito da personalidade prevalece sobre outros oriundos de natureza contratual como no caso de comercialização de figuras de jogadores por certa editora em contrato com o clube do qual pertença, sem que dito clube e o jogador tenham especificamente a exploração dos direitos a imagem comercial (CF, art. 5º, XXVIII, a, b) cabendo a reclamação, *in casu*, diretamente ao clube a que pertença com exclusão por ilegitimidade de terceiros como no caso do Agravo de Instrumento número 70050556836, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 17/08/2012).

5) O consentimento como causa da autorização

Inobstante a proteção destes atributos pertencerem a categoria de direito fundamental, se afigura de extrema importância as questões atinentes ao consentimento

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

do titular com relação ao destino destes dados para saber quem poderá, por exemplo se utilizar deste consentimento, se aplica-se a mesma regra geral, qual a extensão dos mesmos, quais as pessoas legitimadas, enfim.

De *prima facie* é correto afirmar que o titular, quando capaz (art. 1º do CC) pode dispor livremente e voluntariamente de sua imagem e seus atributos mediante oportuno consentimento como ato de exercício de seu direito, podendo efetivar-se tanto a título gratuito ou oneroso o que legitimaria a conduta por parte de terceiros na sua esfera privada dependendo de sua amplitude afirmar-se por escrito ou não, entretanto, por tratar-se de um atributo inerente ao ser humano e de um bem da personalidade elevado a categoria de direito fundamental encontramos na legislação comparada o mandamento de que este deverá ser expresso a fim de evitar qualquer dúvida sobre o mesmo a teor do que dispõe a literalidade do art. 2º.2 da LOHD (Ley orgánica del derecho al honor espanhola) ao estabelecer que: “No se apreciará la existência de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando (...) el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso” o que, segundo a doutrina de Margarita Castilla Barea de que tal legitimação atua como cláusula excludente de qualquer responsabilidade quando tal consentimento seja utilizado pelo fim outorgado, inobstante, em qualquer caso, a doutrina e a jurisprudência legitimarem o consentimento tácito.

Já as demais pessoas menores e incapazes para fins de consentirem validamente devem seguir as determinações legais sobre a matéria, relativas a capacidade natural como substrato necessário a capacidade contidas na parte geral do Código Civil no que trata das pessoas naturais, uma vez informados do objeto e alcance do consentimento para fins de uso da imagem em sentido *lato* e nas demais disposições da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Em todo caso para que seja eficaz este consentimento necessário averiguar quem está legitimado a consentir de acordo com a lei e se tal consentimento tenha sido prestado de acordo com as exigências formais importa pela lei, submetidas ou não a teoria dos vícios do consentimento quando necessário quando tratar de negócio jurídico em sentido amplo porque não fica isento de que algum incapaz por qualquer circunstância cujo consentimento seja inexistente possa vir a ser objeto, por exemplo, de uma intromissão ilegítima no caso de uma entrevista,

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

inobstante o código civil alentar com a presunção *iuris tantum* de capacidade das pessoas maiores. Para tanto, naqueles casos de menores incapazes obrigatoriamente se afigura a questão da representação legal, com a conseqüente intervenção do ministério público quando necessária em especial quando esteja em jogo questões particulares referentes a imagem em sentido amplo como forma de captação, reprodução e ou divulgação dependendo do fim ao qual se destina já que existente algum consentimento este não se estende aos atos posteriores diferentes daquela base consentida, além do que, para consentir, necessário prévio conhecimento sob pena de dolo formativo na espécie como no caso de câmara escondida ou de captação a distância e que tenha fins de burlar os propósitos.

6) Alguns limites ao direito a imagem

O direito próprio de salvaguarda de sua imagem, levando-se em conta a dimensão teleológica do direito a própria imagem, a possibilidade de evitar a difusão ou captação de forma não autorizada encontra resistência naqueles casos em que existam circunstâncias legitimadoras a cujos limites intrínsecos a lei não contém uma regulação sistemática e unitária das distintas circunstâncias que permitam legitimar a devida intromissão seja a interesse de terceiros ou do próprio estado. Por exemplo, o Código Civil no art. 20 refere-se a salvaguarda de serem autorizadas ou quando afiguram-se necessárias a administração da justiça ou a manutenção da ordem pública, pois o interesse privado cede lugar ao interesse público. Igual prerrogativa encontra-se na Constituição Federal no artigo 5º, XII, *in fine*, embora direito de outra vertente. Levando-se em conta tratar-se de um direito fundamental de cunho constitucional é de entender-se que tais exceções tenham caráter taxativo e de interpretação estrita configurando um *numerus clausus* a que haverá de restringir-se.

Na dicção de Jairo Schäfer a colisão de direitos fundamentais, existe quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Embora não muito fácil de equação a questão, esta poderá encontrar adequada solução prática na coexistência de conflitos

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

com outros direitos, haverá como conseqüência a necessidade de intervenção judicial, os quais deverão socorrer-se através da técnica da ponderação das normas, valores e interesses em debate para saber qual deverá prevalecer, já que o direito a própria imagem não goza de proteção privilegiada, pois existem outros direitos de igual proteção e de natureza fundamental, com os quais é passível de colidirem em algum momento, como a liberdade de expressão, de informação, etc, direitos esses reconhecidos aos profissionais da informação, aos meios de comunicação social e a coletividade como forma de garantir uma opinião pública livre, muito embora a liberdade de informação deva estar atenta ao dever de veracidade como forma de substrato ao interesse público, pois a liberdade de expressão, quando difundida, notadamente é capaz de enveredar por excessos, desviando-se de sua missão de informar corretamente. Informar é inerente a natureza humana como assevera Gregório Badene: “Para o homem, a liberdade de pensamento resulta insuficiente no âmbito de sua vida espiritual. Devido a sua natureza social necessita, além de pensar, poder comunicar seu pensamento a outros e conhecer o conteúdo do pensamento das pessoas com as quais convive no marco das inumeráveis comunidades e sociedades que integra”. O direito a informação se evidencia naquele conjunto de faculdades de poder comunicar e receber informações, desde que verdadeiras, através dos meios de comunicação, cujo objeto compreende o conjunto de fatos que tenham caráter de notícia devido ao seu interesse público e sob um ponto de vista útil ao interesse coletivo.

Nessa ordem de idéias, observa-se que tais direitos não gozam de primazia entre um e outro, tendo suas limitações ligadas a aspectos externos a sua concepção original, em virtude da necessidade concreta e prática de convivência com outras esferas, individuais ou coletivas, constitucionalmente protegidas, até porque, nem tudo que se pratica amparado na suposta garantia constitucional pode ter o caráter de legalidade como quando estamos frente ao exercício irregular de um direito *ad exemplum*. Segundo a doutrina de Canotilho, “a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas em geral, reciprocamente complementares”. Assim, diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas, deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da vontade

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

constitucional, devendo ser levado em conta às várias dimensões a serem consideradas tanto pela doutrina como pela jurisprudência, havendo tão somente a necessidade de harmonização concreta dos interesses contrapostos. Na atualidade os princípios são o centro do direito constitucional em sua fase pós-positivista, como normas jurídicas, são mais abrangentes, em especial quando houver choques entre direitos fundamentais a solução que se apresenta viável é através das técnicas da ponderação que se operacionaliza através do princípio da proporcionalidade em especial quando o judiciário é chamado a decidir sobre a prevalência de determinado direito fundamental.

Para Celso Ribeiro Bastos “é fácil imaginar que exercido irresponsavelmente, este direito tornar-se-ia uma fonte de tormento aos indivíduos na sociedade. A todo instante poderiam ser objeto de informações inverídicas, de expressões valorativas de conteúdo negativo, tudo isso sem qualquer benefício social, mas com a inevitável consequência de causar danos morais e patrimoniais às pessoas referidas”. Neste particular, afigura-se razoável a menção ao princípio da proporcionalidade que se leva a efeito através de um juízo de ponderação moral sendo que a liberdade de expressão não pode atentar contra o direito a imagem, podendo restar caracterizado o ato ilícito passível de indenização uma vez que tal direito é limitada pelos art. 5º, X, 220, parágrafo 1º da Constituição Federal. Uma vez violado este direito, os arts. 186, 187, 927, 944 do Código Civil orientam no sentido do exercício da pretensão indenizatória.

Dentre os vários limites à liberdade de expressão encontram-se aqueles atinentes aos direitos da personalidade, mais precisamente aqueles relativos à honra, à intimidade e à imagem da pessoa humana, eis que absolutos, imprescritíveis, indisponíveis e reclamam ampla proteção no caso de afetação, pois os direitos fundamentais entre si possuem o mesmo status jurídico, ocupando o mesmo patamar axiológico já que todos são cláusulas pétreas, art. 60, parágrafo 4º, IV da CF, não sendo possível, estabelecer uma regra de preferência entre eles. Para alguma parte dos autores que tratam do tema, ao regulamentar o exercício do direito o legislador poderá explicitar limites imanentes, independentemente de expressa previsão constitucional como preleciona Wilson Antônio Steinmetz: “Em outros termos, a restrição de direitos fundamentais operada pelo legislador ordinário, antecipando-se a futuros conflitos (conflitos em potencial),

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

pode ser justificada invocando-se a teoria dos limites imanentes; o legislador poderá argumentar que, embora não tenham sido prescritos nem direta nem indiretamente pelo legislador constituinte, os limites que está fixando são legítimos, porque imanentes ao sistema de direitos fundamentais e à Constituição como um todo”.

7) Questões conexas da vídeo vigilância e a imagem

Com já declinamos, cada vez mais, o uso de câmaras de vídeo vigilância esta sendo incrementado a nível mundial como instrumento de proteção eficaz do cidadão. No Reino Unido o investimento com vídeo vigilância é inestimável, afigurando-se na atualidade como um dos países de maior número de câmeras de vigilância e desenvolvimento de políticas neste sentido, inobstante algumas vozes afirmarem que não se colheram todos os frutos pretendidos porque estariam desenvolvidos de maneira pouco sistemática e com escassa regulação. Os acontecimentos de 11 de setembro nos EUA impuseram ao mundo certa prioridade no uso desta nova tecnologia. No entanto, o Brasil tem avançado muito no uso desta nova tecnologia, porém, carecendo de experiência e de uma regulamentação destas políticas, seja no setor público como no privado.

Entretanto, inegável que o uso desta nova tecnologia consubstancia uma intromissão não autorizada na reserva da intimidade da vida privada das pessoas, suscitando alguns efeitos jurídicos, podendo, inclusive, constituir-se em elemento potencial de dano a imagem e a intimidade da pessoa como se observa na esteira do pensamento de Choclan Montalvo em que: "el reconocimiento constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico obliga a considerar que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado no deba perseguirse a cualquier precio, teniendo que ceder este interés público en determinados casos ante el interes individual en mantenerse libre de injerencias el *status libertatis*", de formas que toda ingerência da autoridade pública ou privada no direito da intimidade e integridade física dos indivíduos deve estar prevista em lei, desde que necessárias ao interesse de uma sociedade. Na Espanha a Lei 15/1999 - LOPD (Ley Orgánica de Protección de Datos de

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

Carácter Personal) em cumprimento da Diretiva 95/46 CEE, que tem por objetivo, garantir e proteger o que concerne a proteção de dados pessoais, liberdades públicas e os direitos fundamentais das pessoas físicas, e especialmente de sua honra, intimidade, privacidade pessoal e familiar. A Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) tem marcante presença e constitui-se como uma autoridade de controle independente que vela pelo cumprimento da normativa sobre proteção de dados garantindo e tutelando o direito fundamental a proteção de dados pessoais, informando e ajudando ao cidadão a exercitar seus direitos e as entidades públicas e privadas a cumprir as obrigações que estabelece a lei.

A generalização do fenômeno de captação pública de sons e imagens e cada vez mais seu aperfeiçoamento intenso com intuito de melhorar a segurança pública carece urgentemente de uma regulamentação específica de forma que garanta a sua plena eficácia e o bom uso destas novas tecnologias sem afetar os legítimos direitos de cidadania, evitando a utilização abusiva, seja pelo controle estatal ou privado. Nessa linha de idéias cabe pensar no conflito que pode também ser gerado entre direito à segurança e direito a vida privada, entre as prioridades e sua prevalência entre um e outro – podem coexistir – sem haja alguma afetação? Seguindo a orientação de textos internacionais como o Convenio Europeu de Direito Humanos de 1950, e a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia de 2000 aludem a que ambos direitos devem caminhar juntos e encontram-se garantidos também a nível nacional, muito embora a conciliação entre estes direitos seja algo de dissenso e controvérsias jurídicas, as quais não é objeto destes delineamentos. Visto de modo amplo, ser vigiados, em espaços públicos ou privados importa em potenciais ameaças a vida privada e ao exercício de certos direitos garantidos constitucionalmente como a livre expressão e a liberdade de associação, entre outros conexos.

Algumas regras básicas de privacidade dizem respeito à própria dignidade da pessoa humana, pois a privacidade é essencial ao pleno desenvolvimento da identidade do indivíduo e como tal, deve ser respeitada, somente podendo ser acessada pelo pleno consentimento ou naqueles casos de derrogação legal, muito embora, hoje em dia, dificilmente se poderia falar em privacidade em sentido amplo face ao fenômeno da

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

internet e da “big broderização” em nossas vidas, pois constantemente somos invadidos em nossa privacidade de uma forma ou de outra, em especial quando as câmeras situadas nas vias públicas controlam nossos passos e nos deixa visíveis a um controle externo, público ou privado os quais podem resultar impossível saber quem disporá destas imagens, qual o fim, por quem serão manipuladas, com que propósito, enfim não podemos estar seguros que possam ser mal interpretadas e com isto submeter-se a certos constrangimentos ilegais e de difícil reparação, ou até mesmo, fazendo com que as pessoas, em muitos casos mudem seus hábitos ou mesmo a sua forma de atuar em razão direta da perda da privacidade, porque saber que estamos sendo vigiados pode trazer algum impacto psicológico ao modo de vida dos indivíduos.

De que forma se estaria evitando um mal maior ou uma afetação a direitos fundamentais, sem descuidar-se da esperada segurança? Primeiro importante frisar a necessidade da segurança pública, em especial em espaços públicos e ou privados (empresas de segurança ou segurança privada), desde que seguidos os delineamentos legais, além dos meios técnicos e materiais homologados e autorizados de maneira que garanta sua eficácia e evite danos e moléstias a terceiros, evitando abusos de utilização por parte dos manipuladores de tal sistema, com o uso aberto e transparente, respondendo na forma da lei por qualquer desvio de finalidade, art. 37 parágrafo 6º da Constituição Federal quando se tratar de ente público causador de dano ou aos particulares nos termos da legislação civil. Com respeito as liberdades individuais quando chocadas com algum interesse relevante poderá, evidentemente haver algum choque entre estas liberdades, como a liberdade de associação e de expressão *ad exemplum*, repito, inobstante a essencialidade do serviço público de vigilância com o intuito de manutenção da ordem pública ou prevenção de violência ou crimes, o que não pode acontecer é tornar-se em um instrumento de vigilância das informações, opiniões políticas ou até mesmo das atividades do cidadão, sob pena de lesão a direito destes. Outra circunstância se faz necessário, no sentido de que as pessoas estejam devidamente informadas dos propósitos e objetivos desta forma de ingerência na intimidade do cidadão de forma a harmonizar e conciliar os interesses em pauta.

8) Conclusões

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

Afigura-se como natural o desejo dos indivíduos de conviver em uma sociedade de forma a não expor o cotidiano de sua vida se a isso não desejar ou mesmo ter de suportar qualquer ingerência alheia não autorizada especialmente quando vivenciamos um momento de grandes avanços tecnológicos e da generalização do acesso aos meios técnicos em constante evolução e que facilitam de forma extraordinária algum tipo de invasão a sua privacidade de forma indesejada e mesmo sem conhecimento de seu titular naqueles direitos de resguardo constitucional. Inobstante a atualidade em que vivemos exija maior desempenho da segurança tanto pública como privada cabe pensar na importância de respeitar aqueles limites resguardados constitucionalmente sob pena de transgressão capaz de impingir danos de difícil reparação á pessoa ainda que o titular do direito contraposto o exerça na esfera de sua legitimação.

Pode se ainda dizer que as possíveis colisões e ou restrições no âmbito dos direitos fundamentais buscam compatibilidade através de adequada solução no campo dos princípios, pois tais direitos devem coexistir de forma harmônica respeitando o titular em cada esfera da vida privada. Quando não encontra posição confortável de equilíbrio, busca-se a solução através das regras da ponderação devendo a constituição ser interpretada como um todo primando pela harmonização dos interesses em conflito, salvo aquelas restrições cuja natureza decorre de sua convivência prática, de lei infraconstitucional e do labor do aplicador do direito no caso concreto justificado na previsão da própria constituição que deve traçar os limites adequados de modo a assegurar o exercício pacífico de faculdades eventualmente conflitantes.

9) Referências Bibliográficas

BADENI, Gregório. **Tratado de derecho constitucional**. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. 1.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

BODAS DAGA, Maria Eugenia. **La defensa post mortem de los derechos de la personalidad**. Barcelona: Bosch, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTILLA BAREA, Margarita. **Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen**. Cizur-Menor-Aranzadi, 2011.

DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988, p.105.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

MEDRANO, Amelia Pascual. **El Derecho fundamental a la propia imagen**. Thomson-Aranzadi: Cizur Menor, 2003.

MONTALVO, Choclan. **La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites**. Revista del Poder Judicial, *num.* 38, 1995.

MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**. 1ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 1977.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. **Libertad de expression y sus limites: honor, intimidad e imagen**. Edersa: Madrid, 1991.

Reflexões em torno ao direito a imagem: seus atributos e as indevidas intromissões a intimidade

PASCUAL MEDRANO, Amélia. **El derecho fundamental a la propia imagen**. Thomson-Aranzadi: Cizur Menor, 2003.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direito Fundamentais, proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. “**Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação**”, in Urbano Zilles (coord.), *Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.