

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Mariana Ribeiro Santiago, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-067-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos ao grande público a presente obra coletiva, composta por artigos brilhantemente defendidos, após rigorosa e disputada seleção, no Grupo de Trabalho intitulado Teorias dos Direitos Fundamentais, durante o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI/UFS, ocorrido entre 03 e 06 de junho de 2015, em Aracaju/SE, sobre o tema Direito, Constituição e Cidadania.

Ditos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, buscando uma leitura atual dos Direitos Fundamentais, muitos deles materializados na Constituição Federal, conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito e da dignidade humana.

De fato, a efetivação dos Direitos Fundamentais repercute diretamente na concretização da cidadania, possibilitando a participação integral do indivíduo na sociedade. Inegável, como consequência, a existência de uma forte relação entre os Direitos Fundamentais e a própria cidadania, enquanto instrumentos direcionados à emancipação humana.

Os temas tratados nesta obra mergulham nas teorias para revelar novas reflexões sobre os direitos fundamentais enfrentando os atuais desafios e aflições da sociedade, como podemos constatar nos conteúdos dos artigos, a saber: princípio da fraternidade; direitos humanos fundamentais; função dos direitos e das garantias constitucionais; concepção dos direitos inalienáveis; direito à educação básica; direito à imagem; direito e acesso à saúde; direito à água; direito às manifestações culturais; liberdade de imprensa e liberdade de expressão; colaboração premiada; relações não-monogâmicas e feminismo; mínimo existencial; dignidade da pessoa humana e pluralismo democrático.

Conforme destacado, a presente obra coletiva, de grande valor científico, demonstra uma visão lúcida e questionadora sobre os Direitos Fundamentais, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o exercício da cidadania e para a defesa de uma sociedade plural, tudo em perfeita consonância com os ditames da democracia, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

EVOLUÇÃO DO DIREITO À IMAGEM: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SUA PROTEÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO E NO COMPARADO

EVOLUTION OF THE RIGHT TO IMAGE: BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT YOUR PROTECTION IN CONSTITUTIONAL POSITIVE LAW AND COMPARED

**Fábio Luiz Angella
Cesar Augusto Carra**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo traçar um panorama acerca da evolução normativa do direito à imagem ao longo da história. Escudando-se nas principais modificações decorrentes do progresso tecnológico, e mencionando as reivindicações sociais no sentido de uma proteção cada vez mais efetiva do direito a imagem, o presente artigo, divisando a imagem atributo da imagem retrato, trabalhando com os principais diplomas normativos e acórdãos elaborados pelos Tribunais estrangeiros, como, por exemplo, os da França, Estados Unidos e Alemanha, buscará demonstrar a gradual ampliação do objeto de proteção. Além de atuar com o direito constitucional comparado, este artigo, gizando-se pelo direito constitucional positivo, delimitará um paralelo entre o tratamento deferido pelas constituições nacionais ao tema, flanqueando ao leitor uma fonte segura de consulta, a fim de que possa compreender como se deu o processo de positivação do direito à imagem, até os moldes atuais. Assim, com base nesse paralelo, se colimará afirmar que o direito à imagem, antes de ser relativizado, vem contando com um forte processo de afirmação, com ampliação em sua tutela normativa, não registrando, por ora, um retrocesso em sua proteção legal.

Palavras-chave: Direito à imagem, Direito constitucional comparado, Direito constitucional positivo, Evolução.

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to give an overview about the legal development of the regulatory law to image throughout history. It Shielding on the major changes as a result of technological progress, and mentioning the social demands towards a more and more effective protection of the right image, this article, devising the attribute image to picture image, working with leading regulatory instruments and judgments processed by foreign courts, for example, France, the United States and Germany, seek to demonstrate the gradual expansion of the object of protection. Besides acting with the comparative constitutional law, this article leading up by positive constitutional law, delimit a parallel between the treatment granted by national constitutions to the subject, flanking the reader a reliable source of consultation in order to be able to understand how to gave the positivization process Publicity right up to the

present molds. Thus, based on this parallel, if collimating affirm state that the right to the image before being relativized, has been relying on a strong process of affirmation, with expansion in its legislative protection, not recording, for now, a setback in its legal protection.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to image, Constitutional comparative law, Constitutional positive law, Evolution.

INTRODUÇÃO

Devido ao progresso tecnológico que caminha a passos largos, o direito à imagem assumiu uma posição de destaque no contexto dos direitos da personalidade, não apenas no que diz respeito ao alcance da facilidade de sua captação, o que torna a realização de sua proteção uma tarefa quase que impossível de ser cumprida, mas também pelo valor econômico que foi atrelado à imagem em razão da associação publicitária às pessoas dotadas de notoriedade perante a sociedade.

No passado, o que despertava a preocupação com o direito em estudo era o fato da invenção e o desenvolvimento da fotografia, que propiciou a captação da imagem de forma instantânea e sem a anuência do indivíduo. A aflição se justificava pelo fato de que a captação de uma imagem, naquela época, poderia ser obtida apenas por meio de pintura, desenho ou escultura, portanto, na maioria das vezes, era precedida de autorização, afastando qualquer tipo de polêmica.

Com as constantes mudanças nas tecnologias de captura e compartilhamento da imagem a ameaça de violação desse direito tornou-se perceptível a cada dia e de inúmeras formas, o que obriga inseri-lo na pauta dos estudos mais avançados sobre o tema.

Para avançar no estudo, imprescindível delimitar o conceito de imagem que será tratado no âmbito desta análise, transitando pela proteção constitucional da própria imagem apresentando a sua classificação por dois conceitos distintos, sendo eles: imagem-retrato (decorrente de expressão física do indivíduo) e imagem-atributo (apresentação social do indivíduo).

Construída, pela doutrina e jurisprudência, a partir de decisões históricas dos Tribunais da França, dos Estados Unidos e da Inglaterra, desenvolveu-se de modo marcante neste século e muitos países têm se preocupado com a proteção do direito à imagem decorrente da expressiva evolução tecnológica e seus reflexos na sociedade.

De igual forma, no Brasil, também houve uma evolução na proteção do direito à imagem, que na Constituição do Império (1824) estava, de forma implícita, atrelada à proteção da inviolabilidade do domicílio e por consequência, a intimidade, até alcançar com a Constituição em vigor (1988) - influenciada pelo diploma espanhol de 1978, e pela Carta portuguesa de 1976, que passou por revisão em 1982 - a proteção de forma expressa e efetiva, elevando a imagem a condição de bem constitucionalmente assegurado e elencado no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Ao atingir este patamar foi possível atribuir autonomia ao direito à imagem, que por muitos anos foi visto subordinado a algum outro direito da personalidade, o que hodiernamente, sob a ótica da nova ordem constitucional, não restam dúvidas sobre sua autonomia.

EVOLUÇÃO HITÓRICA DO DIREITO À IMAGEM E SUA PERSPECTIVA NAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

Os historiadores encontraram nas paredes das cavernas das antigas civilizações além de decalques de mãos, desenhos geométricos e animais, os homens pré-históricos reproduziam a imagem de seres humanos que viviam naquela época.

No antigo Egito, berço da invenção da efígie, a representação da imagem da pessoa era por meio do corpo embalsamado, o que mantinha a imagem materializada pela imutabilidade perpetuada com a mumificação.

Na Grécia a reprodução da imagem era por meio de estátuas feitas em pedras, e sua produção não era meramente com fins estéticos, mas como a corporificação da honra, virtude, piedade ou sacrifício.

Na história encontram-se outros fatores importantes que influenciaram a atual teoria do direito à própria imagem, e os Direitos Naturais alicerçam a defesa de que os direitos que se referem à personalidade sempre existiram e são anteriores à sociedade, e o papel do Estado não é os criar, mas sim, reconhecê-los. Fundamenta-se na ideia de que o direito sempre existiu e não passou a existir no momento em que o Estado o exprime em forma de lei constitucional ou ordinária (BITTAR, 1993, p. 7).

A configuração jurídica ganhou forma e foi impulsionada pela invenção da fotografia no ano de 1829 pelo químico francês Niceforo Niepce (ARAÚJO, 1996, p. 22). A partir de então, em questão de segundos, era possível captar e reproduzir a efígie do retratado. Passou, assim, a ser possível captar retratos nos mais diversos locais, sem que os retratados, necessariamente, soubessem que estavam sendo fotografados, ou mesmo, precisassem posar por horas para que tornassem possível retratar sua imagem por meio de pinturas, desenhos ou escultura (TORRES, 1998, p. 22).

A doutrina mundial aponta que o interesse jurídico pelo tema surge desta maneira. Vejamos a doutrina espanhola por meio da citação na obra *El derecho Fundamental a la propia imagen*: (MEDRANO, 2003, p. 19):

No estamos, evidentemente, ante um fenómeno nuevo. A través de diversas técnicas se há representado la imagen de las personas desde tempos inmemoriales. Sin embargo, es el invento de la fotografia y su imparabile extensión posterior, el que desencadenó um renovado interés jurídico sobre esta cuestión.

Este episódio foi tão significativa para estimular o interesse jurídico pelo assunto que na própria França surgiam as primeiras decisões invocando o direito à própria imagem.

A pioneira decisão que se tem registro foi a prolatada pelo Tribunal de *Seine* em 16 de junho de 1858, que tratava do caso da reprodução da imagem da atriz francesa Elisa Félix, pseudônimo Rachel, em seu leito de morte (BERTI, 1993, p. 19).

A fotografia foi encomendada pela família aos fotógrafos Crette e Ghémar, a qual deveria permanecer apenas com os familiares da atriz, contudo, uma pintora, O'Connell, teve acesso as imagens da fotografia, e sem autorização da família, as utilizou para reproduzi-las por meio de desenhos, os quais foram disponíveis para comercialização.

Diante deste episódio, os familiares da atriz buscaram junto ao Tribunal de *Seine* a apreensão e destruição da fotografia original e também dos vários desenhos confeccionados pela pintora, os quais tinham como propósito a comercialização.

A decisão proferida pelo Tribunal foi no sentido de que ninguém pode, sem o consentimento formal da família, reproduzir e fazer publicar os traços fisionômicos de uma pessoa em seu leito de morte, mesmo em se tratando de uma pessoa célebre (BERTI, 1993, p. 20).

Observa-se que naquele momento o Estado limitava o uso da imagem, ressaltando que, mesmo em se tratando de pessoa pública, o cenário ao qual a retratada se encontrava não era propício à sua reprodução.

Muito embora esta decisão tivesse repercutido na época de forma acentuada, a doutrina em torno do reconhecimento do direito à imagem se processou de forma lenta. E o primeiro trabalho que se tem notícia sobre o tema foi publicado 16 anos após essa inédita decisão (1874), que segundo os autores italianos - os quais atribuem a paternidade do direito à imagem a Amar - foi por meio da obra "Dei Diritti degli autori dele opere dell'ingegno" (BERTI, 1993, p. 21).

Na Alemanha, colhe-se o famoso julgado do Tribunal do Império, ocorrido em 28 de dezembro de 1899, que proibiu os fotógrafos de publicar, assim como determinou a destruição das fotografias do cadáver do conhecido Chanceler de ferro, atendendo ao pedido da família,

mesmo que sob o falho argumento da prática de delito de invasão de domicílio para a captação da imagem de Bismarck morto (KHOLER, 1972, p. 31).

Na jurisprudência germânica, também se encontra a decisão de 29 de novembro de 1898, que causou grande alvoroço, porquanto, um fotógrafo captou a imagem de uma senhora de Kranz, em trajes de banho, comercializando-a em cartões postais. Conquanto se cuidasse de uma imagem exposta e verdadeira, a Corte alemã entendeu ilícita a exposição, dada a finalidade comercial atribuída ao retrato (CIONTI, 1998, p. 75).

E, mesmo a jurisprudência já reconhecendo a necessidade de proteção da imagem, o direito alemão rechaçava o reconhecimento de um direito geral da personalidade, sendo adotado pela doutrina no final do século XIX (TORRES, 1998, p. 74-75).

Depois de muitos anos, a matéria, na Alemanha, foi disciplinada pela Lei do Direito do autor, de 9 de janeiro de 1907, e também pela Lei de 9 de setembro de 1965, apresentando como traço fundamental a proibição da divulgação ou exibição da imagem em público, sem o consentimento do fotografado.

Nos Estados Unidos foi como na França. Inicialmente a jurisprudência não reconhecia o direito à imagem, como se vê pelo julgamento do caso *Roberson X Rochester Folding Box CO.* 171 N.Y. 538,64 N.E. 442, 447 (1902), em que determinada jovem teve publicada, sem prévia autorização, sua imagem em embalagens de farinha, com a expressão “Flour of the Family”, visando à publicidade do produto (ARAÚJO, 1996, p. 53).

A publicação, bem como a reprodução da foto, acompanhada da expressão “Flour of the Family”, segundo a jovem retratada, foi capaz de violar sua privacidade causando-lhe sérios transtornos psíquicos em razão dos gracejos praticados, pois no seu idioma, as palavras flour (farinha) e flower (flor) possuem a mesma pronúncia.

A Corte de Apelação de Nova Iorque indeferiu o pedido de indenização da Sra. Roberson, cuja imagem estampava, sem sua autorização, anúncios de uma determinada marca de farinha. Essa decisão sofreu duras críticas e sua repercussão tomou grandes proporções fazendo com que o legislador nova-iorquino estabelecesse no Capítulo 7, parágrafos 50 e 51 da lei Cahill's Law de 1930, que é passível de delito a utilização para sua publicidade ou o seu comércio o nome, o retrato ou a imagem de uma pessoa viva sem prévio consentimento dela ou de seus pais, ou tutores se menores de idade, e a autorização para os fotógrafos profissionais a exporem retratos que possuam como mostras de seu trabalho, mesmo fora de seus estúdios, a menos que haja proibição por escrito do retratado, respectivamente.

O relato de um caso emblemático, também ocorrido nos Estados Unidos, o qual se refere a imagem-atributo, que ficou bastante conhecido, é o *Pavesich X New England Life*

Ins. Co. 50 S.E. 68, que foi julgado no ano de 1905. Em síntese, referido caso versava sobre uma imagem publicitária de um determinado jovem de excelente aparência que teve sua imagem estampada em um jornal, ao lado de um homem com péssimo aspecto, extremamente mal vestido, com a seguinte legenda “Do it now. The man who did” (TORRES, 1998, p. 26). Esta publicidade visava difundir que a boa imagem representa um jovem bem sucedido na vida, e que só se encontrava naquela situação porque havia contratado a apólice de um seguro com a companhia seguradora responsável pela publicidade. Enquanto o outro, em situação de miserabilidade, só se encontrava naquela situação porque não havia contratado a apólice de seguros com a referida seguradora.

Em decisão inovadora, a Corte Suprema da Geórgia entendeu que não era apenas a reprodução não autorizada da imagem que a capaz de caracterizar ato ilícito, mas também, qualquer mensagem atrelada à fotografia que atribui ao modelo opinião que ela não emitiu.

Observa-se que nesta altura, não bastasse a caracterização do ato ilícito pela reprodução não autorizada da imagem, o Estado vai além, afirmando que a utilização de uma mensagem que não foi emitida pelo modelo, porém associada à sua imagem, também era caracterizada como uma ofensa ao direito de imagem.

A jurisprudência inglesa, por sua vez, entendia que a reprodução da imagem podia ter conotação difamatória. Este entendimento reflete nas decisões a seguir:

No caso *Dunlop Rubber Company, Ltda. X Dunlop* (1921), 1 A. C. 367 (H.L.) o autor foi o criador dos pneus da marca Dunlop que havia permitido a utilização de seu nome e de sua imagem para servir de marca para a empresa. Porém, rebelou-se contra uma modificação na imagem por ter considerada difamatória. A “House of Lords” considerou que a utilização daquela imagem para fins publicitários poderia caracterizar situação difamatória e determinou à empresa requerida que pusesse fim à deformação da marca Dunlop.

O segundo trata-se do caso *Tolley X J.S. Fry and Sons, Ltda.* (1931), All E.R. 131 (H.L), em que uma marca de chocolate utilizou-se da caricatura de um jogador de golfe amador e seu caddie, ambos com uma barra de chocolate em seus bolsos, conversando sobre a qualidade do produto. Segundo o jogador, não foi possível se profissionalizar no esporte, visto que sua imagem ficou atrelada ao amadorismo por conta da publicidade. A “House of Lords” entendeu que cabia ao “jury” a decisão sobre o reconhecimento do caráter difamatório ou não da utilização publicitária da imagem (TORRES, 1998, p. 27). Por fim, a decisão foi de que houve o uso indevido da imagem do jogador.

Em 1902, época em que o estudo sobre o direito à imagem já estava mais evoluído, o Tribunal de Seine teve um entendimento diverso do adotado quando do julgamento do caso da

atriz Rachel. E é possível identificar, senão um avanço, uma decisão melhor fundamentada, prevalecendo o interesse social, pois, possibilita fotografar uma pessoa, mesmo sem sua autorização, quando se tratar de indivíduo que em razão de sua função, ou profissão, natureza de seu serviço, ou notoriedade presente ou passada, seja motivo de interesse especial. Porém, a reprodução da fotografia não poderia resultar em prejuízo algum ao retratado (PRADA, 1994, P. 16).

No Brasil, a sentença pioneira que enfrentou matéria sobre o direito à imagem, foi a proferida em 28 de maio de 1922, pelo então juiz da 2ª Vara da Capital Federal, Duval Hermano que, ao relatar o processo que versava sobre a captação da imagem da Miss Brasil daquele ano, de forma indevida, para a produção de um filme, compreendeu que o grande objetivo da proteção legal é a preservação da personalidade do retratado, e estendeu o núcleo da proteção à cinematografia quando acolheu o Interdito Proibitório a favor da Miss Brasil contra um cinegrafista que captou sua imagem em ângulos inconvenientes à sua reputação.

É notória a evolução da jurisprudência dos Tribunais pelo mundo que buscavam o reconhecimento do direito à própria imagem de forma expressa. De outro lado, as constituições ainda protegiam este direito de forma implícita e interdependente de outros direitos como a vida, domicílio e a intimidade, e não havia menção literal da imagem.

Passados 100 (cem) anos da inovadora decisão do Tribunal de Seine, sobreveio a promulgação da Constituição da República da França, em 4 de outubro de 1958. Ela possuía base sólida para alicerçar o direito à imagem, justamente pelo fato da decisão do Tribunal reconhecendo tal direito. Contudo, permaneceu silente neste aspecto. Em seu preâmbulo fez menção à Declaração de 1789, que por sua vez, não menciona a imagem.

Note como a proteção era implícita e atrelada a outro direito na citação abaixo (ARAÚJO, 1996, p.53)

A proteção, até recentemente, era feita de forma implícita, sem menção literal da imagem. Protegia-se a vida, o domicílio, a intimidade. A imagem, no entanto, não era tutelada expressamente.

Prossegue com exemplos:

A Constituição de Cuba, por exemplo, proclamada em 24 de fevereiro de 1976, protege a inviolabilidade da pessoa, no art. 57.

O diploma argentino, reformado em 1972, protege o domicílio e sua inviolabilidade, em seu art. 18.

A Lei Maior da República Popular da China protege apenas a inviolabilidade do domicílio, em seu art. 39 (aprovado em 4 de dezembro de 1982).

A Emenda 4ª à Constituição norte-americana, promulgada em 1791, apenas cuida da intimidade; não menciona a imagem.

A Constituição italiana, de 27 de dezembro de 1947, também não cuida expressamente da imagem, protegendo, em seu art. 14, apenas a inviolabilidade do domicílio (ARAÚJO, 1996, p. 53).

Entretanto, uma peculiaridade que chama a atenção é o fato de que, em 1942, portanto, antes do surgimento da Constituição italiana de 1947, havia sido incluso no ordenamento jurídico italiano, por influência da doutrina e da jurisprudência, o dispositivo que versa sobre a tutela da imagem contra o ultraje de terceiros, mais precisamente no artigo 10 do Código Civil italiano (MORAES, 1974, p. 385-386). Ou seja, permitia que a requerimento do interessado, fosse obstada a exposição pública da fotografia da pessoa, de seus pais, cônjuge ou filhos menores de idade, fora as exceções legais, quando haja prejuízo ao decoro ou à reputação da pessoa fotografada ou de seus parentes.

O direito à imagem não era tratado de forma expressa em nenhuma constituição até que, em 2 de abril de 1976, a Constituição Portuguesa, em seu artigo 26, determina que: A todos são reconhecidos o direito à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e representação, à imagem e à reserva de intimidade de vida privada e familiar.

Ademais, Portugal ampara a imagem na Lei 2/99 de 3 de janeiro, onde estabelece, para o exercício da imprensa, a observância limite a imagem e a palavra dos cidadãos. No Código Penal Português, em seu artigo 192, estipula pena de um ano e multa de até 240 dias para quem captar, fotografar, filmar, registrar ou divulgar imagens das pessoas ou de objetos ou espaços íntimos. Ainda, no Código Civil, que vigora desde 1967, e em outros diplomas como, por exemplo, o Decreto-lei n. 330/90 de 23 de outubro, que trata do código da publicidade.

A Constituição Espanhola de 26 de dezembro de 1978, influenciada pelo artigo 26 da Constituição Portuguesa, reconhece o direito à imagem na dicção do artigo 18: “é garantido o direito à honra, à intimidade da pessoa e família e à própria imagem”.

A doutrinadora espanhola Amelia Pascual Medrano, ensina em seu livro *El derecho Fundamental a la propia imagen*, que:

Nuestra Constitución contaba, a este respecto, con el precedente del artículo 26 de la Constitución portuguesa de 1976, que reconoce a todos <<el derecho a la identidad personal, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y reputación, a la imagen, a la plabra y a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar>>.

El artículo 18 de la Constitución, em su apartado primero, declara que <<se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen>>. Y, a su vez, um poco más adelante, la propia Constitución, (art. 20.4) declara que el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen limita las liberes de expresión e información del artículo 20. Ele derecho a la propia imagen queda, pues, reconocido al más alto nivel normativo.

Sob a influência das constituições portuguesa e espanhola, os constituintes de 1988 cuidaram de proteger a imagem de forma expressa e bastante efetiva. Porém, não era assim nas constituições anteriores.

Nesse específico, importa traçarmos o panorama evolutivo da evolução do direito à imagem nas constituições brasileiras.

EVOLUÇÃO DO DIREITO À IMAGEM NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Analísada a evolução histórica do direito à imagem no campo do direito constitucional comparado, ingressando no que poderíamos chamar de direito constitucional positivo, cabe agora discorrer sobre o âmbito de proteção de tal direito no ordenamento constitucional pátrio.

Iniciando o estudo da proteção à imagem em terras brasileiras, percebemos que a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, verdadeiro marco em nossa história constitucional, fortemente inspirada pelas Constituições francesa, de 1791, norte-americana, de 1787, e de Cádiz, com os correspondentes ideais liberais, preocupando-se mais com a liberdade do indivíduo, não deferiu proteção específica, e categórica, à imagem da pessoa.

Sendo tímida no enfrentamento dos direitos e garantias fundamentais, fixando o catálogo de direitos, a Constituição de 1824, estabelecendo em seu art. 179, VII a garantia da inviolabilidade do domicílio, protegendo aspecto integrante da vida privada, assegurou de maneira reflexa o direito à imagem que, abrangido pelo conceito de dignidade, busca assegurar que o indivíduo não seja o “foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 321).

Vazando-se nas garantias insculpidas no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Constituição de 1824, ao estabelecer a inviolabilidade do

domicílio, estava muito mais afeita a tutelar a propriedade daí decorrente, do que a intimidade em si.

Todavia, por mais que defensável aquela posição, certo é que, ainda que mínima, a imagem do indivíduo encontrava guarida no seio constitucional.

Pois bem.

Com a derrocada do Império, e a vitória das forças republicanas, proclamada no Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, a nação brasileira, abraçando como forma de Estado a República, e inaugurado o laço da federação, convocando o Congresso Constituinte do Brasil, cuidou de proclamar, aos 24 de fevereiro de 1891, nova constituição.

Intitulada como sendo a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a Lei Fundamental de 1891, sofrendo forte influência da Constituição norte-americana, de 1787, avançando de forma significativa em sua declaração de direitos, pouco alterou o tratamento normativo deferido à imagem que, da mesma forma observada durante à vigência da Constituição imperial de 1824, continuava sendo abarcada pela garantia da inviolabilidade do domicílio, agora insculpida no § 11 do art. 72 do então novel texto constitucional.

Editada sob os influxos do constitucionalismo norte-americano e que, na orientação de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, não previa de maneira expressa o direito à privacidade, sendo produto de longa construção jurisprudencial, a Constituição de 1891, arraigada ao espírito liberalista clássico, conquanto previsse direitos de defesa, não deferia proteção específica ao direito à imagem.

Preocupados, como visto, em garantir a liberdade do indivíduo, e podendo aquele direito, intimidade, vir a militar como fator de obstrução a tal exercício, os primeiros textos constitucionais, ainda que arroteados pelos postulados jusnaturalistas, cujos, em grande parte, inspiraram a Declaração de Independência, fruto da Revolução Americana, no sentido de que se considerava como uma verdade evidente a igualdade entre os homens, fato é que não despontava nos textos constitucionais uma necessidade premente de se tutelar, num documento normativo tido como o ápice do ordenamento, os chamados direitos de personalidade que, como visto alhures, encampavam o direito à imagem.

Justificável do ponto de vista da historicidade, a deferência dos textos constitucionais para com a preservação do direito à intimidade, de maneira categórica, tem razões de ser, sendo imprescindível, nesse ponto, uma pequena análise acerca dos direitos fundamentais.

Citando Andréia Garcia Martin e César Augusto Carra (2011, p. 61), tem-se que:

Inicialmente, ao se proceder à análise dos direitos fundamentais necessário se faz retroceder as suas origens históricas, no afã de situá-los na dogmática

jurídica hodierna bem como lhes conferir maior precisão quanto a abordagem real do tema. Assim, vale elucidarmos algumas etapas inerentes à evolução dos direitos fundamentais ao se debater sobre as transformações desses direitos no decorrer da história.

Marcando a historicidade dos direitos fundamentais, que constitui, inclusive, um de seus característicos, conseguimos encontrar embasamento evolutivo para sustentar a ausência de menção expressa ao direito à imagem, como corolário da própria intimidade, isso porque, ainda que situado em um período pré-histórico dos direitos fundamentais, não se tinha por completamente internalizada a doutrina de São Tomás de Aquino, e seu valor fundante de dignidade, isso porque, citando Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 38), ainda que com o advento da filosofia cristã se concebesse o “homem à imagem e à semelhança de Deus”, sendo, portanto “digno de direitos mínimos, naturais, que lhe preservassem a essência humana”, faltava à concepção liberal um “que” a mais.

Retratando as principais reivindicações renascentistas, as declarações de direito que serviram de fonte de inspiração às Constituições brasileiras de 1824 e 1891, mais vocacionadas a assegurar as liberdades públicas, acreditavam que para reter o ímpeto estatal, bastaria proteger o domicílio do indivíduo, como se toda a intimidade dele gravitasse em torno dessa garantia.

Sendo questionável aquele posicionamento (de restringir a intimidade, a inviolabilidade do indivíduo), certo é que, emendada uma única vez, e após algumas revoltas de ordem política, as quais culminaram na edição dos Decretos n° 641, de 3 novembro de 1981 e 677, de 21 de novembro de 1891, as instabilidades vivenciadas durante a República Velha fizeram irromper a Revolução de 1930 que, colocando-se como avessa à então política dos governadores, tomando o Estado, ficaram devendo apenas uma constituição.

Promulgada aos 16 de julho de 1934, e fortemente influenciada pelas Constituições mexicanas de 1917, e de Weimar, de 1919, a Constituição de 1934, entronizando o discurso entre o diálogo liberal e o diálogo social, inaugurando o chamado *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social), cuidou de instituir uma série de direitos tidos como sendo de segunda dimensão.

Promovendo significativos avanços na área social, e sendo esse o postilhão da nova Constituição, na temática “direito à intimidade”, muito pouco, ou quase nada se avançou.

Prevendo um catálogo mais extenso de direitos fundamentais, e apenas inovando no sentido de conferir inviolabilidade ao sigilo de correspondência (art. 113, item 8), a

Constituição de 1934 continuou tutelando o direito à intimidade por intermédio da inviolabilidade do domicílio.

Reproduzindo as experiências colhidas dos textos constitucionais precedentes, ainda que revolucionária, ao trazer em seu Título IV, o regramento da Ordem Econômica e Social, para efeitos de proteção à intimidade, mais precisamente ao direito de imagem, a Constituição de 1934 foi, de certo modo, irrelevante do ponto de vista da positivação.

Continuando a ser protegido, na órbita judicial, por força de interpretações, até 1934, o direito à imagem, à contramão do que já se verificava em 1902 no Tribunal de Seine, não integrava o direito posto, sendo tal situação muitas vezes entendida como sinônimo de insegurança do indivíduo, que não detinha meios categóricos de prover sua proteção.

Avançando em nossa história constitucional, e tendo vida curta, a Constituição de 1934, em virtude do golpe de Estado empregado por Getúlio Vargas nos idos de 1937, foi abrogada pela Carta de 1937 que, outorgada pelo aludido ditador, fundindo as garantias insculpidas nos itens 8 e 16 do art. 113, tornou a tutelar a intimidade com a inviolabilidade do domicílio e do sigilo de correspondência, em nada alterando, neste ponto, a sistemática anterior.

Com a queda de Getúlio Vargas em outubro de 1945, e o fim do Estado Novo, o Brasil, passando por um processo de redemocratização, foi agraciado, aos 18 de setembro de 1946, com uma nova Constituição.

Proclamada pela Assembleia Constituinte, que tinha como Presidente Fernando de Mello Vianna, a Constituição de 1946 teve como fonte de inspiração a Constituição de 1934. Tanto é assim que, em sua declaração de direitos, reproduziu de maneira idêntica as garantias previstas nos itens 8 e 16 do art. 113, agora tombadas nos §§ 6º e 15 do art. 141.

Circundada por conflitos de índole institucional, com o golpe militar de 1964, as Forças Armadas depõem João Goulart.

Sobe ao Poder H. Castello Branco que, aos 7 de dezembro de 1966, editando o Ato Institucional nº 4, convoca o Congresso Nacional, para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição elaborado pelo Presidente da República.

Em decorrência disso, em 1967, o Congresso Nacional “proclama” uma nova Constituição.

Marcada pelo autoritarismo, que foi enfatizado pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, e reinando no período os chamados atos institucionais, que tiveram seu ápice com o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, ainda que a Constituição de 1967, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, previssem a

inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telefônicas e do domicílio, predicando-se como uma Constituição nominal, as garantias era reiteradamente descumpridas, não passando de um mero processo de constitucionalização formal.

Não assegurando de forma categórica o direito à intimidade, e conseqüentemente à imagem, verifica-se que do período de 1824 a 1969, ainda que existentes decisões esparsas, no tocante ao direito posto, o ordenamento constitucional brasileiro deferia proteção expressa à imagem do indivíduo, proteção esta que teve seu apogeu na Constituição de 1988.

Influenciada, como visto, pelas constituições portuguesa e espanhola, a Constituição de 1988, fruto do processo de reafirmação democrática, preocupada com o exercício do poder, inspirando-se nas principais declarações de direitos, foi cauta em assegurar uma proteção bastante enfática em nível de detalhamento.

Disciplinando, em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais, a *Lex Legum* de 1988, arroteando-se, em nossa concepção, pelo princípio da humanidade em si, considerando o homem como um fim em si mesmo, elevando a dignidade como um fundamento do Estado brasileiro, garantiu, em seu art. 5º, X, serem 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”.

Primeira constituição brasileira a versar expressamente sobre a matéria, a Constituição de 1988, após grandes discussões no âmbito da Comissão Afonso Arinos, nomeada pelo Decreto presidencial nº 91.450, de 18 de julho de 1985, conforme previsto na Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, predispondo-se, segundo exposto pelo próprio Afonso Arinos de Melo Franco no anteprojeto constitucional, a “dotar o Brasil de instituições que atendam às mais sentidas necessidades do nosso povo, agora e para o futuro”; afirmando os valores sociais pululantes naquele e neste momento, garantindo a dignidade do indivíduo, cuidou protege-la em todos os seus aspectos, inserindo aí, a proteção à imagem.

Seguida pela promulgação do Código Civil que, inspirando-se pelo princípio da socialidade, deferiu proteção suficiente aos direitos de personalidade, concebendo meios de tutelar todos os atributos inerentes ao homem, a Constituição de 1988 foi, de fato, o pórtico para a afirmação da proteção à imagem.

Ao elevar a dignidade humana à condição de um valor fundamental, a Constituição da República Federativa do Brasil, nossa querida Constituição Cidadã – na memorável frase de Ulysses Guimarães – pretendeu ser diferente dos modelos anteriores, pois, citando Fábio Konder Comparato (2003, p. 21/22):

a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível; não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma.

Pela sua vontade racional, a pessoa, ao mesmo tempo que se submete às leis da razão prática, é a fonte dessas mesmas leis, de âmbito universal, segundo o imperativo categórico – ‘age unicamente segundo a máxima, pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que ela se transforme em lei geral.

CONCLUSÃO

A evolução tecnológica proporcionou agressões ao direito à imagem, e em contrapartida impulsionou os estudos sobre o tema, desde quando a pintura e a escultura deixaram de ser as únicas formas de captação da imagem, até as novas formas de compartilhamento trazidas pelas novas tecnologias, tornando a ameaça a imagem do indivíduo cada vez mais severa, reclamando a necessidade de encontrar uma resposta adequada para a defesa deste direito.

O direito à própria imagem teve seu alicerce em decisões marcantes como as dos Tribunais da França, Estados Unidos e Inglaterra, e tais decisões foram essenciais para o aprimoramento de sua proteção, que inicialmente, se restringia apenas à reprodução não autorizada da imagem e, posteriormente, passou a preservar também a apresentação social do indivíduo.

No início, o Estado limitava o uso da imagem à autorização da pessoa representada, mesmo se tratando de personalidade pública. Em seguida, alertava que no assunto deveria ser incluído como uma ofensa ao direito à imagem quando seu uso fosse atrelado à alguma mensagem que não fosse emitida pelo fotografado.

Entretanto, amadurecido o estudo sobre o tema, identifica-se a prevalência do interesse social sobre o interesse individual, quando se permite fotografar um personagem,

mesmo sem sua autorização, desde que exerça sobre a opinião pública notoriedade capaz de motivar interesse especial.

Enquanto florescesse no direito comparado, o tratamento normativo deferido pelas constituições brasileiras ao direito à imagem se deu de maneira bastante incipiente, limitando-se a tutelá-lo conjuntamente com a inviolabilidade do domicílio. Ou seja, antes de positiva-lo de maneira expressa, os textos constitucionais pátrios, do Império até a ditadura militar, contentavam-se em alocar o direito à imagem como mero reflexo da inviolabilidade do domicílio, sendo esparsas as decisões judiciais que encontravam fundamento para salvaguardar, de maneira satisfatória, a imagem da pessoa.

Todavia, com o aperfeiçoamento das instituições estatais, e sob os influxos das principais tendências e acórdãos oriundos do ambiente internacional, o direito à imagem passou a ocupar os principais foros de discussão, ampliando-se gradativamente sua proteção. Esta progressão foi capaz de ampliar não somente seu âmbito protetivo, como também o próprio conceito de imagem, abrangendo não apenas a reprodução visual do homem (inciso X do artigo 5º), mas também as suas características de personalidade e de suas relações sociais (inciso V do artigo 5º), o que a doutrina chama de imagem-retrato e imagem-atributo, respectivamente. Isso significa que a imagem não se restringe ao aspecto visual da pintura, escultura ou fotografia, mas vai além, compreende também os gestos e expressões dinâmicas da personalidade.

O texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, grande marco na história constitucional brasileira no tocante à proteção conferida aos direitos e garantias fundamentais, fruto de reafirmação democrática, trouxe independência ao tratamento da imagem, oferecendo disciplina própria e, acompanhando as cartas de Portugal e da Espanha, cuidou do direito à imagem de forma expressa, o que lhe proporcionou o título de inovadora.

Ensejando, segundo o inciso X do artigo 5º, indenização de natureza moral, a imagem do indivíduo dá mostras de sua importância no seio constitucional.

Dessa forma, com o presente trabalho é possível concluir que ainda que haja tido uma tímida evolução no território nacional, o direito à imagem vem grassando progressão, não se evidenciando retrocesso em sua tutela normativa que, como assinalado alhures, amplia-se cada vez mais, no sentido de se auto-afirmar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BERTI, Silma Mendes. Direito à própria imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CIONTI, Ferdinando. Alle origini del diritto all'immagine. Milão: Giuffrè, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KHOLER, Josef. A própria imagem no direito. Trad. Walter Moraes. Justitia. ano 34, v. 79. 1972.

MARTIN, Andréia Garcia; CARRA, César Augusto. A Quimera dos Direitos Fundamentais: análise da eficácia dos direitos sociais à luz de sua justiciabilidade. SIQUEIRA, Dirceu Pereira (org.). Direitos Sociais: uma abordagem quanto a (in)efetividade desses direitos - a Constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui: Boreal, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem (II), São Paulo: RT, v. 444, 1972.

PASCUAL MEDRANO, Amelia. El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites. Thomson Aranzadi: Navarra, 2003.

PRADA, Vicente Herce de la. El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión. Barcelona: Bosch Editor, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Patrícia de Almeida. Direito à própria imagem. São Paulo: LTr, 1998.