

O DIREITO À IMAGEM E A TRANSMUTAÇÃO DE SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL, AO LONGO DA HISTÓRIA

THE RIGHT TO IMAGE AND THE TRANSMUTATION OF ITS CONSTITUTIONAL PROTECTION, THROUGHOUT HISTORY

Artigo submetido em 17 de abril de 2017

Artigo aprovado em 02 de maio de 2017

Artigo publicado em 01 de junho de 2017

Scientia et Ratio

Volume 2 – Número 3 – Junho 2017

ISSN 2525-8532

.

Autor:

Telma Aparecida Rostelato[\[1\]](#)

.

RESUMO: A imagem deve ser compreendida como a amplitude, que contempla o direito à intimidade e à privacidade. Desde o final do século XX, ao ter eclodido colossalmente o acesso à internet e daí sido concomitantemente desencadeado um novo método para obtenção de dados, informações e imagens sobre as pessoas, que se utilizam deste mecanismo de comunicação, o direito que se encontrava assegurado no art. 5º., incisos V, X e XXVIII, alínea “a” da Constituição Federal, careceu ter sua interpretação transmutada, a fim

de que pudesse atender efetivamente as vítimas de divulgação de sua imagem, sem autorização. Recorrendo à Lei que dispõe sobre os direitos autorais (Lei 9610/98) tornou-se possível atribuir uma interpretação mais eficaz àqueles dispositivos constitucionais, vez que a evolução cibernética, embora tenha representado um eixo facilitador para encurtar distâncias, precisou ser delimitado, evitando-se abuso dos usuários e violação desmesurada do direito de pessoas inocentes, verificado em diversos julgados dos Tribunais, envolvendo pessoas famosas, inclusive. Acompanhando a evolução social, a legislação penal veio instituir penas, inibindo a atuação irresponsável, bem como, a legislação civil veio instituir a incidência do dever indenizatório aos transgressores das normas que zelam pela moral, dada a inarredável compreensão diferenciada do conceito hodierno, da proteção ao direito de imagem.

Palavras-chave: Direito à imagem; Direitos autorais; Intimidade; Privacidade; Internet.

ABSTRACT: The image must be understood as the amplitude, which includes the right to privacy and privacy. Since the late twentieth century, having colossally hatched access to the internet and there was simultaneously unleashed a new method to obtain data, information and images about people who use this communication mechanism, the right that was guaranteed in art. 5., Sections V, X and XXVIII, paragraph “a” of the Constitution, have lacked their interpretation transmuted, so that could effectively assist victims of dissemination of his image without permission. Using the Law which provides for the copyright (Law 9610/98) became possible to assign a more effective interpretation of those constitutional provisions, since the cybernetic evolution, although it represented a facilitator axis to shorten distances had to be delimited, evitando- if abuse of inconsiderate users and violation of the right of innocent people, checked in several judgments passed by courts involving famous people, including. Following the social, criminal legislation has set feathers, inhibiting irresponsible behavior, as well as civil legislation has set the incidence of indemnity duty transgressors of the rules shall provide for the moral, given the unswerving nuanced understanding of today’s concept of protection the image rights.

Keywords: Right to image; Copyright; Intimacy; Privacy; Internet.

1. INTRODUÇÃO

A autora tenciona discorrer sobre a temática do direito à imagem, constitucionalmente resguardado, enfocando a significância atualmente atribuída a este direito, porque visa proteger a pessoa em si, enfim, o direito de personalidade.

Em virtude da necessidade de se demonstrar a forma como os Tribunais estão se posicionando sobre a matéria, pretende buscar elementos que subsidiem a sua consagração na Constituição vigente.

Num segundo momento, empregando julgados envolvendo situações emblemáticas para o cenário jurídico brasileiro, em que figuraram pessoas famosas, indicará a atual valoração concedida a este direito.

Por constituir-se imprescindível, para viabilizar a discussão sobre o tema, almeja recorrer à Lei 9610/98, com o objetivo de identificar a conceituação do que seja, a imagem, bem como, o alcance protetivo que lhe é conferido.

O desenvolvimento da abordagem tende a enveredar-se na averiguação da legislação que alicerça a proteção dos jurisdicionados, quanto à divulgação de sua imagem, sem a sua autorização, repercutindo em violação a demais direitos, como à intimidade e à privacidade, razão porque torna-se importante discorrer igualmente, sobre estes, apontando-se a correlata penalização instituída aos autores do delito, pelo Código Penal, além da previsão de indenização por danos materiais e morais, previstos no Código Civil.

• ANTES DE TUDO: O QUE É IMAGEM?

A imagem é algo que todos formam a respeito do semelhante e até mesmo, ao longo do tempo propõe-se a 'criar' uma verdadeira imagem sobre si; a proteção de tal fenômeno,

embora não seja recente no cenário jurídico brasileiro, a abrangência de proteção e a compreensão mais ampla é que vieram a ter atenções voltadas na atualidade, sobretudo em virtude do desencadeamento de indenização por dano moral.

A imagem é a reprodução do que manifesta o corpo (estereótipo), mas não se restringe ao exterior, pode também referir-se ao que transcende interiormente.

Inolvidável que ao pretender-se resguardar aquilo que retrata o “eu” para a sociedade, intenta-se proteger a concepção moral sobre si, razão porque a análise do direito à imagem refoge a demais preceitos constitucionalmente consagrados, como a moral e a honra, vez que estão inter-relacionados.

Tenciona-se, com o preceito constitucional, alusivo à imagem, proteger a esfera pessoal dos indivíduos, compreendida a esfera íntima, inclusive.

A evolução desenfreada da tecnologia representa avanço e facilidades para a sociedade, entretanto já de muito tempo o Direito, como ciência voltada à regulação da vida social harmônica, vem paulatinamente preocupando-se em minudenciar eventuais afrontas à outros direitos, mediante a regulamentação destes atos, vislumbrando afastar, segundo Bastos (2005, p. 194) possível devassa da vida íntima das pessoas.

Prima facie, imprescindível recorrer-se à compreensão da significância deste direito, já que não se restringe à imagem propriamente dita, ou seja, ao mero direito de não se ver o próprio retrato exposto em público, sem que o tenha consentido ou de ter o direito de não ser feita montagem maldosa, utilizando-se o retrato de quem não o consentiu.

A expressão contém uma abrangência bem mais ampla.

O professor Walter Moraes (1972) ensinava magistralmente, que:

Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito.

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

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior (2005, p. 143) asseveram que o referido direito possui duas variações e uma delas, nominada como sendo imagem retrato, corresponde ao direito relativo à reprodução gráfica (retrato, desenho, fotografia, filmagem, por exemplo), aqui encampadas as partes do corpo, desde que identificáveis (vozes famosas, pernas bonitas); enquanto a outra, nominada como imagem atributo, corresponde a um conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pela sociedade.

Na imagem atributo, a pessoa jurídica comporta igual proteção, eis que a proteção da marca e do produto nela estão inseridas.

É de se entender então, segundo a concepção dos autores mencionados, que o direito à imagem recai sobre o retrato físico da pessoa e também sobre a forma com que a sociedade enxerga este indivíduo. Sendo assim, aquela pessoa que expõe repulsa à discriminação racial pode servir como exemplo da imagem atributo, criada pela sociedade a seu respeito.

De igual forma, exemplificado por aqueles autores (DAVID ARAUJO, NUNES JUNIOR, 2005) a imagem de rebeldia, criada propositalmente pelos cantores de rock ao longo dos anos, também contempla proteção constitucional.

Tudo isso porque se vislumbra proteger a imagem objetivando resguardar a identidade, pois o direito à identidade decorre do direito à imagem, o cidadão tem o direito de utilizar-se de sua imagem, ao lado de seu nome. Releva destacar que a violação do direito à imagem subentende violação à integridade da imagem e desencadeia indenização por dano estético.

A Constituição estabelece no art. 5º., inciso X, a proteção da imagem retrato, enquanto o art. 5º., inciso V compreende a proteção da imagem atributo.

Recorrendo à previsão constitucional acerca das consequências ocasionadas pela violação do direito à imagem, seja de uma ou de outra natureza, verifica-se que a indenização por dano material e moral vem repercutir numa verdadeira forma de proteção da integridade moral, podendo ser largamente interpretada ainda, como extensão do direito à vida.

Efetivamente trata-se de conceito amplo (BULOS, 2003):

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

José Afonso da Silva (2007, p.205) pondera que, ao ser declarado pela Constituição vigente, em seu art. 5º., inciso X, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, acabou por erigir expressamente os aludidos direitos, como condição de direito

individual, embora não tendo feito remissão aos mesmos, em seu *caput*, razão porque o renomado autor considera ser um direito conexo ao da vida.

Importante ponderar-se que algumas pessoas, face à profissão que ocupam, acabam estando ligadas ao público (ainda que não queiram) e portanto não podem pretender reivindicar direito de imagem, como ocorre com os políticos, pois seus atos profissionais estão, necessariamente, envolvidos diuturnamente com a publicidade, o mesmo não ocorrendo com os atos pelos mesmos praticados que se referem à sua vida privada, que por óbvias razões encontram-se protegidos constitucionalmente, com maior razão ainda, protegidos estão os atos da vida íntima.

Pois bem, as pessoas que não exercem profissão, de natureza pública, para que tenham sua imagem divulgada, devem autorizar que o façam; já, as pessoas que exercem profissão de natureza pública, uma vez que seus atos desencadeiam sobre a vida da sociedade em si, não podem reclamar direito de imagem com a mesma extensão contemplada aos particulares não comprometidos com a publicidade. E ambos, tanto os que têm vida pública quanto os particulares têm o resguardo da intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, e de igual forma, de impedir o acesso a informações sobre a privacidade de cada um e de impedir que sejam divulgadas informações a este respeito, sobre suas vidas.

Desditosamente, a previsão constitucional induz à conclusão de que a intimidade é considerada direito diverso dos direitos à vida privada, à honra, à imagem, razão porque há doutrinadores que optam por empregar a terminologia: direito à privacidade (com o fito de abarcar todos os que antes foram citados), como o faz José Afonso da Silva (2007, p. 206).

Muito embora o direito à intimidade seja utilizado como sinônimo do direito à privacidade, o fato que a intimidade contempla aquilo que inserido está, na vida privada, representando os segredos, por assim dizer, particularidades morais e íntimas do indivíduo.

A vida privada é vida interior, o que não é vivenciado publicamente, como a relação com

amigos e com familiares.

O direito à intimidade e à privacidade são dois dos limites jurídicos ao direito de crítica (NUNES JUNIOR, 1997-*passim*) , sendo que estes direitos possuem o mesmo patamar constitucional que o direito de crítica, já que inscritos no art. 5º., inciso X da CF, tendo natureza fundamental e altivez constitucional.

A questão colocada pelo autor mencionado é a de que se ambos têm um único significado semântico – elas expressam, duas realidades semânticas distintas, com regras próprias e diferentes entre si.

Ainda que a doutrina aponte como solução limite a averiguação dos espaços público e privado, o autor ressalva a existência de outros espaços na vida das pessoas.

A privacidade tem em conta a esfera da vida individual nucleada na ausência do público, ou seja, na esfera de comodidade onde as relações sociais exteriores ao núcleo familiar permanecem resguardadas. A intimidade é mais restrita que o de privacidade, que tem em vista exatamente essa inter-pessoalidade da vida privada; constitui-se em uma privacidade qualificada, na qual é resguardada a vida individual de intromissões da própria vida privada, reconhecendo-se que não só o Poder Público ou a sociedade podem interferir na vida individual, mas a própria vida em família, que pode vir a violar um espaço que o titular deseja manter impenetrável, mesmo aos mais próximos que compartilham consigo a vida cotidiana.

Assim, é assegurada a inviolabilidade tanto da intimidade, como a da vida privada.

O direito subjetivo à tutela da intimidade e da privacidade não é diferente em relação ao indivíduo comum e à pessoa de vida pública.

Não é a pessoa propriamente dita, mas seu cargo ou a posição social ocupada ou aspirada que determinam uma circunscrição maior de sua intimidade e de sua privacidade.

Não houve variação no direito, mas sim no conceito e na abrangência do círculo de intimidade desse mesmo indivíduo.

Não se afirma que a pessoa pública não possua intimidade, mas sim que a sua esfera de vida privada ou íntima é mais restrita que a do indivíduo comum.

Encontram-se três situações em que os círculos de proteção da intimidade e da privacidade cedem o passo, ante o direito de crítica jornalística: 1) fatos relacionados a uma pessoa, cuja atividade, por afetar uma grande gama de cidadãos a coloque sob o interesse do público – ex^o. pessoas dedicadas à vida política (a crítica deve guardar relação com a atividade pública desenvolvida); 2) pessoas que tenham buscado publicidade, e não teriam o direito a repugná-la – ex^o. artistas, e; 3) fatos de interesse geral, cujo reconhecimento seja necessário à participação individual na vida coletiva – ex^o. um grande acidente ou grande descoberta científica.

Além desta hipótese, o direito de intimidade e o de privacidade são invioláveis.

Esta inviolabilidade do direito à intimidade corresponde à preservação do ser humano da sua vida particular e de seus pensamentos mais secretos, do conhecimento de outras pessoas e do Estado, preserva a própria vivência da pessoa, é o que pondera Rogério Donizetti Campos de Oliveira (2014).

• NUANCES PROTETIVAS DA IMAGEM - ALGUNS EXEMPLOS

A imagem vem se transformando, ao longo dos anos, no cartão de visitas e corresponde, por assim dizer, na individualização do ser humano, portanto, proteger-se a sua forma de apresentação é fator crucial, porque embora os casos como o da atriz Carolina Dieckmann, que teve fotos íntimas expostas na internet, sem sua autorização, serem os que ganham notoriedade na mídia, o problema tornou-se cada vez mais comum, inclusive com pessoas que não integram o mundo das celebridades.

Desditosamente as pessoas não se atém à necessidade de adoção de providências destinadas ao resguardo de dados constantes em arquivos, que contêm informações sensíveis, esta falta de cuidado pode acabar ocasionando danos irreparáveis, já que é quase impossível retirar totalmente o conteúdo da internet, uma vez que ele foi publicado.

Nos idos de 1928 o Brasil deparou-se com posicionamento dos Tribunais, já favoráveis à indenização pecuniária, em caos de violação do direito à imagem, pois a Miss Brasil de 1922, teve sua imagem captada, sem seu consentimento e foi utilizada num filme de atualidades, sendo que o magistrado Octávio Kelly realçou cinco aspectos importantes do direito da personalidade; primeiro, colocou o problema no terreno do direito da personalidade; segundo, reconheceu a tutela dos próprios traços físicos originais do sujeito; terceiro, captação da imagem, com extração de cópias que foram negociadas, sem o consentimento da fotografada, que nem sequer estava prevenida desse *desideratum*; quarto, estendeu a tutela jurídica à imagem dinâmica, típica do cinema (movimento e gestos); finalmente, quinto, sentenciou de forma inédita, com fundamento no art. 666, n. X, do anterior Código Civil (MORAES, p. 22)

Considerando isso, deve-se evitar a produção de fotos de si mesmo em situações íntimas, pois a atriz Scarlett Johansson também foi vítima e acaba sendo ratificado que o hábito dos casais em gravarem vídeos e fotos de sua intimidade não é acompanhado do cuidado em manter esses arquivos longe de terceiros.

A atriz norte-americana Jennifer Lawrence, conhecida por estrelar no filme “Jogos Vorazes”, foi outra vítima, a qual sofreu o constrangimento de ter o vazamento de suas fotos íntimas, no fim de agosto de 2014, embora não tenha sido identificada a autoria, encontrando-se o caso ainda sob investigação, acredita-se que houve uma falha no iCloud (serviço da Apple que permite guardar informações online). Oficialmente, a Apple justificou que as contas de celebridades foram comprometidas e que as informações foram obtidas por um ataque que explorou *login*, senha e as questões de segurança escolhidas pelas famosas.

Outro caso emblemático ocorreu em outubro de 2015, o qual envolveu Stênio Garcia e sua mulher Marilene Saade, os quais tiveram fotos íntimas vazadas em redes sociais, o casal esclareceu que estava tirando a foto pelo celular, de seus corpos nus, porque iriam fazer uma peça, e que não sabem o motivo de ter sido divulgada a foto, nas redes sociais.

No Brasil, a maioria dos casos de divulgação de imagens, não autorizadas, que são alvo de discussão judicial, vindicando reparação pelo dano sofrido, envolve namorados que, ao terminar a relação, publicam na internet fotos e vídeos das namoradas, como forma de vingança.

Já que se trouxe uma série de fatos da vida real, envolvendo celebridades, não menos conhecida foi a divulgação de fotos íntimas da modelo Daniela Cicarelli, entretanto, em sentido diametralmente oposto ao que se vem alinhavando linhas acima, consiste no entendimento embasador do indeferimento da tutela antecipada, requerida nos autos correspondente, conforme segue adiante transcrita a sua íntegra:

Agravo 472.738-4 da 4a. Câm. Dir. Privado do TJSP - Invasão de privacidade e exploração indevida de imagem - Caso Cicarelli

29/09/2006 - **Fonte:** Consultor Jurídico **Autor:** Webmaster

VOTO Nº: 10448

AGRV.Nº: 472.738-4

COMARCA: SÃO PAULO

Relator Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (4ª Câmara Direito Privado)

AGTE.: RENATO AUFIERO MALZONI FILHO e DANIELLA CICARELLI LEMOS

AGDO.: INTERNET GROUP DO BRASIL LTDA., ORGANIZAÇÕES GLOBO DE COMUNICAÇÃO e YOUTUBE INC.

Pedido de antecipação de sentença por violação do direito à imagem, privacidade, intimidade e honra de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis – Tutela inibitória que se revela adequada para fazer cessar a exposição dos filmes e fotografias em web-sites, por ser verossímil a presunção de falta de consentimento para a publicação [art. 273, do CPC] – Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC – Provisório, com cominação de multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção.

Vistos.

Os postulantes, RENATO AUFIERO MALZONI FILHO e DANIELLA CICARELLI LEMOS, ingressaram com ação inibitória com o propósito de suspender exibição do filme e de fotos deles, que foram captadas sem consentimento [clandestinidade] em momento de lazer na praia de Tarifa, na costa da Espanha, por um paparazzi e que estão sendo divulgadas em web-sites das requeridas [INTERNET GROUP DO BRASIL LTDA., ORGANIZAÇÕES GLOBO DE COMUNICAÇÃO e YOUTUBE INC.].

Os pretendentes afirmam que está ocorrendo violação aos direitos da personalidade [intimidade, privacidade, imagem], o que autoriza afirmar violação dos arts. 220, § 1º e 5º, X, da CF e 12 e 21, do Código Civil e não se conformam com o indeferimento da tutela antecipada, argumentando que o fato de as imagens terem sido captadas em local público [praia] não autoriza a publicidade sem consentimento, como está se verificando.

Decide-se.

Cumpra, inicialmente, estudar a possibilidade de ser concedida tutela antecipada inaudita altera parte, devido à forte oposição a esse tipo de medida, em virtude do art. 5º, LV, da CF.

Evidente que seria recomendável citar as requeridas para resposta, o que garantiria segurança da decisão judicial a ser proferida. Ocorre que o direito dos envolvidos requer uma tutela de emergência, caracterizando uma situação em que as providências de citação agravariam o risco de dano [periculum in mora]. Nesse contexto, viável antecipar a tutela, ainda que sem a citação das requeridas.

Em seguida, não custa realçar a importância dos direitos da personalidade no estágio atual do Direito. O direito à imagem, antes do Código Civil, era protegido graças ao empenho dos doutrinadores, como CARLOS ALBERTO BITTAR, que sempre defendeu o conceito de resguardo da intimidade e da imagem retrato, ainda que em se cuidando de pessoas famosas, como artistas, que, igualmente, não merecem testemunhar agressões de sua imagem em revistas de sexo, de pornografia e ilustrações de textos indecorosos [Os Direitos da Personalidade, 2ª edição, Forense Universitária, 1995, p. 91].

Aliás, sobre essa circunstância e devido ao fato de a questão atingir pessoa conhecida, como Daniela Cicarelli, é de rigor mensurar se a informação que está sendo transmitida caracteriza adequada utilidade de conhecimento, isto é, se é bom para a sociedade insistir na transmissão do vídeo em que os dois cometem excessos à beira-mar. Não soa razoável supor que a divulgação cumpre funções de cidadania; ao contrário, satisfaz a curiosidade mórbida, fontes para mexericos e "desejo de conhecer o que é dos outros, sem conteúdo ou serventia socialmente justificáveis" [GILBERTO HADDAD JABUR, "A dignidade e o rompimento da privacidade", in Direito à Privacidade, Idéias e Letras, 2005, p. 99].

Não há motivo público que justifique a continuidade do acesso. Verifica-se que a tutela antecipada foi indeferida sob o fundamento de que não haveria ato ilícito na captação de imagens de banhistas que se beijam e trocam ousadas carícias em público, circunstância que excluiria ofensa a "direito à imagem ou desrespeito à honra, à intimidade ou à privacidade dos autores". Respeitada a convicção do ilustre Magistrado, era caso de atender os autores.

O direito à imagem sofre, não se discute, temperamentos. Não é absoluto, embora de cunho potestativo [somente o titular poderá dele dispor, mediante consentimento] cede frente ao interesse público preponderante. A pessoa não poderá se opor, por exemplo, que sua imagem-retrato seja incluída como parte de um cenário público, como quando é fotografada participando de um evento público, de uma festa popular, de um jogo esportivo, etc. Alguns segredos de pessoa notória podem ser contados e não filmados, com a descrição necessária, em obras biográficas, como anota, na Itália, LUIGI GAUDINO [La responsabilità extracontrattuale, Giuffrè, Milano; 1994, p 248]: "sarà ciò che cita la narrazione della biografia, non già la trasposizione cinematografica di episodi della sfera intima di una persona riproposti esclusivamente per appagare la curiosità altrui" .

Contudo, como adverte a Professora MARIA HELENA DINIZ ["Direito à imagem e sua tutela" , in Estudos de Direito de Autor, Forense Universitária, 2002, p. 101], essa restrição é legítima quando a figura da pessoa não é destacada com insistência, pois o objeto da licença é o de divulgar uma cena em que a imagem da pessoa seja parte integrante [secundária]; aqui, no entanto, o que se verifica é a exploração das imagens das pessoas na praia e não o contrário. Ficou conhecida, na Itália, a sentença que responsabilizou a conhecida canal RAI de televisão, por reproduzir imagem ridícula de torcedor de futebol, captada em pleno estádio "precisamente con un dito infilato nella bocca" [GIOVANNA VISITINI, Trattato breve della responsabilità civile, Cedam, Milano; 2005, p. 468].

A situação de Renato e Daniella é muito pior do que a do italiano flagrado com um dedo na boca.

Não cabe ignorar o precedente do colendo STJ [Resp. 595.600 SC, DJ de 13.9.2004], pelo qual foi rejeitada indenização de dano moral por divulgação de retrato de moça que tomava sol, na praia, de topless. Todavia, não devemos esquecer, igualmente, que caso semelhante foi julgado de forma diferente pelo STJ de Portugal, quando se reconheceu a culpa pela

publicação da foto de mulher " quase completamente nua (em topless) na praia do Meco, considerada um dos locais onde o nudismo se pratica com mais intensidade, número e preferência, mesmo que se admita ser essa pessoa fervorosa adepta ao nudismo" [nota 818, de p. 324, da obra de CAPELO DE SOUSA - O Direito Geral de Personalidade, Coimbra; 1995].

Resulta que não há uniformidade sobre essa importante variante do direito contemporâneo. Não é permitido afirmar, de forma categórica, no intróito da lide, que os jovens que protagonizaram cenas picantes não possuem direito de preservarem valores morais, como o de impedir que esses vídeos continuem sendo acessados por milhares de internautas, porque isso constrange e perturba a vida dos envolvidos, como relatado nos autos. E, na dúvida sobre o direito preponderante, " o privilégio sempre há de ser da vida privada. Isso por uma razão óbvia: esse direito, se lesado, jamais poderá ser recomposto em forma específica: ao contrário, o exercício do direito à informação sempre será possível a posteriore, ainda que, então, a notícia não tenha mais o mesmo impacto" [SÉRGIO CRUZ ARENHART, A tutela inibitória da vida privada, RT, 2000, p. 95].

No caso em apreço, segundo consta dos autos, a exposição da imagem dos autores é do tipo que causa depreciação, com ofensa ao resguardo e a reserva, porque são filmagens que estão sendo transmitidas como forte apelo sexual e com sentido obsceno. Nessa situação, lembra ADRIANO DE CUPIS, o consentimento da pessoa, com a exposição de imagem lesiva à honra, é obrigatoriamente expreso e específico [Os Direitos da Personalidade, Lisboa, 1961, p. 140], conceito que se aplica à hipótese, pois, ainda que eles não proibissem a indiscrição do paparazzi, como se aventou, deveria existir concordância deles para a publicação dos lances íntimos, porque depõem contra o resguardo da privacidade.

Os paparazzi são conhecidos pelo modo agressivo com que atuam na captação das imagens, informa REGINA SAHM [Direito à imagem no direito civil contemporâneo, Atlas, 2002, p. 207], o que caracteriza a ilicitude de suas atividades [voyeurismo]. Negar a tutela antecipada seria premiar a atuação desses profissionais que não pedem autorização para suas filmagens e

fotos e, principalmente, legalizar o sensacionalismo e o escândalo propagados pelos meios de comunicação, sem licença dos envolvidos.

A tutela inibitória que está modelada no art. 461, do CPC, foi introduzida no sistema brasileiro para contornar os efeitos da crise do processo de conhecimento [condenatório]. A opção por perdas e danos [tutela ressarcitória] nem sempre atende os interesses imediatos dos titulares do direito subjetivo, pelo que a demora na solução do pedido poderá recrudescer ou ampliar o dano que se busca reparar, inviabilizando a ideologia da satisfação integral do lesado. Daí a necessidade de interditar, bloquear a expectativa de concretização de dano iminente ou paralisar a sua continuidade. Para LUIZ GUILHERME MARINONI, cuja previsão de três anos para o término de um processo é bem otimista, afirma que, " se alguém teme que seu direito à imagem seja violado, continue a ser violado ou seja novamente violado, não pode se dar ao luxo de esperar o tempo necessário ao trânsito em julgado da sentença cominatória" [Tutela inibitória, RT, 1998, p. 70].

A doutrina é uníssona em reconhecer a utilidade da tutela inibitória em casos de ofensa ao direito à imagem por meios de comunicação, até porque isso está previsto no art. 12 e 21, do Código Civil, valendo mencionar a obra de EDUARDO TALAMINI, Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, RT, 2001, p. 440, que sugere aplicação da multa para dissuadir o ofensor. No campo da informática, destaca-se a doutrina autorizada de DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO [Responsabilidade por publicações na Internet, Forense, 2005, p. 149] e RICARDO LUIZ LORENZETTI [Comércio Eletrônico, RT, 2004, p. 435]. ELIMAR SZANIAWSKI afirmou [Direitos de personalidade e sua tutela, 2ª edição, RT, p. 2005]:

" A vítima terá por escopo obter, por parte do Judiciário, a cessação da execução da violação. A interdição da perturbação dar-se-á através de tutela inibitória, que além de fazer cessar o atentado atual e contínuo, removendo os efeitos danosos que são produzidos e que se protraem no tempo, possui natureza preventiva contra a possível prática de novos atentados pelo mesmo autor. As ações típicas destinadas para tutelar preventivamente a vítima de atos

atentatórios ao seu direito de personalidade, consiste na ação inibitória antecipada, na ação de preceito cominatório, da tutela antecipada e das medidas cautelares atípicas, como a busca e apreensão e o seqüestro, e das medidas cautelares atípicas” .

Os postulantes afirmam que não autorizaram as fotografias e as filmagens, e isso é verossímil, uma conclusão que se toma diante das circunstâncias em que foram fotografados e filmados. O Juiz poderá aplicar o art. 335, do CPC, para entender que, até prova em contrário, é permitido presumir que não autorizaram que seus momentos de intimidade fossem divulgados pelo mundo todo, como está ocorrendo. Há reclamação da parte dos envolvidos de que a maciça divulgação das cenas, da forma pornográfica e escandalosa que se confirma pelos documentos juntados, está repercutindo mal no ambiente de trabalho deles, o que é um motivo de reforço da tutela que se concede, originariamente, para preservação de sentimentos e direitos fundamentais da dignidade humana [art. 1º, III, da Constituição Federal].

Não importa que seja verdade; os autores da ação querem preservar direitos tutelados pela Constituição Federal, de modo que as cenas de suas vidas privadas não podem ser mais veiculadas. O interesse do público não é mais importante que a evolução do Direito da intimidade e da privacidade e que estão sendo seria e gravemente afetados pela exploração da imagem.

A tutela inibitória a ser concedida impedirá que as requeridas permitam acesso ao filme e às fotografias, conforme pedidos dos itens ” a ” e ” c ” , da inicial [fl. 40/41], arbitrada, para cada uma das rés, a multa diária de R\$ 250.000,00 [duzentos e cinquenta mil reais] em caso de desobediência. É necessário abrir um parágrafo para justificar o arbitramento da multa que é prevista no § 5º, do art. 461, do CPC.

Tendo em vista que o vídeo não contém matéria de interesse social ou público, há uma forte tendência de ser, no final, capitulada como grave a culpa daqueles que publicaram, sem

consentimento dos retratados e filmados, as cenas íntimas e que são reservadas como patrimônio privado. Portanto e porque as pessoas envolvidas são conhecidas, a exploração da imagem poderá ter um sentido e uma conotação mercantilista, o que justifica mensurar a astreinte na mesma proporção das vantagens que as requeridas pretendem auferir com a divulgação, sob pena de se tornar inócua a providência judicial.

Pelo exposto, dá-se provimento para conceder a tutela antecipada, inaudita altera parte, nos moldes do pedido inicial, expedindo-se, com urgência, ofício para que o Juízo de Primeiro Grau expeça comunicado, via fax, para que as rés cumpram a ordem de abstenção, sob pena de multa diária de R\$ 250.000,00, para cada uma, em caso de transgressão.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI

Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

Tutela antecipada. Pedido de retirada de filme exibido em site mantido pelas agravadas ao fundamento de violação ao direito de privacidade e imagem. Inadmissibilidade. Ausência da prova da verossimilhança se o filme é verdadeiro e apenas reflete as cenas explícitas de beijos, abraços e carícias, protagonizados pela modelo Daniela Cicarelli e seu namorado numa praia pública e badalada da costa espanhola. Direito à imagem que tem como princípio informador, em especial quando se trata de pessoas públicas, a própria conduta do protegido, não sendo juridicamente razoável vislumbrar o direito constitucional desvinculado por completo do primeiro parâmetro que é o fornecido pela conduta dos que não tiveram nenhum cuidado com a própria imagem, intimidade e privacidade. Ausência do risco de dano irreparável porque eventual violação poderá ser traduzida em perdas e danos. Presença da internet e do direito à informação que não podem ser olvidadas na discussão dos relevantes temas envolvidos. Antecipação de tutela bem indeferida em primeiro grau. Recurso improvido.

Insurgem-se os agravantes contra a r. decisão que indeferiu a antecipação de tutela para retirar dos sites das agravadas o filme contendo a gravação das cenas amorosas que protagonizaram na famosa praia de Tarifa, na costa da Espanha, aduzindo que a sua manutenção fere direitos da personalidade (privacidade, imagem, intimidade) e viola os arts. 220, § 1o, e 5o, X, da Constituição Federal, bem como os arts. 12 e 21 do Código Civil de 2002, já que o fato de ter sido feito em local público não autoriza a publicidade sem consentimento.

O digno Magistrado prolator da r. decisão agravada indeferiu a antecipação de tutela ao fundamento principal de que a captação de imagem de banhistas em cenas ousadas de carícias e beijos em público não constitui ato ilícito capaz de justificar a tutela pretendida.

O digno desembargador relator concede a antecipação de tutela ao fundamento primordial de que, malgrado o filme se tenha feito em local público, fere o direito de imagem e privacidade dos autores a veiculação desprovida de autorização, percorrendo longamente sobre o tema com apoio em doutrina e jurisprudência que entende aplicáveis sobre direitos à privacidade, imagem e intimidade.

Ouso, com a devida vênia, discordar do entendimento deduzido pelo digno desembargador relator.

Faço-o, lembrando, de início, que os meus fundamentos terão o cuidado de não ingressar prematuramente na análise do mérito da ação indenizatória, cujo julgamento somente se deverá dar na r. sentença, ocasião em que terá o digno Magistrado prolator da r. decisão agravada maiores e melhores condições de avaliar os relevantes motivos jurídicos que envolvem o problema.

De todo modo, em se tratando de antecipação de tutela final, é inevitável que se avance um pouco sobre o mérito, mas apenas o indispensável a que se possa concluir pela prova ou não da verossimilhança das alegações ligadas à antecipação pretendida.

Pois bem.

Não encontro a prova da verossimilhança das alegações que se destinam a obrigar as agravadas a retirar das suas páginas eletrônicas o filme em que estão retratados alguns minutos de gravação contendo os autores em apaixonada troca de carícias, beijos e abraços que terminaram num sensual banho de mar.

Cabe lembrar que os temas de direito não podem ser discutidos sob ótica que não seja absolutamente contemporânea aos tempos vividos, em que a velocidade da internet se somou aos demais meios de comunicação social, e, inegavelmente, pela velocidade, com grande supremacia em termos de veiculação de fatos de interesse geral da coletividade. A rede mundial que compõe a internet traz à lume toda a modernidade dos novos tempos, mostrando instantaneamente os fatos e os acontecimentos públicos havidos em qualquer parte do planeta, na mais perfeita demonstração de que o homem, no que se refere à informação avançou de modo inexorável para o Século XXI.

A análise de qualquer direito fundamental que não considere este novo veículo de comunicação será inadequada como forma de traduzir o também novo sentimento jurídico acerca de qualquer tipo de censura ligado às empresas nacionais que mantêm páginas na internet, esta maravilhosa rede de computadores que encurtou todas as distâncias, que fez o tempo passar tão velozmente a ponto de o furo de reportagem da manhã estar envelhecida no começo da tarde, e em que o mundo, com os seus fatos importantes e de interesse geral da sociedade, aparece a um clique na tela do computador pessoal de cada cidadão.

Ignorar esta realidade poderá conduzir, não raro, a uma decisão judicial absolutamente inócua, quase surreal, porque enquanto o mundo todo já viu as imagens e leu as notícias (inclusive guardando-as em seu computador pessoal os que as colecionam), e que continuam espalhadas em incontáveis outros sites pelo mundo a fora, acessíveis a qualquer brasileiro, censura-se um provedor brasileiro de manter na sua página eletrônica o que todo mundo já

viu e que o mundo inteiro continua mostrando.

Nesse contexto novo, não se pode cogitar de direito à privacidade ou à intimidade quando os autores, apesar de conscientes de serem figuras públicas, em especial a modelo Daniela Cicarelli (e quem a acompanha evidentemente não ignora o fato), se dispõem a protagonizar cenas de sensualidade explícita em local público e badalado como é a praia em que estavam, uma das que compõem o que se poderia chamar de riviera espanhola, situada na Costa da Andaluzia, no município de Cádiz.

Pessoas públicas, cuja popularidade atrai normalmente turistas e profissionais da imprensa em geral, particularmente os conhecidíssimos " paparazzi" da Europa, não podem se dar ao desfrute de aparecer em lugares públicos expondo abertamente suas sensualidades sem ter a consciência plena de que estão sendo olhados, gravados e fotografados, até porque ninguém ignora, como não ignoravam os autores, que hoje qualquer celular grava um filme de vários minutos com razoável qualidade.

_____, . Caso Cicarelli – Acórdão. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 6, nº 490, 22 de outubro de 2006. Disponível em:

<http://www.tex.pro.br/home/artigos/84-artigos-out-2006/5490-caso-cicarelli-acordao>

Embora o voto divergente fundamente o entendimento de ter assentado violação à privacidade, face a divulgação desautorizada das imagens da modelo, a falta de cuidado da mesma, que se enquadra como pessoa pública, foi o fator decisivo, para a denegação da tutela requerida.

Encontram-se ponderadas as razões e a preciosidade do Direito Constitucional, que viabiliza ponderar o emprego do sopesamento principiológico, isto porque o Direito é para ser, acima de tudo, bom senso.

3.1- A LEI 9610/98: SUMÁRIA ABORDAGEM CORRELATA AO DIREITO À IMAGEM

A Lei 9610/98 veio regular os direitos autorais, atualizando e consolidando a legislação vigente até a sua data de entrada em vigor: 20/02/1998.

Sendo considerado alvo protegido pela legislação citada, as publicações, transmissão ou emissão de sons e imagens, retransmissão destes, distribuição de originais ou cópias de obras literárias, artísticas ou científicas, comunicação ao público de obra, reprodução de cópia de um ou vários exemplares de obra literária, artística ou científica, contrafação, fonograma, editoração, produção, radiodifusão, artistas intérpretes ou executantes, titular originário de obra intelectual, minuciosamente descritos nos incisos do art. 5º.

A imagem encontra guarida nesta legislação que dispõe acerca dos direitos autorais, sem dúvida alguma, dada a concepção do conceito, o que pode ser reforçado pela expressa menção aos direitos morais do autor, insculpido no art. 24, que em suma ocupa-se em preservar o direito à autoria da obra e à sua autenticidade.

Importância de grande proporção fora conferida ao tema, porque inclusive ampliou-se para após a morte do autor, circunstância em que estende-se ocasionalmente, o direito de reivindicação destes direitos, aos sucessores daquele, sendo prevista ainda, a possibilidade de indenização a terceiros, dependendo do caso concreto; de igual forma, em se tratando de obra caída em domínio público, transmite-se ao Estado, o dever de defender a integridade e a autoria da obra correspondente.

Diante disso, verifica-se uma atenção generalizada, capitulando-se nos arts. 102/110, sanções civis aos transgressores, que acabam resumindo-se em penas pecuniárias, equiparadas à indenizações.

Releva destacar que a forma de proteção ao direito à imagem, neste século, sofreu modificação, em virtude da internet, que muito embora seja uma ferramenta de trabalho, absolutamente importante e facilitadora, porque denota verdadeira atualização da sociedade.

Por outro lado, há os que se utilizam da internet para a exposição de informações e imagens, não autorizadas por seu autor, daí a incidência de cometimento de crimes.

Justamente com o fito de ir ao encontro de situações desta natureza, que retratam a necessidade de se delimitar a prática de atos, por meio da rede mundial de computadores, é que foi editada a Lei nº. 12.737/2012, que por sua vez fora apelidada de “Lei Carolina Dieckmann”, pois fora em virtude de episódio envolvendo a divulgação de fotos íntimas da atriz, na internet, sem a sua autorização, é que verificou-se a premência na regulamentação da temática e então, como já se encontrava em trâmite na Câmara dos Deputados, projeto de lei (proposto pelo deputado Paulo Teixeira), com tal objetivo aproveitou-se a ocorrência, para apreciação e votação.

Com isso, foi alterado o Código Penal, que passou a tipificar, como sendo infrações, uma série de condutas praticadas no ambiente digital, principalmente em relação à invasão de computadores, além de terem sido estabelecidas punições específicas, incluindo-se os casos em que há a invasão de computadores, tablets ou smartphones conectados (ou não) à internet.

Em suma, o propósito é o de penalizar aquele que sem autorização divulga imagens, na rede mundial de computadores, coadunando-se, sem sombra de dúvida, com o que é preconizado na Constituição Federal, a respeito do direito de manter a privacidade.

Desta forma, passou a constituir-se crime: invadir dispositivo alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação de segurança com o fim de obter informações sem autorização, como por exemplo, invadir computador para apropriar-se de conteúdo, sem consentimento do dono, sendo a punição correspondente, a pena de detenção de três meses a um ano e multa.

Já, se com as informações, vier causar prejuízo econômico, como quando o criminoso rouba conteúdo sigiloso de uma pessoa e apaga a informação, causando perda pecuniária, é

aumentadaa pena de detenção, de três meses a um ano e quatro meses.

Outra hipótese que se constitui como agravamento da pena, ocorre quando a obtenção de conteúdo de comunicações privadas de forma não autorizada, em que ao ser roubado o conteúdo de e-mail por exemplo, ou o controle de computadores, tornando-os inutilizáveis, aumenta a pena de detenção de seis meses a dois anos e multa.

De igual forma, circunstância agravante da pena praticada em crime cibernético ocorre quando a divulgação e comercialização de conteúdo roubado de dispositivo informático, ou seja, quando roubadas as informações sigilosas as vende ou divulga na internet, resultando na pena de reclusão de oito meses a três anos e quatro meses.

A Lei nº. 12.737/2012 define também que constitui-se crime quando o usuário não autoriza o acesso ao aparelho ou quando o criminoso “instala vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”. A pena nesses casos, é de três meses a um ano de detenção, além de multa.

Também está prevista punição de seis meses a dois anos de reclusão, além de multa, para quem obtiver dados “de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas”, após a invasão ou controle da máquina invadida remotamente; neste caso, a pena aumenta de um a dois terços, se o crime for cometido contra autoridades do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Também aumenta a pena, se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiros dos dados obtidos.

Importante trazer à lume, que a Lei 84/99, que por sua vez, equipara a prática de roubo de dados de cartão de crédito ao de falsificação de um documento particular. Quem for acusado de cometer este crime, estará sujeito à reclusão, de um a cinco anos, de prisão ou ao pagamento de multa.

O texto também estabelece punição para quem fornecer informações relacionadas à estratégia militar para o inimigo por meios eletrônicos.

Assim, equipara-se o crime de falsificação de cartão de crédito ou débito ao de falsificação de documentos, sendo apenado o infrator, com pena de reclusão de um a cinco anos ou multa.

Sem sombra de dúvida, a forma de interpretação desta outra lei, vem resguardar as vítimas dos crimes cibernéticos, envolvendo cartão de crédito, já que a cada dia cresce mais o emprego deste método de transação comercial.

4- CENÁRIO PROTETIVO, APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE

Destaca-se o fato de a Assembleia Constituinte, em suas deliberações, ter se atentado para a temática, e daí, feito inserir na Constituição vigente, precisamente em seu art.5º., incisos V, X e XXVIII, alínea “a”, respectivamente:

(...)

V-é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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.

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;

(...)

Certamente a preocupação voltava-se naquele momento histórico, para as questões imanentes à privacidade, intimidade, mas sem sombra de dúvida, não tinha, aludido preceito constitucional, a amplitude de proteção que esta última década veio contemplar, dada o desmesurado avanço tecnológico que impôs o emprego de mídias e utilização de

mecanismos cibernéticos nunca antes utilizados, na realidade muitos deles sequer imaginava-se que viriam existir um dia, mas que acabaram se tornando aplicativos de primordial importância na vida social, e não apenas para afirmar-se contatos sociais, propriamente ditos, mas para o desenvolvimento de trabalho, inclusive.

A facilitação advinda da agilidade na troca de informações e levantamento de dados, facultados por este mencionado desenvolvimento tecnológico, por certo que otimizou a realização de atividades diversas, mas em contrapartida, pôs à mercê os seus interlocutores, porque não confere 100% de confidencialidade ao teor das informações transmitidas, seja através de textos ou imagens.

Tais inovações tecnológicas, carecem assim, proteger os seus transmissores, para que não se deparem com a violação e divulgação dos dados que transmitem e que muitas vezes precisam revestir-se de sigilo em seu conteúdo.

Por certo, que a intenção do agente é levada em conta, tal qual regula o Direito Penal, porque constitui-se situação absolutamente diversa, aquele que tem as suas informações invadidas e rackeadas, daquele que espontaneamente divulga imagens, fotografias ou textos na rede mundial de computadores (internet).

Ora, uma coisa, é ter a intimidade ou a privacidade invadida e a outra é pretender que informações desta natureza sejam veiculadas.

A vida pública, como afirmado anteriormente refere-se aos atos profissionais, que estão diretamente ligados com a publicidade (ex^o. políticos), o que não significa dizer que os atos afetos à vida pessoal e muito menos a íntima, devam ser alvo de ampla divulgação midiática, já que todos, indistintamente, têm o direito constitucional de fruir sua liberdade de prática de atos privados.

A dimensão do painel protetivo do direito à imagem, que se desdobra, na vida privada e vida

pública atingiu proporções gigantescas com o advento do aplicativo *facebook*, *instagram*, *twitter* e *outros*, nota-se que não são raras as vezes em que de livre e espontânea vontade é feita divulgação de fotografias que vivenciam momentos da vida pessoal (e até mesmo íntimos), deve-se pontuar então, a necessidade de se ponderar o fato de que, muitas vezes a pessoa quer efetivamente que sejam divulgadas aquelas informações, dados, fotografias a seu respeito, ainda que retratem momentos íntimos, devendo-se ao mero prazer de expor-se e não raras as vezes de ostentar.

Noutras circunstâncias e é à estas que o presente artigo vem reportar-se, encontra respaldo constitucional, porque compreendem usurpação de dados, informações ou fotografias, sem autorização de seus 'personagens' e nestes casos sim, há que se averiguar a existência de toda uma gama protetiva, a começar do art. 5º., incisos, V, Xe XXVIII, "a" da CF (acima transcritos), bem como as Leis nº.s: 9.610/98 e 12.737/2012.

Sobreleva destacar que tais previsões não se ocupam apenas com as divulgações de informações relacionadas a artistas e pessoas públicas, mas à sociedade em geral, já que a massificação da internet abrange todas as pessoas, e curiosamente, de uns tempos para cá, não vem mais sendo uma mera ferramenta de trabalho, mas sim uma forma obrigatória de se desempenhar muitas funções. Logo, realmente era imperioso que se dispusesse de mecanismos legais, que pudessem imiscuir ou extirpar tais atuações inescrupulosas.

Com referência aos direitos autorais, igual transmutação foi sofrida porque recentes são as disponibilizações de textos, músicas e vídeos pela internet, muitas obras integralmente colocadas à disposição para *download*; não poderia compreender-se que a Constituição Federal excluísse de seu campo protetivo as utilizações indevidas de tais informações, por constituírem, dependendo da forma e finalidade destinada, em verdadeira ilicitude, o uso desautorizado de seu autor.

Os indivíduos existem involuntariamente e são subjugados a uma regulação de seu convívio

em sociedade, desde o momento em que nascem, aliás desde a concepção já tem sua vida toda regimentada por normatizações diversas, para o que, não há possibilidade de optar por uma ou outra, dado o seu caráter cogente; por outro lado, não menos imperioso é o dever estatal de assegurar seus jurisdicionados de que não terão sua imagem divulgada, sem que autorizem o seu autor, isto porque há informações e fotografias que compreendem a vida pessoal, envolve a intimidade de cada um, e portanto não dizem respeito a mais ninguém, a não ser aquele protagonista da cena, do momento registrado, sendo vedado que se divulgue tais fotografias.

Situação diversa é aquela em que o protagonista da cena voluntariamente divulga pessoalmente ou fornece as fotografias para que terceiro o faça, isto subsume que está “abrindo mão” da segurança constitucional da indevassabilidade de seus dados, de seu retrato pessoal.

Embora de proporções irreparáveis, na eventualidade de ocorrência de divulgação dolosa da imagem de pessoas (em circunstância que se excetua de registro da vida pública) o texto constitucional sacramenta o direito à indenização, mormente tal infortúnio não retorna ao “status quo ante” mediante o recebimento de indenização, pelo ofendido, ainda que estas sejam grandiosas.

De igual sentir, o Código Civil disciplina em seu art. 20 a forma de preservação do direito à imagem, descrevendo as hipóteses em que aquele *codex* permite a divulgação, conforme transcreve adiante:

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.

Assevera o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, (Franciulli Netto, 2004), em destacado artigo, que há precedente protegendo o direito à imagem, diante da utilização de fotografia, em anúncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa fotografada, mesmo antes da atual Constituição.

Já, na Constituição vigente, o direito à imagem é regulado sob o sentido de direito autônomo. Elucidativo é o julgado do STJ, cuja ementa segue transcrita:

CONSTITUCIONAL. DANO MORAL:

FOTOGRAFIA: PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA:

INDENIZAÇÃO: CUMULAÇÃO COM O DANO

MATERIAL: POSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO

FEDERAL, ART. 5º, X.

I. Para a reparação do dano moral não se exige

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

II. – R.E. conhecido e provido” (RE 215.984/RJ,

Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.6.2002).

O direito à imagem, de há muito, vem sendo objeto de proteção pelos Tribunais, incluindo-se o Supremo Tribunal Federal (STF, RE 192.593/SP, rel. min. Ilmar Galvão, DJ de 13.8.1999). Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ, EREsp 230.268/SP, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 4.8.2003).

Por ser esclarecedor, é de se discorrer acerca de decisão que negou indenização por danos morais relativa ao fato de ter sido publicada fotografia de uma mulher desconhecida, cujo nome não foi citado, em jornal de grande circulação, que realizava *topless* numa praia pública, sob o fundamento de inexistência de ofensa à intimidade ou privacidade (STJ, REsp 595.600/SC, rel. min. Cesar Asfor Rocha, j. em 23.3.2004).

Com semelhante fundamentação, foi negada indenização a modelo flagrada ao realizar *topless* na piscina de um hotel (TJ-RJ, Ap. Cív. 2000.001.22727, rel. Desembargadora Leila Mariano, j. em 17.4.2001).

Por tudo isso, deve-se ter prudência ao se pretender reivindicar indenização, sob a alegação de violação ao direito à própria imagem, porque, como explicita o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, (Franciulli Netto, 2004), a publicação em jornal de fotografia sem autorização constitui ofensa ao direito de imagem, não havendo como confundir com o direito de informação, pois a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não embaralha os conceitos de direito à imagem com a Lei de Imprensa; a ofensa ao direito à imagem permite a composição do dano moral com o dano material.

5- CONCLUSÕES

O direito à imagem não se restringe à proteção do aspecto físico e do semblante, mas também às partes destacadas do corpo (além das informações sobre este), desde que por elas se possa reconhecer o indivíduo, por isso, é bastante complexo referir-se à este direito, que vem abarcar o resguardo à personalidade, a salvaguarda do “eu” de cada um.

O direito à intimidade e à privacidade estão entrelaçados e invariavelmente, quando incide violação ao direito à imagem, a violação a um daqueles direitos, igualmente existe, sobretudo porque a sociedade veio dispor de meios facilitadores para obter informações e imagens, através da internet, sendo que em algumas circunstâncias, aqueles menos escrupulosos acabam por conseguir (ilicitamente) o acesso à tais dados, ainda que se encontrem restritos, porque de uso eminentemente particular.

Diante de ocorrências que tiveram repercussão no País, como o caso da atriz Carolina Dieckmann, fez-se necessário agilizar a tramitação do Projeto de Lei, que se encontrava no Congresso Nacional, objetivando regular os crimes praticados na internet.

Com isso, além da regulação afeta aos direitos autorais (Lei 9610/98) e a indenização fixada pelo Código Civil, para coibir a prática do ato, que além de se enquadrar como sendo ilícito penal, ainda afigura-se como prejuízo financeiro, dada a violação a direito moral e/ou material, constituindo-se todas estas previsões legais, em verdadeiro avanço jurídico, destinado à regulamentação da atuação social.

Em contrapartida, exatamente para o cumprimento da função cabível ao Direito, a aludida coibição no exercício dos atos da sociedade, com relação ao manejo cibernético vem paulatinamente assegurar o direito à imagem, tão caro ao Direito Constitucional.

A significância da proteção ao direito de imagem incorporou uma interpretação bem mais ampla, que aquelas singelas previsões fincadas na Constituição Federal, posto que o momento histórico pelo qual o País passava, quando de seu advento, sofreu abrupta modificação, no que pertine aos métodos de comunicação e divulgação de imagens e informações.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios

Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal. In: **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, vol. 16, nº 01:19-38. Brasília: jan./jul. 2004.

GUERRA, Sidney César Silva. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997 – coleção juristas da atualidade.

OLIVEIRA, Rogério Donizetti Campos de. Direito a intimidade e sua proteção baseada nos direitos humanos no mundo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 125, jun 2014.

Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14826>.

Acesso em set 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. _____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

[1] Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE – Bauru/SP. Especialista em Direito Constitucional, pela ESDC – Escola Superior de Direito Constitucional. Professora do Curso de Direito da FAIT – Faculdades Integradas de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva/SP. Procuradora Jurídica Municipal.