

MARCO AURÉLIO RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ

Série

Direitos Fundamentais Cíveis

*A Configuração Constitucional do Direito
à Própria Imagem*



Editora Unoesc



MARCO AURÉLIO RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ

ISBN 978-85-8422-054-0

Série

Direitos Fundamentais Civis

*A Configuração Constitucional do Direito
à Própria Imagem*

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Gilvana Toniélo, Giovana Patrícia Bizinela, Bianca Regina Paganini
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

C957c Cunha e Cruz, Marco Aurélio Rodrigues da.
A configuração constitucional do direito à própria
imagem / Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz.
- Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. - (Série Direitos
Fundamentais Cíveis)
108 p. ; il. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-054-0

1. Direitos fundamentais. 2. Direito à própria imagem.
I. Título. II. Série

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria
Alciomar Marin

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Glauber Wagner
Eliane Salete Filipim
Carlos Luiz Strapazzon
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron

Comissão Científica

Riva Sobrado de Freitas (Unoesc, Brasil)
Guido Smorto (Palermo, Italia)
Simone Pajno (Palermo, Italia)
Miguel Ángel Aparicio Pérez (Barcelona, UAB)
Rosalice Fidalgo Pinheiro (Unibrasil, Brasil)
Daury Cezar Fabriz (FDV, Brasil)
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)
Pedro Grandez (PUC-Lima, Peru)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
INTRODUÇÃO	9
1 A ORIGEM E OS ANTECEDENTES DA CONSTRUÇÃO JURÍDICA DO DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM	13
2 UM CONCEITO INICIAL	24
3 DIGRESSÕES CONCEITUAIS.....	34
4 CARACTERÍSTICAS.....	40
5 A AUTONOMIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM	44
6 O DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM E O DIREITO À HONRA.....	48
7 O DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM E O DIREITO À INTIMIDADE	58
8 O DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM E O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL.....	74
9 CONCLUSÕES.....	94
REFERÊNCIAS.....	96

APRESENTAÇÃO

Esta obra foi um dos requisitos para inserção do autor no Mestrado em Direitos Fundamentais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. O objeto transita entre dois Projetos de Pesquisa “Espaço Público e Subjetividades (autonomia privada, direitos da personalidade, vida privada e direito à imagem)” e “Direito da Sociedade da Informação e Propriedade Intelectual”, ambos vinculados à Linha de Pesquisa “Direitos Fundamentais Cíveis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos”, que promove o aprofundamento investigativo e formativo das conexões entre direitos cíveis, humanos e Constituição, com ênfase na eficácia horizontal dos direitos fundamentais e na proteção de duas modalidades específicas de direitos subjetivos: os direitos de personalidade e os direitos de propriedade no contexto da sociedade da informação e da inovação tecnológica.

A pesquisa que resultou nesse livro pretende contribuir para as discussões científicas da configuração constitucional do direito à própria imagem. O texto estabelece uma base teórica que conforma o direito à própria imagem e examina alguns direitos afins ao direito à própria imagem com a finalidade de configurar os principais traços de seu conceito, da sua natureza e das suas características, desde uma perspectiva constitucional.

Por representar a consolidação de uma pesquisa, o livro foi projetado e selecionado com o fito de ser bibliografia básica das disciplinas “Espaço Público e Subjetividades (autonomia privada, direitos da personalidade, vida privada e direito à imagem)” e “Direito da Sociedade da Informação e Propriedade Intelectual”, do Mestrado em Direito da Unoesc.

INTRODUÇÃO

A imagem como representação. Benjamim (2009) se reporta à *imagem dialética* enquanto instrumento de cognoscibilidade, condição e fruto da leitura da História. A imagem dialética é uma imagem fulgurante. É então como imagem fulgurante no “agora” da cognoscibilidade que é preciso reter o “outrora”. *É uma imagem crítica, pois se constitui numa interpretação crítica do passado e do presente. Há então uma transversalidade indissociável entre imagem dialética, história (cognição) e a linguagem (interpretação) que indaga a visão positivista e progressista do porvi. A história foi porventura a maior invenção do espírito humano para dar uma forma ao tempo, organizando-o em narrativas. Mas o próprio da História é precisamente* descoincidir com o tempo. E o que surge nesta dobra dialética entre o sonho e o despertar é a imagem.

Sob outra ótica, Lèvy (2008) propugna a imagem por uma metáfora do hipertexto. Nesta revelam-se as “Imagens do sentido” como uma de suas representações. “A comunicação só se distingue da ação em geral porque visa mais diretamente ao plano das representações. [...] O contexto é o próprio alvo dos atos de comunicação [...] O sentido emerge e se constrói no contexto, é sempre local, datado, transitório”. A imagem, portanto, seria a representação deste sentido do contexto.

A importância da imagem como representação também pode ser lida em Debord (1997). Ao se deter na problematização ética nos versículos 17 e 18, comenta sobre a dominação da economia sobre a vida social, na qual houve um predomínio do “ter” sobre o “ser”. Admite que a busca pela acumulação de resultados econômicos conduz ao “ter” e ao “parecer”. O autor critica a preponderância e medita que as imagens, como representações da realidade, convertem-se em seres reais, os quais querem “fazer-se ver”. Debord vislumbra, portanto, a figura da alienação do espectador em favor do objeto contemplado quando diz que “quanto mais ele contempla, menos vive: quanto mais aceita reconhecer-se nas imagens dominantes da necessidade, menos compreende sua própria existência e seu próprio desejo. Em relação ao homem que age, a exterioridade do espetáculo aparece no fato de seus próprios gestos já não serem seus, mas de um outro que os representa por ele. É por isso que o espectador não se sente em casa em lugar algum, pois o espetáculo está em toda parte.” Nenhuma forma pode ser dissociada daquilo que nela, ou através dela, se pensa. As formas ou modos de expressão, melhor dito, as formas ou modos de representação *são* distintos em cada grupo social ou comunidade. Ora são organizados por processos simbólicos (pinturas rupestres, artes, música, literatura), ora por meios menos abstratos (fala, fotografias, vídeos, escrita). A atividade humana de se expressar corresponde, de uma maneira ou de outra, a uma *vontade de representação*; a qual se articula com os demais fatores culturais, práticas e usos materiais de uma determinada sociedade ou comunidade.

Com efeito, pode-se meditar a representação pela fala, a representação pela escrita, e agora mais do que nunca, a representação pela imagem. A imagem como representação pode ser tangenciada por outras áreas do conhecimento, como a filosofia (Walter Benjamim), a comunicação (Pierre Lèvy), a sociologia (Guy Debord), dentre outras. Mas a perspectiva jurídica tem uma lógica própria e assim deve ser analisada. Este texto se circunscreverá a um exame conceitual jurídico.

A análise não se imiscuirá sobre outras áreas do conhecimento, mas buscará o ponto de inflexão da imagem como representação sob a ótica jurídico-constitucional. E é sobre as reflexões

conceituais sobre o conceito do direito fundamental à própria imagem que se trata o objeto deste livro. A imagem, como também a honra e a intimidade obtiveram reconhecimento constitucional somente no século XX. Tanto o princípio democrático como os impulsos tecnocráticos e as decorências políticas, econômicas e sociais podem ser considerados fatores justificadores da abertura informativa e da coleta de informações, entre as quais se inclui a informação gráfica sobre o sujeito. A transição da sociedade urbana e industrial do Século XX para a sociedade cada vez mais informatizada do Século XXI, não pode se dissociar da maior participação no exercício do direito de sufrágio, do fenômeno da “repersonalização” do Direito e a conseguinte proteção jurídica da inviolabilidade pessoal, representada pelo direito à própria imagem, pelo direito à honra e pelo direito à intimidade.

Neste contexto, cabe enfatizar que a representação gráfica e a reprodução dos traços físicos do aspecto físico externo da figura da pessoa humana se expandiu cada vez mais, não só de modo quantitativo, como também de forma qualitativa, pois a tecnologia e o avanço das artes fotomecânicas foram (e são) as principais propulsoras desta expansão. Com a massiva inserção da imagem na comunicação social, pode-se até sustentar que o direito à própria imagem é o mais exterior e público dos direitos da personalidade e, portanto, o mais suscetível de ser ofendido. Como consequência, estabelece-se uma relação diretamente proporcional: quanto mais se utiliza a imagem, mais riscos de utilização ilícita decorrerão.

Esta problematização foi relevante o suficiente para a positivação constitucional do direito à própria imagem. Passou tal conflito a ter a importância de ser solucionado pelo Direito Constitucional. Neste sentido, o objetivo geral deste trabalho é apresentar a configuração constitucional do direito à própria imagem dentro do Direito Constitucional. O problema enfrentado é a inclusão do direito à própria imagem na Constituição de 1988 em 3 incisos do artigo 5º (V, X, XXVIII-“a”). Uma interrogação surgiu na dogmática brasileira sobre se esta tripla previsão induz ou não à configuração de 2 conceitos distintos. A doutrina majoritária brasileira opta pela distinção entre “imagem-atributo” e “imagem-retrato”. A imagem-retrato seria, em apertada síntese, a proteção das exteriorizações da personalidade humana. A imagem-atributo consiste na tutela da “imagem social”, procedente das suas relações sociais. O STF não enfrentou diretamente esta “bipartição conceitual”. No julgado em controle concentrado sobre as biografias (ADI 4815) a Min. relatora fez citação direta de Maria Helena Diniz que defende esta perspectiva bipartite, mas não tece comentários aprofundados a respeito. Em regra geral, no controle difuso o STF tampouco tem discutido sobre tal direito pela obstrução processual da Súmula 279 que veda o debate dos fatos/reexame de prova. Na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 73982, julgado em 2013, relatoria do Ministro Gilmar Mendes, estipulou-se uma restrição substantivo-processual às causas que envolvem o direito à própria imagem:

Não é atribuição do Supremo Tribunal Federal avaliar a ocorrência de dano moral, tampouco velar pelo cumprimento da legislação civil aplicável à espécie. Salvo situações extrema e excepcionais, nas quais se verifique o esvaziamento do direito de imagem e, por conseguinte, ofensa direta à norma constitucional, as discussões relativas à ocorrência ou não de dano moral não deve galgar a instância extraordinária. Assim, neste caso, tendo em vista o fato de que a discussão não ultrapassa o interesse subjetivo das partes e a natureza eminentemente infraconstitucional

da matéria, manifesto-me pela inexistência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

O ARE73982, que literalmente dificulta o acesso recursal via controle difuso, teve influência em 18 decisões posteriores, sendo a mais recente o: Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 781917, Relator(a): Min. Dias Toffoli. Parece que a discussão conceitual da bipartição do direito à própria imagem pode não ser suscitada mais facilmente no STF.

A hipótese defendida neste livro é a de que tais 3 incisos se reportam a um conceito unívoco do direito à própria imagem, e não bipartite. O conceito do direito a própria imagem proposto é *a faculdade de aproveitar (positiva) ou de excluir (negativa) a representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana.*

O recorte substantivo dado ao tema proposto se entronca com a metodologia empregada. A abordagem metodológica será *analítica*, dentro de uma perspectiva da dogmática jurídica. Analisar-se-á os conceitos elementares, a construção jurídica e a fundamentação do direito à própria imagem. Não terá o texto uma reflexão empírica (cognição da legislação, descrição e prognóstico da práxis jurisprudencial) e tampouco decisivamente normativa (elucidação e crítica da práxis jurídica para saber qual a decisão correta em um caso concreto) (ALEXY, 2011). Trata-se, pois, de uma pesquisa qualitativa e teórica, subsidiada por um método racional-dedutivo, que adquire um caráter prescritivo-compreensivo, pois se busca uma teorização propositiva de identificar e descrever os conceitos que gravitam sobre o direito à própria imagem e construir um conceito mais adequado para o aludido problema, promovendo uma fundamentação científica para sua viabilidade.

1 A ORIGEM E OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA CONSTRUÇÃO JURÍDICA DO DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM

Um recorrente ponto de partida para se estudar qualquer tema, esteja ele relacionado ao Direito ou não, é identificar as suas raízes. De fato, se analisada a origem, se entendida a ideia fundamental que rege a matéria, seguramente, o estudioso assimilará melhor seus contornos e as implicações que dela emanam. Neste sentido, é que se reflete sobre a perspectiva histórico-jurídica do direito à própria imagem, descrevendo, para tanto, as noções básicas de tal direito. Efetivamente, o marco descritivo de sua configuração jurídica é uma fase da qual este exame particularizado não pode prescindir, para *a posteriori* se demarcar as teorias que gravitam em torno do direito à própria imagem.

Ao estudar a origem e os antecedentes históricos, constata-se que houve três momentos distintos da construção jurídica do direito à própria imagem: uma primeira fase, anterior a sua positivação; uma segunda, na qual surgem os primeiros precedentes judiciais, a teorização doutrinária e o início da positivação; e a terceira, que se identifica com sua afirmação e inserção nas Declarações de Direitos e nas Constituições.

A fase anterior à positivação do direito à própria imagem é a que configura a ideia de imagem representada na simbologia que tal instituto jurídico sempre teve. A imagem como símbolo se remonta à época em que os seres humanos viviam nas cavernas e buscavam reproduzir, com as pinturas rupestres, os fatos, suas próprias imagens, a imagem dos animais e dos objetos. Verifica-se esta afirmação por intermédio do estudo dos costumes dos egípcios, dos gregos e dos romanos, que tinham a preocupação de registrar, por meio de imagens, seus reis, as pessoas de relevo ou inclusive desconhecidos (AFFORNALLI, 2003, p. 25-27).¹

É iniludível reconhecer que as diversas religiões também se ocuparam de reproduzir em imagens seus deuses e divindades. Retratada em pinturas, em esculturas, em bustos ou qualquer outra forma de *representação*, o que resulta incontestável é que a imagem esteve presente na vida do ser humano desde seus inícios. Por isso, é adequada a justificativa antropológica que Azurmendi Adarraga (1997, p. 19-20) emprega para insistir na relevância da imagem na vida das pessoas humanas. Indica a citada autora alguns motivos que conferem um valor expressivo à imagem: 1) o ser humano é um ser dialogal-comunicativo; 2) a projeção externa da pessoa se dá por meio de sua imagem; 3) essa projeção externa é uma verdadeira comunicação do modo de ser pessoal; 4) é uma comunicação que se realiza mediante a representação física dos aspectos imateriais da personalidade.

Com efeito, não raro se admite que a ideia do *ius imaginis* surgiu entre os romanos e logra uma relevante importância durante a República.² *Imago* era a máscara de cera que reproduzia o

¹ Aclara Azurmendi Adarraga (1997, p. 22) que era uma “[...] *creencia general de que se podía conservar la personalidad de la persona representada si se mantenía una de sus partes esenciales como es el rostro.*”

² Não é objeto deste trabalho um estudo sobre a teoria geral dos direitos da personalidade. Entretanto, urge registrar que a personalidade, do latín *personalitas*, da língua etrusca *pershu*, segundo Cifuentes (1995, p. 140), tem sua origem na palavra pessoa, e significa o conjunto de elementos inerentes ao ser humano. Pessoa provem de per (por, através) e sono (som), e expressava, nos seus inícios, a máscara usada pelos atores nas representações teatrais na Antiga Grécia e posteriormente em Roma. Relata Cordeiro (2004, p. 15) que a persona havia sido introduzida em Roma, procedente da Grécia, pelo ator Roscius, 100 a. C. Prosopón em grego e personare ou resonare em latim, eram os termos para a máscara, com a boca aberta, provida de lâminas metálicas que faziam ressoar as vozes nas representações teatrais. O ressonador (ou lingueta metálica) era o indicador dos tipos ou caracteres das máscaras, os quais tinham um papel personificado e

rosto do *de cuius*. A princípio, era um privilégio classista e consistia, inicialmente, na possibilidade de manter no *atrium* de domicílios e expor em determinadas cerimônias (cortejos fúnebres e festividades familiares) os retratos (bustos de mármore ou de bronze, máscara de cera, estátuas) dos antepassados. Neste sentido é que Cícero falava em um *jus imaginis ad memoriam posteritatem prodendam*. No início era um direito *post-mortem*. Colocava-se uma máscara de cera (*imago*) nos lobbies das casas após a morte de um familiar. Logo abaixo da *imago* se escrevia o *titulus*, que indicava os cargos públicos que havia ostentado o defunto, suas origens e sua genealogia.³ Este costume/privilégio também se estendeu aos plebeus posteriormente (RUIZ Y TOMÁS, 1931, p. 51; GINESTA AMARGOS, 1983, p. 908).

Neste contexto, cabe afirmar que com o *ius imaginis* se preocupava determinar quando e como a imagem poderia ser divulgada socialmente. Entretanto, esta característica, na verdade, aproximava este direito muito mais ao conceito de propriedade hoje em vigor. Tal ideia demonstra a lógica de como se reproduziam as imagens dessa época. Esta tarefa competia aos artistas com algum talento para tanto, o que a convertia em onerosa e delongada, “[...] só acessível a especialistas que tivessem sofrido um complicado processo de aprendizagem. [...] compreende-se que ocorressem problemas relacionados com a *propriedade* da reprodução, não propriamente, com o que hoje chamamos de bens de personalidade.” (CORDEIRO, 2004, p. 193). Com o fim do Império Romano, poucas são as inflexões jurídicas vinculadas ao direito à própria imagem que merecem destaque, ainda que no Medievo, na Idade Moderna e no umbral da Idade Contemporânea, constata-se grandes progressos na pintura e na escultura.

De fato, as primeiras digressões sobre o *ius imaginis*, argumenta Gitrama González (1962, p. 301), emergiram com as polêmicas sobre a *potestas hominis in se ipsum* nos séculos XVI⁴ e XVII.⁵ O momento histórico seguinte, no qual se percebem os fatores que influenciaram na moderna teoria do direito à própria imagem, ocorre com o surgimento das ideias do jusnaturalismo “racionalista” dos séculos XVII e XVIII e a conseqüente busca da valorização do indivíduo, junto à conseqüente luta pelos direitos que assegurassem a proteção do ser humano. Recorda Gitrama González (1962) que o raciocínio invocado para justificar tal proteção jurídica era que se admitia um direito individual e autônomo de disposição sobre o próprio corpo, e que deste direito derivaria a faculdade de dispor do reflexo do corpo, entendido como a imagem da pessoa. No entanto,

forjaram a ideia de “personagem”. Por isso, começou-se a denominar “persona” ao personagem dessa figura diferenciada pela máscara, e *dramatis personae* aos atores. Fora do teatro, iniciou-se a chamar “persona” à função ou qualidade que cada indivíduo representava no mundo, e posteriormente *persona* mudou seu sentido, equivalendo ao próprio ser humano. Cifuentes (1995, p. 141 et seq) afirma que *persona* é ato e potência, pois compreende a ideia de sujeito e de aptidão para sê-lo. Toda pessoa natural ou ideal tem a possibilidade de ser sujeito, pois este último vocábulo jurídico se utiliza com um significado especial no direito; é a pessoa que, por formar parte de uma relação jurídica, goza de um determinado direito ou tem que cumprir alguma obrigação. Sujeito representa o ato, e pessoa pode ser só a possibilidade de formar parte de um ato. Neste sentido, a pessoa é o gênero, e o sujeito a espécie. Por isso a clássica divisão dos elementos gerais dos negócios jurídicos: sujeito, objeto, forma e causa.

³ Ginesta Amargos (1983, p. 904) relata que em Roma foi proibido colocar estátuas de seres vivos em locais públicos e até mesmo em casas particulares este direito foi atenuado, uma vez que sua localização deveria se circunscrever a espaços que não eram acessíveis para aqueles que não faziam parte da família.

⁴ Sustenta Bonjardim (2002) que o Rei D. Juan III em 1523, quando rechaçou a deformação fisionômica e afirmou que a imagem seria o que de melhor tem a pessoa humana.

⁵ A primeira manifestação de um direito sobre si mesmo *jus in se ipsum* se inicia, como com a publicação, em 1609, do *Tractatus de postestate in se ipsum*, de Baltasar Gómez de Amezcua (DIAS, 2000, p. 41).

o debate específico sobre sua configuração jurídica teve seu impulso principal depois da invenção da fotografia em 1829, pelo químico francês Niepce Nicéforo, que mais tarde foi aperfeiçoada por Luis Jacobo Mandé Daguerre (criador do daguerreotipo - 1839).⁶

É neste contexto que se afirma que se inicia, efetivamente, a construção jurídica do direito à própria imagem em 1839 e se fortalece nos anos cinquenta do século passado, mormente com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Definitivamente, antes que se inventasse a fotografia, a imagem de uma pessoa era representada, via de regra, com o *consentimento* do titular, pois para que se fizessem quadros, bustos, esculturas, desenhos ou outros procedimentos de representação das imagens, o retratado necessária e usualmente deveria posar para o pintor, escultor ou desenhista.⁷ Nem sequer se imaginavam as ameaças, hoje demasiado presentes, dos novos meios de captação, divulgação e reprodução. Como conseqüência, não se discutia uma estrita proteção jurídica da proteção da imagem humana. A invenção da fotografia e, posteriormente, a possibilidade de reprodução de cópias, permitiu a multiplicação das imagens das pessoas, e, por conseguinte, sua exposição de forma mais frequente e ostensiva (RUIZ Y TOMÁS, 1931, p. 53). O descobrimento de tal fenômeno físico teve uma impressionante aceitação popular, o que fez que se potencializasse na Europa, no final do século XIX, a comercialização das câmeras fotográficas rudimentares. A partir daí, a imagem humana, após esta relevante incursão na vida cotidiana das pessoas por maior da representação gráfica em fotografias, adquiriu um papel quantitativo e qualitativo de cada vez mais importância com a aparição de novas tecnologias, até reclamar uma proteção jurídico-constitucional.

Urge, pois, convir que a *ideia* da imagem e seu conhecimento por parte dos seres humanos sempre existiu, dado seu caráter dialogal-comunicativo; sem embargo, enquanto não existiu um sério risco de dano à personalidade, por meio do abuso da representação gráfica da imagem alheia, não se fez necessário raciocinar juridicamente sobre o direito à própria imagem. Quando este perigo se faz presente, convertendo-se em um mal endêmico e universalizado, surgem as demandas judiciais e irrompe a exigência de uma proteção jurídica específica.

Como *precedentes judiciais*, é tributário indicar que é na França onde se situam as primeiras decisões sobre o direito à própria imagem.⁸ Relata Ruiz y Tomás (1931, p. 114) que o Tribu-

⁶ Não é unânime a afirmação de que foi Nicéforo Niepce o inventor da fotografia. Contudo, Azurmendi Adarraga (1997, p. 48) relata que em 1841 W.H. Fox Talbot apresenta o negativo na Academia de Ciências de Paris. Assinala as diversas associações como *The Calotype club* (1841), *The Liverpool Amateur Photographic*, *The British Journal of Photography* (1854). Na exposição Universal de 1867 em Paris se convocou o “Grande Premio de Fotografia”.

⁷ Ruiz y Tomás (1931, p. 51-52) assevera que para a multiplicação das cópias de um quadro ou busto se recorria a uma nova pintura ou modelado, “[...] *lo cual reclamaba el consentimiento del propietario de los trabajos artísticos, que casi siempre era el retratado o sus causa habientes y sólo se podía dar el caso improbable de estar aquéllos en poder de un extraño o de haber sido sustraídos fraudulentamente.*” Conclui que o escasso alcance da difusão do retrato pelas poucas reproduções legítimas o ilegítimas não convertia este fato em uma ofensa grave, constante, e não significava um perigo social.

⁸ Azurmendi Adarraga (1997, p. 53) ressalta que a jurisprudência francesa da segunda metade do século XIX estabeleceu a doutrina de que: a) o artista não tinha direito a expor um retrato em um lugar público sem que a pessoa representada ou o proprietário do retrato houvesse consentido (1855); b) ninguém podia reproduzir e dar publicidade aos traços de uma pessoa em seu leito de morte, qualquer que haja sido a notoriedade dessa pessoa, sem o consentimento formal da família, sendo absoluto este direito de oposição e fundado no respeito à dor das famílias (1858); c) os herdeiros podiam se opor não somente à venda de um retrato como também a qualquer forma de publicidade, ainda que a pessoa representada houvesse autorizado sua venda e difusão (1859); d) Somente com um contrato formal se podia conceder definitiva e perpetuamente a publicação de um retrato fotográfico, a pessoa que houvesse consentido a venda de seu retrato,

nal de Sena, na data de 11 de abril de 1855, decidiu pela vedação à exposição ao público de um retrato *sem o consentimento da pessoa representada*.⁹ Entendeu o pretório que não se podia, sob nenhum pretexto, dar publicidade aos traços de uma pessoa e que tampouco se poderia expor em um salão de Belas Artes o retrato de um indivíduo contra sua vontade, contra a de sua família (se aquele estiver morto ou incapaz), ou contra a do *proprietário* da reprodução. Todavia, deste início, o caso mais conhecido sobre o tema é o do ano de 1858 (AFFORNALLI, 2003, p. 28).¹⁰ O mesmo Tribunal se pronunciou sobre uma demanda, na qual se defendia o direito à própria imagem de uma atriz francesa (Rachel) ante uma pintora (O'Connell). A família de Rachel havia contratado dois fotógrafos para retratar a imagem da atriz no seu leito de morte, estabelecendo que as fotografias reproduzidas seriam de propriedade da família. A pintora O'Connell obteve tais fotos e as reproduziu em desenhos com o fito de comercializá-los. O Tribunal declarou ilícita a reprodução destes desenhos, determinou a apreensão dos originais e das diversas provas fotográficas, ordenado sua destruição e declarando que ninguém poderia, sem o consentimento formal da família, reproduzir e publicar os traços fisionômicos de uma pessoa no seu leito de morte, ainda que se tratasse de uma pessoa célebre.

No Reino Unido, teve um papel decisivo na doutrina inglesa a demanda *Prince Albert vs. Strange*. A rainha Victoria e seu esposo, *Albert*, haviam sido retratados, em uma série sobre a família real e amigos da corte, em diversos desenhos e óleos. Não estavam destinados à venda, nem à exibição pública, e sim ao entretenimento da família real e, em ocasiões especiais, para dar de presente a algum amigo íntimo. De alguma maneira, tais trabalhos chegaram às mãos de William *Strange* e outros, que pensaram em realizar uma exposição pública. Para o intuito, prepararam um “Catálogo descritivo da Galeria Real de Gravuras de Victoria e Alberto”¹¹ que venderiam ao público e que continha uma descrição das obras elaboradas pela rainha e pelo príncipe, para que todos pudessem formar uma opinião dos méritos artísticos dos monarcas. O Tribunal fundamenta sua decisão em dois fatos: na posse ilícita do material em questão por parte dos demandados, e no fato de que não havia o consentimento dos retratados para tal exibição. Matiza Ruiz y Tomás (1931, p. 118) que dita decisão confunde, em todo caso, o direito à própria imagem com o direito de propriedade intelectual.

gratuitamente fotografado, possuía a faculdade de revogação de seu consentimento tácito, pagando o preço deste ulterior impedimento (1860); e) era indenizável a proibição da posse de um retrato ou busto por um terceiro de boa-fé (1872); f) a publicidade dada à imagem deveria atender aos limites e fins autorizados pelo representado (1896); Neste sentido, ao examinar esta jurisprudência, a autora (p. 56) conclui que faltam critérios jurídicos precisos que justifiquem as decisões judiciais e, ainda, que as decisões reconhecem algumas faculdades integrantes do direito à própria imagem.

⁹ O autor confirma que: “[...] *es verdaderamente la jurisprudencia francesa la que con mayor fuerza proclama el derecho a la propia imagen consagrándolo como absoluto y exento de todo linaje de restricciones, cosa natural a mediados y fines del siglo XIX, cuando todavía humeaban los rescolos de la Revolución, y, por lo tanto, ocupaban el primer plano de la intelectualidad francesa los resabios individualistas.*” (RUIZ Y TOMÁS, 1931, p. 117).

¹⁰ Em 1902, o mesmo Tribunal fundamentou uma decisão afirmando que não se podia fotografar ninguém sem seu consentimento, exceto quando a pessoa por sua função ou profissão, natureza do serviço ou notoriedade presente ou passada suscitasse um interesse especial e que não resultasse nenhum prejuízo. Duval (1988, p. 37) acrescenta que controvérsias doutrinárias na França (1855), na Alemanha com a Lei de 9-1-1907 e na Itália, desde 1903, promoveram a discussão jurídica sobre o tema.

¹¹ Tradução livre.

Examinando os precedentes jurisprudenciais da Itália, é de se reportar ao caso de uma dama que havia contratado um escultor para que este fizesse um busto de mármore de seu finado marido. A viúva se negou a pagar a totalidade acordada porque, supostamente, o busto não retratava com fidelidade o bigode do falecido (RUIZ Y TOMÁS, 1931). O Tribunal Civil de Veneza, em 03 de outubro de 1873, condenou à senhora ao pagamento da soma que restava. Não obstante, Ruiz y Tomás (1931) observa que a jurisprudência italiana, a princípio, não considerava como titular do direito à *imagem* o retratado e sim o comitente, que pode ser ou não o reproduzido, ou seus sucessores.

Com relação à experiência alemã, importa comentar a decisão do Tribunal do Império de 28 de dezembro de 1899, a qual cuida do caso da obtenção da fotografia do cadáver de Otto Von Bismarck. O Tribunal se baseou na circunstância de que os fotógrafos haviam adentrado furtivamente na casa do chanceler, e entendeu que este fato seria uma violação de domicílio e não, propriamente, uma ofensa ao direito à própria imagem (HERRERO-TEJEDOR, 1994).

Sobre a *positivação do direito à própria imagem*, Ruiz y Tomás (1931) indica que muitos autores defendem que o primeiro reconhecimento “imperfeito” do “direito à efígie” foi na lei alemã de 10 de novembro de 1842. Descreve também que a lei russa de 21 de janeiro de 1845 previa que o artista não podia reproduzir, multiplicar e publicar os retratos e quadros de família, sem a permissão de quem os havia solicitado (ou de seus herdeiros). Assinala que a lei inglesa de 29 de julho de 1862 estabelecia que o direito de reprodução de um quadro, escultura, etc., correspondia ao artista, não ao comprador ou comitente da obra, exceto se havido um pacto de outro modo ou se se tratasse de fotografias.

Não obstante, defende Walter Moraes (1972a, p. 66) que o direito positivo sobre a própria imagem iniciou com a lei alemã de fotografia de janeiro de 1876. Foram editadas na Alemanha duas leis que mencionam o direito à própria imagem: a lei do dia 09 e a do dia 10. A lei do dia 9 tratava dos direitos de autor sobre suas obras de arte e a lei do dia 10 regulava a proteção que se dava à fotografia e sua reprodução ilícita. Esta lei, junto à normativa sobre propriedade intelectual e artística da Áustria (1885), seguida da lei belga sobre direito de autor de 22 de março de 1886 (art. 20), estabelecem o início do reconhecimento do direito à própria imagem na Europa.¹² Nesta linha, o artigo 8º da lei alemã de 9 de janeiro de 1876 não incluía o direito de reprodução na alienação de uma obra de arte figurativa, mas se se tratasse de retratos ou de bustos, o direito de reprodução passaria ao que houvesse feito o pedido. A lei austríaca (art. 13) declarava que quando se tratasse de retratos fotográficos, o exercício do direito de autor se vinculava ao consentimento da pessoa representada ou de seus sucessores, excetuando-se as fotografias realizadas de ofício. Na Bélgica (art. 20) se propugnou o critério de que nem o autor nem o proprietário de um retrato tinham o direito de reproduzi-lo ou expô-lo publicamente, sem que a pessoa retratada houvesse consentido e se exigia a autorização dos direitos de autor durante os vinte anos que posteriores à morte. Insta registrar uma lei californiana de 1899 que reputava ilícita a publicação do retrato de uma pessoa viva sem a sua permissão escrita, ainda que esta exercesse (ou houvesse exercido) cargos públicos. A mesma ideia se aplicava às caricaturas que ofendiam a honra, a integridade, etc., das pessoas o que lhes menosprezasse ou lhes expusesse ao ridículo. A infração a esta regra era a aplicação de uma pena de multa que variava entre cem e quinhentos dólares (KOHLENER, 1979).

¹² Cita também o mesmo autor a lei japonesa de 04 de março de 1899 (art. 25).

Cabe, pois, concluir que a maioria das normas que versavam sobre o direito à própria imagem estavam no contexto das leis sobre a propriedade intelectual desse período. A partir deste enfoque, tem e perseguem como um de seus principais objetivos a proteção da *faculdade de reproduzir as obras*, refletindo, assim, a tendência eminentemente patrimonialista que predominava naquele momento histórico, desde o ponto de vista social. Este é o motivo pelo qual normalmente se atribuía ao comitente e não ao retratado as faculdades que derivavam do direito à *imagem*.

O esboço doutrinal do direito à própria imagem surgiu nesse período, na segunda metade do século XIX. A partir daí, a proteção da imagem foi discutida em várias monografias (MORAES, 1972a) que a frisavam, principalmente alguns autores alemães que se dedicaram a estudá-la como: Keissner¹³ (1896), Gareis (1902), Olshausen (1902), Cohn (1902), Kohler (1903), Osterrieth (1903), Rietschel (1903), Galemkamp (1903), Blume (1903) e outros. Entre os juristas italianos cabe destacar Amar (1874), Ricca Barberis (1903), Ferrara (1903), Campogrande (1904), Pacchioni (1905), Dusi (1906) dentre outros.

Walter Moraes (1972a), ao comentar a orientação das monografias de Kohler sobre o tema, afirma que em Alemanha, no início do século XX, muitos autores escreveram sobre o direito à própria imagem depois que Keissner (*Das Recht am eigenem Bild*, 1896) suscitou a teoria do direito à própria imagem propriamente dita, como uma interpretação da lei alemã sobre a fotografia de 1876, com reflexos nos §§ 823 e 826 do BGB. Esta ilação incluía o bem jurídico *imagem* na teoria do direito geral da personalidade, a qual impulsionou e favoreceu outro enfoque, diverso do patrimonialista, e que tanto agregou às discussões jurídicas da época. Azurmendi Adarraga (1997, p. 59-60) pondera que a doutrina de GIERKE favoreceu o reconhecimento da tutela jurídica da imagem humana e que sua noção de livre desenvolvimento da personalidade conduziu à reflexão sobre a honra, a intimidade e a imagem humana. Kohler (1979), por exemplo, admite que havia doutrina que intentava configurar este direito como o primordial do indivíduo a ser reconhecido como pessoa, sendo o direito geral da personalidade o fundamento de todos os demais.¹⁴

O direito à própria imagem ocupou um relevante espaço em 1902, no XXVI Congresso de Juristas Alemães celebrado em Berlim entre 10 e 12 de setembro, quando Keyssner e Gareis questionaram se a imagem pessoal constituía objeto de algum direito (AZURMENDI ADARRAGA, 1997). Ennecerus foi um dos defensores do direito à própria imagem e estabeleceu algumas situações nas que não seria necessário o consentimento da pessoa retratada: “a) as imagens da História contemporânea; b) as imagens nas que a pessoa aparece de modo acidental; c) as fotografias de reuniões ou atos públicos nos que a pessoa participou; d) as fotografias feitas com a finalidade artística; e) as necessidades da Justiça (AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 65).¹⁵

¹³ Azurmendi Adarraga, (1997, p. 63) afirma que o antecedente da teoria de Keyssner sobre o *ius in se ipsum* de Gómez De Améscoa.

¹⁴ Kohler (1979, p. 53) argumenta que “[...] a ninguém se atribui um poder jurídico autoral à própria imagem, assim como não poderia pretendê-lo quem se apossasse de uma obra de arte já acabada ou de um manuscrito [...] Por isso a fonte do direito à imagem só pode repousar na personalidade e podemos dizer: a reprodução da própria imagem não é lícita se ela invade a esfera legítima da personalidade, se ela interfere mais do que lhe é permitido, na mencionada conformidade com o direito de vizinhança [...]”

¹⁵ A autora relata que a ideia de ENNECERUS se baseava em três tipos de situações: 1) caráter público das atividades de uma pessoa ou dos acontecimentos nos quais participa; 2) Concorrência com outros direitos, (liberdade de imprensa e o direito de propriedade intelectual e artística); 3) Necessidades da Justiça e da ordem pública.

Assevera Azurmendi Adarraga (1997) que o resultado dessa tese foi o pleito de uma lei contra a abusiva utilização da imagem fotográfica, sempre que se violassem interesses dignos de amparo, e, em particular, quando dessem publicidade a fatos que só os interessados tivessem a faculdade de torná-los públicos.¹⁶ É importante ressaltar que estas restrições ao direito à própria imagem coincidem, como se verificará, com a mensagem das posteriores normas que o regulamentaram. Deste modo, a lei alemã de 09 de janeiro de 1907 (HERRERO-TEJEDOR, 1994) sobre direito autoral (propriedade intelectual, obras artísticas e fotografia) situa o direito à própria imagem entre o direito autoral e o direito geral de personalidade.¹⁷ Esse reconhecimento legislativo revela a influência direta das conclusões do aludido XXVI Congresso de Juristas, pois o parágrafo 22 da mencionada lei estabelecia que os retratos não poderiam ser divulgados ou tampouco exibidos publicamente sem autorização da pessoa retratada e, se houvesse dúvida com relação à autorização, prevaleceria o entendimento de que foi autorizado. O parágrafo 23, por outro lado, dispunha que as imagens das pessoas poderiam ser publicadas quando fossem captadas em locais públicos ou quando a pessoa houvesse participado por seu próprio interesse.¹⁸

A teoria do direito geral de personalidade, como protetora do direito à própria imagem, influenciou os autores de França e Itália, que também se dedicaram a estudar o assunto. É costumeiro dizer que a obra que introduziu a noção do direito geral de personalidade na França foi a de R. SALEILLES (“Le droit au nom individuel pour l’Empire d’Allemagne, Note sur l’art. 12 du Code Civil allemand”, en la *Revue de Legislation et Jurisprudence*, 1900, p. 94-101). Mais tarde, em Paris (1913), H. Fougerol publicou *La figure humaine et le droit*, que discutia a existência ou não do direito à própria imagem e sua natureza jurídica (AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 71). Na Itália, Moise Amar (1874) é considerado o primeiro autor que indagou se o indivíduo possui ou não um direito à sua própria imagem (CURY JÚNIOR, 2006, p. 12). Posteriormente, publicaram-se trabalhos (RAVÀ, “Il diritto sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto”. *Rivista Ital. Per le scienze giuridiche*, 1901; RICCA-BARBERIS. “Sul contenuto del diritto al nome e del diritto all’immagine”, Estratto dalla Corte d’Appello, Lubrano, 1905, Napoli, 1905; DUSI. “Cenni intorno al diritto alla propria immagine. Studi Senesi”, 1906, Torino, 1906) que conferem uma conformação mais personalista ao conceito de imagem. A primeira disposição ao respeito foi o *Regio Decreto Legge* n. 1.950, de 07 de novembro de 1925, que previa que o retrato de uma pessoa não

¹⁶ Ressalta a autora que houve uma réplica à proposta deste no congresso subsequente (XXVII) que ocorreu em Innsbruck, 1904. Wildhagen refutou a independência do direito à própria imagem do direito de autor e Rietschel propôs o reconhecimento do direito à própria imagem limitado ao caos em que a difusão e exposição pública suponha uma vulneração aos interesses da pessoa representada ou de seus sucessores (AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 67-68).

¹⁷ Na análise de Azurmendi Adarraga (1997), a Lei evita uma alusão direta à dimensão patrimonial da própria imagem, mas somente se protege a exposição e difusão da imagem, não sua captação.

¹⁸ Comenta Manzanares Samaniego (1991, p. 6124-6130) que o art. 141.5 de la lei alemã de 09 de abril de 1965 não derogou *in totum* a lei de 09 de junho de 1907 (que teve modificações em 20/05/1910, 13/12/1934 e 12/05/1940), deixando ainda em vigor as disposições referentes à proteção dos retratos. Neste sentido, o art. 22 desta lei estabelece que os retratos só podem ser difundidos o expostos publicamente com o consentimento do retratado. Em caso de dúvida, considerava-se prestada a permissão quando o retratado recebia uma retribuição. Após o falecimento, até os 10 anos, era imprescindível o consentimento dos sucessores. A obtenção do retrato sem o devido consentimento representa hoje um ataque contra o direito geral de personalidade garantido pela Constituição. O art. 23 regula as exceções que autorizam a exposição do retrato sem o prévio consentimento: 1) História contemporânea, 2) Imagem acessória, 3) Reuniões, manifestações; 4) Interesse superior artístico. O art. 24 dispõe sobre as exceções de interesse público que tem o foco na segurança pública.

podia ser publicado ou comercializado sem o consentimento tácito ou expresso da pessoa. Depois da morte do titular, concedia-se legitimidade aos sucessores para reclamar os direitos ou autorizar a divulgação da imagem do *de cuius*. Deixava-se claro que a pessoa que havia consentido, poderia revogá-lo, responsabilizando-se pelo ressarcimento de danos. Sem embargo, esta lei considerava que a publicação do retrato era livre se houvesse interesse científico, didático, cultural ou se se referisse a um fato de interesse público. Em tal contexto, a lei federal suíça de 07 de dezembro de 1922, que dispunha sobre o direito de autor, no artigo 29 disciplinava que era lícita a reprodução da imagem se a pessoa retratada autorizasse, ou seus sucessores quando do seu falecimento.¹⁹ De outra parte, no artigo 35 reafirmava que os exemplares de imagens não poderiam ser publicadas ou difundidas sem permissão da pessoa retratada, salvo convenção em contrário.

Junto à corrente doutrinal do direito geral da personalidade, nos Estados Unidos, em 1890, Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis publicaram o afamado artigo *The Right to Privacy* na *Harvard Law Review*.²⁰ Esta publicação coincidiu com a resolução pelos tribunais dos primeiros casos relativos à utilização da imagem de uma pessoa em uma publicidade comercial. A ideia principal era estabelecer um limite jurídico que vedasse as intromissões da imprensa na vida privada. O artigo se centra em encontrar princípios no *common law* que legitimassem a existência de um direito à *privacy*, que garantiria a cada pessoa o direito de decidir até que ponto podem ser comunicados a outros seus pensamentos, sentimentos e emoções. Os autores aludem à evolução dos direitos da pessoa (direito à vida, direito de propriedade e a liberdade) e aos *cases law* para provar o reconhecimento jurídico da natureza espiritual do ser humano, de seus sentimentos e de seu intelecto. Postulam que existe um primado da inviolabilidade da pessoa, que alicerça o desenvolvimento do direito à privacidade. Desvinculam, por tanto, a estrutura arraigada da privacidade-propriedade para propugnar a existência do nexo privacidade-personalidade. Esta doutrina, que até hoje influi no conceito de privacidade estadunidense, não confere autonomia ao direito à própria imagem ao concluir que este se subsume no direito à *privacy*, pois se denunciam os ataques a privacidade por meio de fotografias indiscretas.²¹

De fato, não se pode afirmar que o direito estadunidense protege de modo autônomo o direito à própria imagem, pois sua tutela jurídica se efetua por intermédio do *right to privacy* ou do *right to publicity* (este último voltado mais especificamente à exploração comercial da identidade da pessoa (GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, 2004).²² A jurisprudência norteamericana discutiu o tema

¹⁹ Rodrigues (1985, p. 54-60) sustenta que o Código Suíço de 1907 (art. 27 e art. 28) se referia à tutela dos direitos da personalidade.

²⁰ O artigo de Samuel Warren y Louis Brandeis ocupa um alto posto nos estudos jurídicos mais citados. Obteve uma inestimável repercussão mundial, motivando os juristas a debater sobre o direito à privacidade. A doutrina da intimidade teve um desenvolvimento ainda fragmentário até meados do século XX, quando alcançou autonomia internacional, primeiramente na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, 1948, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Mais tarde, em 04.11.1950, também foi incluída na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

²¹ Azurmendi Adarraga (1997, p. 77) recorda que a imagem até 1890 havia sido incluída na proteção genérica da responsabilidade por atos ilícitos (*torts*) e em especial dentro da difamação (*libel, slander*), do direito de autor (*copyright*) e da tutela da liberdade de imprensa (*press*).

²² Enrich (2004, p. 795-812) afirma que nos Estados Unidos não existe um direito federal à proteção da própria imagem, se bem que alguns estados regulam sua utilização comercial. Entretanto, existe na Constituição norteamericana (*First Amendment*) um princípio claro e contundente sobre liberdade de expressão, que só pode se ver limitado em certos casos. No exemplo do direito à própria imagem a expressão ou informação

no caso *Marcks v. Sofhia*, em que se requereu o direito de ser deixado em paz (*right to be let alone*), fundado no direito a desfrutar da vida, sem publicidade. Posteriormente, na decisão *Corliss v. E. W Walker Co.*, 64 Fed. 280 (CCD. Mass., 1894). se teorizou sobre a diferença entre a tutela de um retrato de um indivíduo “privado” e de um personagem público (AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 79).

Questionou-se, pela primeira vez, um enfoque patrimonial (*right to publicity*) no caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 NY 538, 64 N. E. 442 (1902),²³ um caso em que se debateu o alcance da legislação sobre uma nova forma de vulneração, distinta da publicação maliciosa de um retrato, o que se usualmente alocava na proteção contra a difamação.²⁴ E esta justamente foi a mensagem transmitida na legislação civil do Estado de Nova York, de 1903 (ano seguinte à decisão), que dispunha que para o uso comercial do nome ou da imagem (identidade) de uma pessoa viva era preciso seu consentimento escrito.²⁵ A Suprema Corte afirmou haver diferença entre o *right to publicity* do *right to privacy* na decisão do caso *Zacchini v Scripps Howard Broadcasting Co.*, 433 US 562 (1977).²⁶

O período entre as Guerras se caracteriza pela escassa jurisprudência para a clarificação conceitual do direito à própria imagem. Nada obstante, o que se constata nesta etapa é sua “in-subordinação” ao direito de autor, vinculado ao direito de propriedade intelectual, e seu assentamento posterior como parte dos direitos humanos integrantes da Declaração Universal de 1948, numa interpretação extensiva do art. 12.²⁷ Merece destaque neste período a doutrina de Roger Nerson, na França, que diferencia o direito à própria imagem do direito à vida privada e do direito à honra (AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 85). Nerson (1939) advogou que o dano ocasionado quando se publica um dado de uma vida privada é distinto do dano causado pela publicação do retrato de uma pessoa. Propôs uma tutela específica do direito à própria imagem, na qual a proteção se efetivasse pela aplicação do princípio geral do Código Civil ou pela proteção contra a difamação,

hã de ser difamatórias. Há um certo reconhecimento sobre o direito à própria imagem, mas que se vê limitado quando ligado a publicação de eventos que são notícia (*newsworthy*). Já se considerou que as fotografias obtidas por um paparazzo, ainda que feitas tais fotos com o ato ilegítimo prévio (como por exemplo saltar sobre uma vala para aceder a uma propriedade privada), podem ser publicadas se são noticiáveis, sem que isso implique na responsabilidade de indenização pela ofensa à privacidade do sujeito fotografado.
²³ Amat Llari (1992, p. 25) comenta que a demanda versava sobre o uso publicitário de uma fotografia de uma jovem, Abigail Roberson, por uma fábrica de farinhas. O juiz negou reconhecer um direito não previsto em lei e sem precedentes. Os magistrados dissidentes fizeram uma analogia com o direito a evitar uma intromissão indevida na vida privada com o direito a evitar a apropriação dos produtos da personalidade e julgaram procedente o pedido.

²⁴ López Mingo Tolmo (2005, p. 26) afirma que o Tribunal Alemão (caso *Herrenreiter*) foi o primeiro a fixar uma indenização pelo uso ilegítimo da imagem com fins comerciais, “[...] se había publicado la fotografía de un atleta saltando un obstáculo por una empresa fabricante de un remedio contra la impotencia sexual.” Ressalta que a primeira decisão judicial na Espanha sobre o assunto é a proclamada pela Audiência Territorial de Zaragoza, em 09 de junho de 1967, a “Sentencia del Pregonero de Zaragoza”.

²⁵ Azurmendi Adarraga (1997, p. 82-83) cita que em 1904 se sanciona a utilização publicitária do rosto de uma pessoa sem seu consentimento no caso *Pavesich v. New England Life Insurance Co.* (Tribunal de Georgia).

²⁶ Relata Igartua Arregui (1991, p. 16-17) que a crescente patrimonialização da imagem faz com que em todos os países se esteja estudando a natureza da sua proteção jurídica. Pode-se defini-lo como o direito à exploração exclusiva dos signos característicos da personalidade com fins publicitários ou comerciais. Neste sentido, o *right to publicity* foi inicialmente interpretado a partir do Código Civil da Califórnia (reformado em 1995) e afirma que posteriormente 20 estados também o reconheceram.

²⁷ “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

prevista no Código Penal. Subtrai, portanto, o direito à própria imagem do direito de autor, e o situa como uma manifestação da individualidade moral.²⁸

Na Itália se publicaram normas protetoras relacionadas com o direito à própria imagem, nomeadamente a Lei sobre Direito de Autor de 1941 e o Código Civil de 1942 (art. 10).²⁹ Matiza Azurmendi Adarraga (1997) que apesar de existir uma dualidade direito de autor/direito geral da personalidade (herança alemã), a legislação italiana deu um sentido mais personalista ao direito à própria imagem. Em que pese sua forte vinculação com o direito à honra, a sistematização de tal direito pode ser atribuída ao Código Civil Italiano libro I, *Delle Persone e Della Famiglia* (art. 10).³⁰

Com relação ao desenvolvimento doutrinário italiano nesta época, convém citar as obras de Rava (1938) e De Cupis (1942), dois autores que forjam a expressão *diritto alla riservatezza*, do qual faziam parte tanto o direito à própria imagem como o direito ao segredo. São trabalhos que exerceram um grande influxo sobre a doutrina e a jurisprudência italianas, e que mudam o enfoque “autoralista” do direito à própria imagem pelo da *riservatezza*. Entende De Cupis que a imagem humana é a primeira manifestação da *riservatezza* e, apesar de não conceder autonomia ao direito à própria imagem, verifica-se um notório avanço à sua concepção personalista (AZURMENDI ADARRAGA, 1997).

Tendo em conta as leis influenciadas por esta ideia do direito à própria imagem, imperioso concordar com Moraes (1972) que admite o surgimento de um marco jurídico cujas principais linhas seriam as seguintes: a) proibição da reprodução, divulgação, exposição do retrato sem o consentimento da pessoa retratada; b) estabelecimento de uma série de sucessores neste direito de consentir; c) presunção do consentimento a favor do autor do retrato em certas circunstâncias; d) previsão de casos nos quais não é necessário tal consentimento (notoriedade do retratado, ordem pública - interesse judicial, policial, cultural e presença em acontecimento público).

No entanto, seria sobretudo após a Segunda Guerra quando se evidencia que a tutela da personalidade se faz mais significativa, de modo que a maior preocupação pela pessoa humana se plasma nas Declarações Internacionais de Direitos e nos Pactos Supranacionais. Não se examinará exaustivamente ditos textos, pela extensa bibliografia a eles dedicada, mas urge indicar que o primeiro texto supranacional que reconhece explicitamente o direito à honra, à reputação e à vida privada e familiar é a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, firmada em Bogotá, no dia 02 de maio de 1948 (art. 5º).³¹ Tem tal texto a virtude de se adiantar em sete meses à Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada em Nova York, em 10 de dezembro de 1948, pela

²⁸ Sem embargo, como adverte Hubert Alcaraz (2007, p. 6-28) antes da lei de 17 de julho de 1970, só o artículo 15, parágrafo 2º da lei de 29 de julho de 1881 sobre liberdade de imprensa previa a proibição de provar os fatos difamatórios em três casos, e especialmente “[...] *quando la imputación afecta a la vida privada de la persona.*” O direito à própria imagem estaria dentro do direito à vida privada, pois o conceito francês de *vie privée*, creio, ainda influenciado pela doutrina do direito geral da personalidade, engloba outros direitos da personalidade com vocação mais limitada, podendo a proteção da vida privada se revestir de diferentes aspectos.

²⁹ E posterior à Segunda Guerra, a Constituição de 1947 (art. 2: “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”).

³⁰ “*Abuso dell’immagine altrui. Qualora l’immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l’esposizione o la pubblicazione e dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l’autorità giudiziaria, su richiesta dell’interessato, può disporre che cessi l’abuso, salvo il risarcimento dei danni.*”

³¹ “*Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida particular e familiar.*”

Organização das Nações Unidas. Esta Declaração, sem embargo, na série de vários enunciados que protegem a pessoa humana, outorga respaldo aos direitos da personalidade já no seu preâmbulo e nos artigos 6, 12 e 19³² e prevê o reconhecimento de uma série de direitos que são necessários não somente para a vida do ser humano em sociedade, senão também para seu desenvolvimento, isto é, valorizando a dignidade da pessoa humana e a personalidade jurídica individual, apontando direitos sem os quais o ser humano não pode se autodeterminar plena e livremente.

Neste sentido, o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos), firmado em Roma em 04 de novembro de 1950, disciplina no art. 2º a proteção do direito da pessoa à vida, e no art. 8º manifesta uma clara intenção de proteger os direitos da personalidade³³. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, firmado em Nova York, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, reconheceu expressamente o direito à vida no art. 6º, a liberdade e segurança no art. 9º, o direito à personalidade jurídica no art. 16 e o direito à vida privada no art. 17.³⁴ Nesta linha, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), realizada em Costa Rica entre 7 a 22 de novembro de 1969, assegurou a toda pessoa o reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º), à vida (art. 4º), à integridade pessoal (art. 5º), à liberdade pessoal (art. 7º), à honra e à dignidade (art. 11), o direito de resposta e retificação (art. 14) e o direito ao nome (art. 18).³⁵

³² Preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,” [...] “Art. 6º: Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei. [...] Art. 12. Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. [...] Art. 19. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

³³ “Art 2º. **Direito à vida.** 1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei. 2º. 2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário: a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; b) Para efetuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente; c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição. [...] Art. 8º. **Direito ao respeito pela vida privada e familiar.** 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

³⁴ Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992: “Art.6º. 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida; [...] Artículo 9º. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e a segurança pessoais. [...]; Art. 16. Toda pessoa terá direito, em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. [...]; Art. 17. 1. Ninguém poderá ser objeto de ingerência arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.”

³⁵ Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992: “Art. 3º. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.; Artículo 4º. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.; [...]; Art. 5. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente

Importa perceber que em sua maioria os textos internacionais se referem de forma direta aos direitos humanos e, de modo indireto, (em termos estritamente formais) aos direitos da personalidade, interpretados, usualmente, a partir da proteção dada à inviolabilidade pessoal. O argumento defendido neste trabalho é que a intenção destas declarações internacionais é garantir a inviolabilidade pessoal, tanto física como moral, enumerando alguns direitos humanos para tal fim. Sem embargo, não se pode ignorar que vários destes direitos humanos coincidem com os direitos da personalidade, dentro dos quais está inserto o direito à própria imagem. É forçoso notar que ditos textos universais não tutelam especificamente o direito à própria imagem, no entanto ao analisá-los desde uma perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, que é a que há de se aplicar quando se estuda um direito fundamental, comprova-se que tal direito, inexoravelmente, está também protegido por tais declarações supranacionais.

Partindo desta ideia, direito à própria imagem obteve expressa consagração neste movimento constitucional democrático com a proclamação da Constituição Portuguesa de 1976 (revisada em 1982)³⁶ e da Espanhola de 1978,³⁷ países que influenciaram sobremaneira o texto constitucional brasileiro de 1988. A partir da formalização constitucional direito à própria imagem nestes países, surgiram leis para regular o uso da imagem da pessoa humana (algumas de modo genérico), com o fim de conferir eficácia ao dispositivo constitucional. Não obstante, a interpretação desta legislação não está no objetivo deste escrito, de modo que por agora cabe estabelecer um conceito inicial do direito objeto desta investigação.

2 UM CONCEITO INICIAL

Com a leitura do tópico antecedente é imperioso convergir que a necessidade de proteção contra a arbitrária difusão da imagem deriva de uma exigência individual, segundo a qual a pessoa deve ser o sujeito que consinta a possibilidade de representar graficamente sua própria imagem. O sentido da própria individualidade cria duas perspectivas na configuração jurídica de tal direito: por um lado, uma de exigência de circunscrição, de reserva, de exclusão; e, de outro, estabelece a autonomia jurídica individual e a autodeterminação do indivíduo para se projetar socialmente. A primeira garante a exclusão dos demais deste âmbito individual, protegendo, pois, a inviolabilidade pessoal. Com a segunda se assegura a exteriorização da liberdade do indivíduo nas relações

ao ser humano [...]; Art. 7. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. [...]; Artículo 11. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrarias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas [...]; Art. 14. 1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial. Art. 18. Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.”

³⁶ É relevante mencionar que antes da proclamação da Constituição de Portugal de 1976, o Código Civil de 1966 já previa a proteção ao direito à própria imagem.

³⁷ Junto com a da Peruana de 1979 (e na de 1993).

sociais: o direito à própria imagem emerge, nesta linha, como uma expressão concretizada da autonomia pessoal. Configura-se, desta forma, uma realidade jurídica na que a imagem se afirma como um bem jurídico eminentemente pessoal no plano teleológico e no material-axiológico, com estrutura de direito fundamental, que reserva à pessoa uma posição de domínio sobre uma característica pessoal. Ao titular lhe assiste o direito exclusivo de determinar quem pode representar, gravar, registrar, utilizar ou divulgar sua imagem (ANDRADE, 1996, p. 132). Ambas perspectivas se incluem no valor da dignidade da pessoa humana e se entroncam com a proteção constitucional dos direitos fundamentais. Com efeito, transita sobre estas duas ideias, no essencial, o conceito do direito fundamental à própria imagem.

Não obstante, antes de oferecer um conceito, é oportuno proceder uma importante prévia distinção: de uma lado está o conceito de imagem e de outro o conceito do direito à própria imagem. Parece simples e óbvia esta diferenciação, mas se torna relevante quando se aborda a delimitação do objeto deste direito e suas consequências jurídicas. Ruiz y Tomás (1931), após enunciar uma série de concepções de imagem existentes, sustenta que a imagem seria, pois, toda expressão que faça sensível um objeto carente, em si mesmo, de suscetibilidade para se manifestar, o bem o meio pelo qual uma coisa se destaca no ambiente externo com mais força da que antes tinha. Vem a ser, em geral, sinônima de figura, representação, semelhança ou aparência de um objeto.³⁸

Neste sentido, convém colacionar o significado da palavra *imagem*. Do latim *imago*, *imaginis*, é “figura, representação, semelhança e aparência de uma coisa” e “reprodução da figura de um objeto pela combinação dos raios de luz”. Estas concepções transcritas mostram o que a palavra imagem pode compreender, é dizer, que pode ser referir a qualquer imagem, seja de uma coisa seja de uma pessoa.

Sem embargo, cabe precisar que a imagem objeto deste trabalho se concebe como uma *representação*, uma plasmação dos traços essenciais do aspecto físico externo da *pessoa humana*. A imagem/direito fundamental que se está estudando se refere à individualidade e à capacidade visual-comunicativa que integra a dignidade pessoal própria do ser humano (AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 22). Desta definição inicial já se excluí qualquer outra obra, figura ou representação que não se conecte com a pessoa humana

Feita esta delimitação, é iniludível concluir como adequado o raciocínio de Royo Jara (1987, p. 25-29) que enumera os elementos que se protegem juridicamente quando se fala do direito à própria imagem: a obra figurativa, produzida por meios tradicionais como a pintura, a escultura, o desenho; a imagem transmitida por meios mecânicos - litografia, gravação, etc. -; químicos, como a fotografia ou o cinema; ou eletrônicos - televisão, vídeo -; que *represente* ou *reproduza* de uma forma *visível e reconhecível* os traços, em definitivo, a *figura de uma pessoa humana*. O mesmo autor explica que se deve entender a *representação* como a obra figurativa que substitui a realidade. A *reprodução* significa a cópia em um ou em varios exemplares. Há quem defenda outra distinção, afirmando que a fixação da figura humana por meio da pintura, da escultura, do desenho, seria uma representação da imagem, enquanto que seria uma reprodução a feita pela fotografia, pelo vídeo, pela televisão (PASCUAL MEDRANO, 2003, p. 63).

³⁸ Ruiz y Tomás (1931, p. 46) advierte que “*Se habla de la imagen en el orden físico, en el fisiológico, en el psicológico, en el psicológico patológico, en el filosófico, en el retórico, en el pedagógico y en el religioso, pero a nosotros exclusivamente nos incumbe examinarla en el estudio del Derecho.*”

Nada obstante, é de se ressaltar que o que a tutela estatal protege é a *representação*, a *manifestação* e não a imagem humana em si.³⁹ Normalmente, não se pode evitar nos Estados Democráticos de Direito⁴⁰ que terceiros conheçam nossa imagem, pois o ser humano, dado seu caráter social, necessariamente tem de se relacionar com os demais.⁴¹ O único meio de proteção da imagem em si mesma considerada, dentro deste contexto, seria o completo isolamento ou o uso de indumentárias, roupas e utensílios que impossibilitassem este conhecimento. Por isso, insiste-se, a imagem, para os efeitos da proteção jurídica, é a *representação gráfica do aspecto físico externo da figura de uma pessoa humana*.

Outrossim, a representação gráfica do aspecto físico externo da figura da pessoa humana deve ser *visível e reconhecível* (GITRAMA GONZÁLEZ, 1962, p. 305), isto é, que o sujeito deve ser visto e possa ser reconhecido. Sem esta peculiaridade, não se poderia configurar o conceito de imagem no sentido aqui aludido. Pode não haver unanimidade sobre o questionamento de que o conceito de imagem se reduz à *representação sensível visual do aspecto físico externo da figura da pessoa humana*, mas é verdade que a imagem, em primeiro lugar, se refere a uma forma ou aparência *visível* (AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 25).

Além disso, se é impossível reconhecer uma pessoa concreta, sem a necessidade da intervenção de procedimentos técnicos ou periciais, esta imagem não resulta significativa para a tutela jurídica de tal direito individual. Em outras palavras: se se trata de uma imagem irreconhecível, não se está ante à *própria imagem*, carecendo, portanto, do objeto específico de tal direito (PASCUAL MEDRANO, 2003, p. 65-66). Com efeito, só se pode falar de imagem, como objeto de proteção jurídica, quando se consegue perceber os traços particulares individualizadores de uma pessoa humana, os que possibilitam a representação gráfica visível do aspecto físico externo de sua figura. Por tanto, a representação de uma imagem não reconhecível é lícita.

³⁹ Vercellone (apud GITRAMA GONZÁLEZ, 1962, p. 304): “*Existe la persona con sus rasgos, su fisonomía, sus dimensiones. Esta persona, es decir, su cuerpo, como todos los cuerpos materiales expuestos a la luz, puede ser visto, suscitar en los órganos visuales de otra persona una sensación que naturalmente será distinta cada vez, según la luz existente, el ángulo visual; esto es, según la relación entre la posición del cuerpo visto y el de la persona que se ve; según en fin, el modo de ver de esta última persona. Por consiguiente, no se puede decir que exista la imagen de una persona, sino un indefinido número de imágenes todas referidas al mismo cuerpo, tantas imágenes distintas para cada cuerpo cuantas veces ese cuerpo haya sido o sea vista en el futuro por otras personas. Pero, en realidad, tales imágenes no son sino la sensación visual que produce un cuerpo en un momento determinado en los órganos ópticos de otro cuerpo. Mi imagen no es sino la sensación virtual que mi cuerpo produce en el cuerpo de otro; es decir, en sustancia, un estado sensorial momentáneo de un organismo ajeno al mío. Ahora bien; no es correcto hablar de la existencia autónoma de una sensación, al menos en plano jurídico, y, por tanto, es inconcebible la existencia de un derecho sobre ella. Y aun más incorrecto en todo caso resulta decir que sobre la sensación de otro organismo puedo yo pretender derecho alguno. Aun adoptando los posesivos con un significado no técnico- jurídico, la sensación es suya, no mía, aunque sea mío el cuerpo que se la ha producido*”. Nota-se que aqui o autor faz referência à imagem em si e não à *representação* da imagem.

⁴⁰ É necessário explanar que neste se examina o conceito do direito à própria imagem nas sociedades políticas democráticas, que respeitam os direitos fundamentais e o valor da dignidade da pessoa humana. Não se negligencia a existência de exemplos de outros países nos quais se pode sim evitar que se conheça a imagem de uma pessoa, como é o caso do uso obrigatório para as mulheres da *burqa*, ou meios/roupas que lhes impedem mostrar seus traços pessoais.

⁴¹ Já dizia Kholer (1979, p. 53) que toda pessoa tem de suportar que se fale dela, pois toda pessoa cai, de um modo ou de outro, na publicidade; seja por seus negócios, seja por sua profissão, por sua função, por sua obra literária, pois ninguém ingressa na vida jurídica livre de conflitos.

Nada obstante, a utilização de uma imagem de uma pessoa tampouco se torna ilícita se, sendo a imagem anônima, o sujeito possa ser reconhecido, mas *não individualizado*. Em outras palavras: o sujeito representado pode ser reconhecível por um número limitado de pessoas, mas sua imagem não tem relevância no conteúdo que o *totum* da publicação (divulgação) quer emitir. Neste caso a imagem do sujeito se perde, se (di)fundem entre outras com as que forma um todo; isto é, é uma *imagem acessória*. Alude a imagem acessória a fatos ou acontecimentos que são de interesse público ou social e, de forma análoga, será lícita a publicação de imagens das pessoas que se captam durante o desenvolver do fato (ESTRADA ALONSO, 1990, p. 347-364). Seguramente, seria impossível requerer o consentimento de todas e cada uma das pessoas que assistem a um ato ou acontecimento público ou socialmente relevante, pois, por conseguinte, ao participar de tal fato, devem estar conscientes que sua imagem pode aparecer de forma acessória.

Contudo, o que não pode ocorrer, neste caso, é que a imagem da pessoa se converta na protagonista da fotografia, pois assim deixaria de ser *acessória*. Para ilustrar tal postura, é pertinente se referir a um bom exemplo citado por Urías Martínez (2003, p. 148): a imagem de uma manifestação ou de uma partida de futebol que uma empresa utilize com fins publicitários não se considera vulneração do direito à própria imagem de todas as pessoas cujos rostos sejam reconhecíveis, na medida em que o benefício não se possa vincular à imagem concreta e individual de nenhuma dessas pessoas, senão ao acontecimento em si.

Estes são, em suma, os traços indevassáveis da configuração jurídico-constitucional do direito à própria imagem: um direito da personalidade que tutela a imagem da pessoa humana singular, visível, reconhecível e individual. A proteção estatal dada à imagem humana está inevitavelmente vinculada ao valor individualizador que tal bem da personalidade evoca. A imagem *individualiza*; pois mediante ela se considera a pessoa em si mesma, determina-se alguém concreto, irrepetível, diferente e diferenciável de todos os demais seres humanos, o que expressa sua necessária individualidade no entorno social. A imagem também há de ter um efeito capaz de *reconhecer* a pessoa, pois além da exigência individual da individuação, a imagem intervém como um elemento ainda mais especificador e permite saber a quem corresponde a representação gráfica do aspecto físico externo da figura humana em forma visível (CASTRO, 2002; TRABUCO, 2001, p. 389-459).

Neste tom, insta delimitar que é a *figura humana* que se refere à pessoa natural ou física, em *forma visível*, é dizer, que se possa ver, e há de se ter em conta a cognoscibilidade, ou seja, que não se tenha dúvida sobre o parecido com o original (ROYO JARA, 1987, p.25-29). Recai, portanto, na *imagem* o que se protege é a representação gráfica do aspecto físico externo visível e reconhecível da *figura humana*.

Sem embargo, a autora Patrícia Almeida Torres observa que a grande maioria das empresas tem uma sede social, donde se estabelece e desenvolve seus fins, e conclui que as empresas são conhecidas por tal sede. Acrescenta que graças a este elemento identificador se poderia reconhecer juridicamente a existência da imagem da *pessoa jurídica*:

(...) num sentido amplo e menos técnico, pode-se cogitar a extensão da tutela jurídica da imagem à pessoa jurídica, nesses casos em que a publicação da fotografia da sede da empresa seria o suficiente para que ocorresse a sua identificação (...) não seria esta imagem da pessoa jurídica um bem jurídico autônomo, capaz de ser considerado categoria jurídica destacada das demais, dotado de objeto próprio, mas sim um elemento a ser juridicamente protegido. Porém, essa proteção dar-se-

-ia de forma a que a violação da imagem fosse abrangida pelos outros institutos, como o direito ao nome e à honra da pessoa jurídica, em conformidade com a situação fática em que se concretizou a lesão. (TORRES, 1998, p. 128).

Por seu turno, Affornalli (2003) expôs as polêmicas doutrinárias sobre o tema e, citando a teoria de Torres (1998), sustenta que é impossível admitir a existência de um direito à própria imagem da pessoa jurídica, porque se trata de um ente abstrato desprovido de figura, pois lhe falta o suporte material para que possa se estender a ela tal direito. Ademais, observa que não se concebe que este pretendido direito exista de maneira autônoma frente ao direito ao nome comercial.

Ao meu juízo, o direito à própria imagem não é predicável às pessoas jurídicas. A própria autora Torres (1998) quando propõe esta tese não admite uma configuração autônoma de tal imagem das pessoas jurídicas, indicando que sua proteção estaria situada em outros bens jurídicos. Com a devida vênia, a hipótese de que a sede da empresa pode ser equiparada à imagem das pessoas humanas carece de lógica, dada a possibilidade de que o empresário extinga a pessoa jurídica e crie outra na mesma sede, aproveitando *in totum* o estabelecimento físico da antiga. Pode ocorrer também que a empresa opte por outras cores, que remodele sua sede com outra arquitetura o que mude a direção de domicílio, desfigurando por completo sua suposta “imagem”. Isso se difere visceralmente da imagem das pessoas humanas, que surgem no mundo do Direito revestidas de uma figura que integra naturalmente a personalidade. Ainda que entre a imagem tutelável e aquela que se teve ao nascer possa não haver qualquer similitude, isto é, ainda que de modo natural ou voluntário se mudem radicalmente as expressões, ou evocações pessoais do aspecto físico externo, a individualidade, a dignidade humana, nunca se verá afetada com tais mudanças corporais, e é por esta razão que a imagem humana seguirá sendo um bem jurídico inerente à *pessoa humana*.

As pessoas jurídicas ou morais, dada sua arraigada *artificialidade*, não tem existência corporal, são *fungíveis*, carecem de figura, de fisionomia, dessa parte que integra inexoravelmente a dignidade humana (ROYO JARA, 1987, p. 26). Em que pese existir a possibilidade de atribuição de alguns direitos da personalidade às pessoas jurídicas, tal extensão resulta inviável quando se trata do direito à própria imagem, cujo conteúdo é racionalmente atribuível unicamente às pessoas físicas.⁴² Protege-se a imagem neste sentido, pois, é indissociável à pessoa humana, de modo que a

⁴² Em Portugal, a corrente doutrinária dominante afirma que as pessoas jurídicas sim podem ser titulares de direitos da personalidade, sempre e quando haja compatibilidade da titularidade com sua natureza específica. Em Portugal há previsão constitucional expressa na *Parte I (Direitos e deveres fundamentais), Título I (Princípios gerais)*, art. 12: “(Princípio da universalidade) 1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição. 2. *As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza*”. Neste sentido: Capelo de Souza (1995, p. 595-602); Mota Pinto (2000, p. 61-83; 1993, p. 479 e ss); Miranda e Medeiros (2005, p. 284) e Canotilho; Moreira (2007, p. 122 e ss). Contra: José de Oliveira Ascensão (1997, p. 230-231).

No Brasil vige o argumento de que as pessoas jurídicas podem ser titulares de direitos da personalidade, sempre e quando sejam compatíveis com a essência destes. O art. 52 do Código Civil disciplina que “*Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade*”. É conveniente citar, igualmente a *Súmula nº 277*, do Superior Tribunal de Justiça: “*A pessoa jurídica pode sofrer dano moral*”. Neste sentido Beltrão (2005); Szaniawski (2005); Bittar (1991, 1994, 2004); Cahali (2011); Cavalieri Filho (1996); Gusso (2000); Santos (2001); Severo (1996).

tutela da pessoa jurídica e seus símbolos representativos estariam inseridos no direito de marcas e patentes, ou até mesmo no direito empresarial.⁴³

Efetivamente, o raciocínio aplicado para rechaçar a hipótese da imagem da pessoa jurídica guarda conexão com o sentido que se emprega este conceito inicial de imagem, o qual não inclui qualquer mediação *metafórico-fictícia*. Apesar da polissemia da palavra *imagem*, ao se falar do direito à própria imagem, há de se empregar a acepção técnico-jurídica do vocábulo, que alude à representação ou reprodução gráfica do aspecto físico externo da figura humana em forma visível e reconhecível⁴⁴. A imagem humana como objeto de proteção jurídica não requer uma *mediação intelecto-figurativa*, pois é imprescindível haver uma relação *visual* imediata entre o modo da representação e o que está graficamente representado (GITRAMA GONZÁLEZ, 1962, p. 304; ROYO JARA, 1987, p. 26; AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 25-26). Não se pode, por exemplo, inserir neste conceito jurídico de imagem a consideração que de uma pessoa se tem no círculo social, econômico e político ao que pertence (CREVILLÉN SÁNCHEZ, 1995, p. 94; TRABUCO, 2001, p. 389-459). A imagem que tem em conta tal direito não é a “imagem social”, a reputação, a fama, que são objeto de proteção do *direito à honra* (PASCUAL MEDRANO, 2003, p. 63).

Neste contexto, é que se afirma que a imagem protegida pelo Direito é a representação gráfica do aspecto físico externo da figura da pessoa humana e se sustenta que não tem sentido jurídico a imagem que se aceita também em *conhecimento vulgar/senso comum*, consistente na opinião que se tem de uma pessoa (O’CALLAGHAN MUÑOZ, 1992, p. 543-625). É verdade que na linguagem cotidiana a imagem tem duas acepções: pode se referir tanto à representação gráfica do aspecto físico externo, como à consideração (senti)mental que causa algo nas demais pessoas. Neste último sentido a palavra “imagem” se equivale à honra, à boa ou má reputação, e, portanto, a autonomia do direito à própria imagem só permite que este bem da personalidade seja entendido como o *aspecto físico externo* da pessoa humana. Concebe-se, pois, a imagem como toda evocação singular de uma pessoa referida ao seu aspecto físico externo, com a independência do formato em que se apresente.

Configuradas as linhas do conceito inicial de imagem protegido pelo Direito, é pertinente pontuar que não sem razão Azurmendi Adárraga (1997), quando alude à questão terminológica, considera que é melhor adequada a expressão “direito à própria imagem”, pois evoca as ideias de *individualidade* e *reconhecimento* como determinantes da realidade jurídica da imagem humana, posto que o direito só atua se a representação visível de uma figura humana possa se atribuir a um sujeito concreto. De outro lado, quando se fala “direito à imagem” *in genere* - e no mesmo sentido “direito de imagem” -, o âmbito de aplicação de tal direito seria demasiado amplo e se estenderia a outras diversas formas externas de referencia à personalidade. Urge convergir que se poderia definir este conceito inicial do direito à própria imagem como a *proteção jurídica que se outorga à*

⁴³ Cf. Carrillo (1993) e Herrero-Tejedor (1994, p. 72). O autor afirma que “[...] *no parecen existir obstáculos insalvables para configurar a las personas jurídicas como titulares del derecho al honor, al nombre y a ciertas parcelas de la intimidad personal, mientras que su naturaleza resulta incompatible con el derecho a la propia imagen y a la intimidad familiar.*”

⁴⁴ Gitrama González (1988, p. 204-205) afirma: “*Reparemos, ante todo, en la actual polisemia o, si se quiere, anfibología del vocablo IMAGEN. Abarca representaciones plásticas o iconográficas (pinturas, dibujo, escultura, fotografía, cine, etc.) a las representaciones o “imaginaciones” psicosociológicas en cuyo sentido se habla de “tener buena imagen” con alusión a fotogenia y sobre todo a prestigio, “vis atractiva” [...] campo abonado por los llamados <asesores de imagen>.*”

representação gráfica que se faz, por qualquer meio (tradicional, mecânico, químico, eletrônico) das evocações e/ou expressões visíveis do aspecto físico externo que lhe conferem singularidade (individualidade) e convertem reconhecível a figura da pessoa humana.

Não obstante este conceito inicial, e como aclara Pascual Quintana (apud Herce De La Prada, 1994), o direito à própria imagem adquiriu paulatinamente uma grande relevância até o ponto de se debater a natureza de cada representação singular da imagem humana. Os mercados informativo e publicitário encontraram na imagem um excelente meio de transmissão de ideias e oportunidades. A vertiginosa inserção da televisão nos lares, e agora a *Internet*, favoreceu a consolidação deste fenômeno convertendo a imagem em um dos mais destacados instrumentos de comunicação social.

De fato, é irrefutável perceber que a imagem galgou um valor publicitário na sociedade contemporânea, não só como um interesse informativo, senão também comercial. A informação representa, como adverte Ruiz Miguel (1995), um valor de inegável importância na sociedade capitalista, pois, em um primeiro momento, o capitalismo pretende que o Estado mensure seus recursos disponíveis e suas bases imponíveis; em segundo lugar, calcula os efeitos multiplicadores de seu investimento; e na terceira fase, quando quer dar vazão às grandes massas de bens acumulados, o poder e o capital necessitam da participação dos consumidores (e votantes). Não sem razão o citado Ruiz Miguel (1995) suscita esta questão, pois a publicidade nasceu pelas exigências das Revoluções Industriais, que possibilitaram a produção em massa e que requereram, por conseguinte, novos mercados, de tal forma que a publicidade se uniu intrinsecamente à atividade empresarial.⁴⁵

Neste contexto, e ante esta realidade, traça-se um paralelo entre o mercado econômico e o mercado político. O cidadão seria o consumidor que elegeria dentro dos diferentes partidos e opções políticas: *o mercado das ideias*.⁴⁶ A oferta mais solicitada “venceria” o jogo mercadológico. A explicação para tal analogia descansa no fato de que para uma decisão racional, o consumidor-votante necessita do maior volume de informação possível. Trata-se, portanto, de saber quais são os desejos dos cidadãos-consumidores e como se edificam seus processos de identificação pré-consciente. Neste tipo de informação atua, incisivamente, a publicidade. A informação, por sua vez, compõe o pilar da democracia e consiste em conformar a opinião pública.⁴⁷ A sociedade democrática exige para seu pleno e eficaz desenvolvimento que se ofereça mais liberdade à informação. Isso se justifica porque para que o indivíduo possa tomar decisões mais racionais é necessário que conte com a maior informação possível e, dado este contexto, vinculam-se a democracia e a publicidade informativa.

Ruiz Miguel (1995, p. 36) menciona que os autores como Posner e Stigler partem de uma aplicação do modelo de mercado para este estudo. É um fato, a seu juízo, que as relações sociais

⁴⁵ Ruiz Miguel (1995, p. 34-35) acrescenta que a velocidade e a quantidade do excesso de informação pode ocasionar uma asfixia informativa, obstando uma valoração pelo indivíduo. A saturação informativa produz uma imobilização do sujeito que se faz incapaz de responder racionalmente a tantos estímulos. Para tal ato, pondera-se que o indivíduo necessita de um resguardo suficiente que lhe permita filtrar o fluxo informativo, considerar as alternativas e possíveis consequências, resultando em uma atuação mais racional

⁴⁶ *Vid.* Coderch (1990).

⁴⁷ É coerente o raciocínio de Saiz Valdivielso (2002, p. 1911-1927) que admite não ser fácil expressar em termos exatos o que significa opinião pública. Não obstante, pondera que a ideia de opinião pública está ligada aos efeitos sociais da comunicação massiva.

se baseiam na informação que os coassociados têm de aqueles com quem entram em relação (profissional, política, comercial). A intenção de estabelecer âmbitos de confidencialidade supõe uma busca de trato indiscriminado. Supõe-se que os demais atribuiriam um valor distinto às prestações esperadas de cada um dos outros em função, entre outras coisas, da história pessoal, pois no mercado é necessário saber o que se compra e o que se vende.

Nesta linha, convém matizar o atual e crescente predomínio da *informação visual* sobre a escrita-verbal. Tal fato se justifica porque a *informação visual* chega à sensibilidade crítica sem obedecer, necessariamente, às inflexões do raciocínio. Os efeitos da informação visual, em um primeiro momento, são indiferentes às capacidades intelectuais e culturais do sujeito receptor. Dadas estas características, esta progressiva substituição do verbal pelo visual pode levar a acentuar os traços de sentimentalidade na mensagem que se quer empregar e, via de conseqüência, proporcionar o descenso e o demérito da racionalidade crítica. Deste esta perspectiva, o predomínio da expressão e da informação visual sobre a verbal tomou um agressivo espaço na publicidade das ideias e dos produtos. Aqui reside a importância do valor publicitário da imagem, pois seu caráter *visual-sensitivo* a situa no vértice da informação contemporânea, configurando-se, portanto, um verdadeiro *mercado das imagens*.

Com o avanço tecnológico, os novos meios de informação e de comunicação permitem um mais fácil, rápido e abundante acesso à informação de todo gênero, de modo que um de seus principais caminhos para este labor é a divulgação da imagem dos fatos e das pessoas. Efetivamente, o acelerado desenvolvimento da publicidade, presente atualmente em todas as atividades nas que confluem a comunicação e os entes sociais (públicos ou privados), incrementou e fomentou a generalização do uso comercial da imagem humana. Nesta linha, especificamente a publicidade comercial privada, nota-se a habitualidade da utilização de modelos, atores, atrizes, desportistas, artistas em geral para que façam de sua imagem um objeto de atenção e apresentação de produtos, com uma finalidade eminentemente persuasiva. E este uso da imagem das pessoas destinado a tal finalidade impulsionou contornos mercantis para que se efetuasse a transmissão da informação publicitária. Por isso, outro ponto a ser sublinhado neste estudo é a vertente patrimonial que se incluiu no conceito do direito à própria imagem.

De fato, esta utilidade da imagem impõe que sua proteção jurídica se desenvolva em dois âmbitos distintos: um positivo (faculdade de aproveitamento de uma imagem concreta) e outro negativo (faculdade de exclusão, direito abstrato) (O'CALLAGHAN MUÑOZ, 1993, p. 194). O primeiro é o direito a permitir a obtenção, a reprodução e a publicação e o segundo é o direito de excluir a possibilidade da obtenção, da reprodução e da publicação do aspecto físico externo visível e reconhecível da figura da pessoa humana por um terceiro que carece do consentimento do titular. A convergência destes dois conteúdos/proteções da imagen se percebe claramente na doutrina de Estrada Alonso (1990, p. 347-364), que defende que tal direito é a faculdade que o ordenamento jurídico concede à pessoa para decidir quando, por quem e de qual forma podem ser captadas, reproduzidas ou publicadas suas evocações fisionômicas reconhecíveis. O conteúdo negativo do direito à própria imagen, portanto, seria a faculdade de excluir a possibilidade de obtenção, reprodução, publicação por fotografia, filme ou qualquer outro procedimento, e, por outro lado, o conteúdo positivo, é dizer, a possibilidade de desfrute da evocação da figura da pessoa humana, seria o direito a que se negocie uma imagem concreta, mas que seja usada com o exclusivo consentimento de seu titular.

Observa-se, deste modo, que no aspecto positivo existe um matiz de publicidade comercial que atribui a titularidade exclusiva do direito a permitir o exercício das faculdades de exploração econômica da imagem concreta (frise-se: a *representação gráfica* da figura humana, nunca a imagem humana como tal), por meio de contrato, por tempo determinado, em que cada utilização se condicione à permissão de seu titular. O direito ao valor publicitário/comercial da imagem seria, pois, o direito de toda pessoa a controlar o uso comercial da própria imagem e a obter proveito econômico dos valores publicitários que haja criado ou obtido desta. Esta vertente comercial, explica Amat Llari (1992, p. 4), inclui-se no *right to publicity* estadunidense e nos países que seguem esta linha doutrinária. Este direito se potencializou quando as pessoas famosas começaram a reclamar de vulnerações em seu *right to privacy* pelo uso de seu nome ou imagem com fins mercantis. A dificuldade de reconhecer a incidência do *right to privacy* nestes casos motivou que os tribunais ianques, a partir dos anos 50, reconheceram o direito das pessoas famosas a ser ressarcidas pelo uso comercial não consentido de seus nomes e imagens (BARNETT, 2000, p. 1229-1230).

Nos sistemas que adotam o *right to publicity*,⁴⁸ que pode ser concebido como o *direito à exploração exclusiva dos signos característicos da personalidade com fins publicitários ou econômicos*, a doutrina discute sobre se se trata de um direito de propriedade em sentido estrito ou de uma propriedade especial sobre um bem imaterial (IGARTUA ARREGUI, 1991, p. 16). Esta última postura é a que logrou maiores adesões, já que permite reclamar indistintamente danos morais, patrimoniais ou ambos. Há, portanto, um sistema *dualista* nos Estados Unidos, que oferece duas tutelas alternativas e diferentes de acordo com a vulneração patrimonial ou moral do direito à própria imagem. A proteção da imagem estritamente moral é absorvida pelo *right to privacy* e a tutela da imagem “patrimonial” se defende por meio do *right to publicity*.

Com efeito, esta divisão bipartida da escola estadunidense propugnou diversos debates sobre o tema, tanto que os autores de muitos países ainda não têm claro qual fio condutor hão de seguir para o desenvolvimento jurídico do direito à própria imagem. Questiona-se com isso se se aceita o conceito bifronte ianque, que oferece uma versão nitidamente patrimonialista deste direito, ou se se opta por continuar o direito à própria imagem como um direito da personalidade, com características peculiares. Entende Igartua Arregui (1990, p. 322-324) que o que importa notar, seja qualquer teoria que se adote, é que existem duas situações jurídicas bem diferenciadas sobre a imagem, uma mais fundamentada em sua proteção e outra vocacionada para sua exploração. No seu sentir, se houvesse uma regulação distinta para essas duas vertentes se poderia definir qual regime jurídico dos direitos da personalidade seria aplicável nos casos de uma indevida utilização da imagem: a demanda pelo enriquecimento ilícito ou o caminho da responsabilidade civil. Ademais, enquanto direito de propriedade seria transmissível, ceder-se-ia com exclusividade, não surtindo todos os seus efeitos, *in casu*, a faculdade de revogação ou consentimento.

⁴⁸ López Mingo Tolmo (2005, p. 45-46) relata a corrente doutrinária que defende a ideia do *personal merchandising*. Explica que *merchandising* é a autorização que concede o titular de um direito - marca, propriedade intelectual ou da personalidade - a outro para a exploração do valor sugestivo desse direito, bem como meio publicitário, bem para sua utilização como marca a troca de uma contraprestação. Trata-se de um contrato no qual se paga um preço pela utilização de uso de um bem com opção para vender (*selling power*). O contrato de *merchandising* que se refere aos direitos da personalidade se denominaria, portanto, *personal merchandising*. Sem embargo, este autor não vê clara a diferença entre o direito patrimonial e o direito da personalidade.

De outro lado, há países que mantêm uma concepção *monista* de proteção, enquanto subsumem as diversas manifestações da imagem na categoria dos direitos da personalidade (COUTO GÁLVEZ; MARTÍN MUÑOZ; CORRIPIO GIL-DELGADO; 2005, p. 130). Vige uma ideia de imagem mais personalista, considerada como um atributo da personalidade que não pode ser realmente objeto de comércio, ainda que sim podem sê-lo as faculdades sobre a própria imagem “concretizada”, reproduzida com o consentimento do titular. Esta tendência doutrinal sustenta que a opinião de que a exploração comercial não desvirtua o caráter personalista, pois este influencia e delimita as condições de realização do aproveitamento econômico da imagem humana. Além do mais, advoga-se que é muito difícil separar os aspectos comerciais da dimensão moral da personalidade. Ainda que se faça uma confusa analogia com o direito à propriedade intelectual, o resultado alcançado não permitiria resolver adequadamente os problemas que justificam esta construção jurídica. Isso porque se se admite a inserção do *right to publicity* se fará uma enorme restrição das faculdades em sede de direitos de personalidade. A ideia que subjaz é que a imagem é, sobretudo, uma manifestação essencial da personalidade, e o fato de que se explore comercialmente não anula seu caráter personalista (AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 38).

Suscitado este controvertido debate, é forçoso deduzir que a proteção da imagem humana haverá sempre de ter em consideração a *sociedade* na qual o sistema jurídico se enquadra. Não é coerente, portanto, arriscar uma opinião ou opção por uma ou outra concepção - *monista* ou *dualista* - sem antes aludir de qual país se refere. Como este trabalho se presta a analisar as normas constitucionais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao meu juízo, é mais adequada a corrente *monista* dada a histórica influência personalista, centrado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF-88), que regeu a inclusão do direito à própria imagem no texto constitucional.

Ao teor do exposto, e considerando a atual intensidade que o uso comercial das representações gráficas da imagem humana adquiriu, tais ideias levam a conformar o conceito inicial do direito à própria imagem como *a faculdade de aproveitar (positiva) ou de excluir (negativa) a possibilidade da representação (a captação, a reprodução, a publicação) gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam (individualizam) e fazem reconhecível a figura da pessoa humana.*

3 DIGRESSÕES CONCEITUAIS

É certo que gravitam debates sobre o âmbito de proteção jurídica do direito à própria imagem, dada a imprecisão conceitual sobre o seu conteúdo. Apontava Ruiz y Tomás (1931, p. 48) que uma das primeiras digressões acerca da imagem se cinge a sua materialidade ou imaterialidade, isto é, se é um bem corpóreo ou não. Na Itália já se defendeu que a imagem seria um *quid* corpóreo e material que não resultava simplesmente de um sistema de cores, traços e sombras, senão um complexo de ossos, músculos, nervos de cuja particular disposição resulta a fisionomia. Sobre esta ideia, Ruiz y Tomás (1931) sustenta que verdadeiramente há na imagem um aspecto corpóreo e que é evidente que a envoltura do corpo deve participar da natureza deste. Sem embargo, admite que considera a imagem como um bem imaterial, e que os fatores imateriais dão a explicação da diferente substância da imagem com relação ao corpo.⁴⁹

Na realidade, a imagem que se está estudando não pode ser confundida com o corpo humano propriamente dito, pois a proteção ao corpo humano se tutela pela integridade física corporal. A imaterialidade da imagem se justifica pela *individualidade* e o *reconhecimento* que são imprescindíveis para sua configuração jurídica. A “materialidade” da imagem, protegida pelo Direito, é a possibilidade de obtenção, fixação, reprodução e difusão. Por isso que se afirma que o que se protege é a *representação gráfica* deste aspecto físico externo que torna reconhecível a figura da pessoa humana.

Na opinião de Azurmendi Adarraga (AZURMENDI ADARRAGA, 1997) quando se diz que a imagem humana é uma representação sensível, se está dizendo que a imagem não é uma abstração, senão uma entidade concreta que tem a qualidade de ser representada. Neste tom, Trabuco (2001, p. 400) observa que a imagem é a projeção do aspecto externo da pessoa, representando um traço da personalidade. A mensagem visual da imagem se realiza por intermédio da “representação material dos aspectos imateriais da personalidade”, sendo legítimo falar que não se confunde com a personalidade e é um dos veículos mais diretos de sua expressão (AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 20).

Contudo, é de se inferir que a afirmativa de que a imagem é uma comunicação que se realiza mediante a representação material dos *aspectos imateriais* da personalidade que tem a qualidade de ser captada pelos *sentidos* abre um campo muito amplo de interpretação sobre seu conceito. As expressões “aspectos imateriais da personalidade” e “os sentidos” podem levar a uma *mediação intelecto-sentimental* na configuração do direito à própria imagem, por incluir aspectos da figura humana *não visíveis*. Para que não parem dúvidas sobre esta controvérsia, é sobranceiramente mais adequado ponderar que a imagem é a representação gráfica *material* dos aspectos *visuais-cognitivos imateriais* da personalidade.

Discutiu-se, igualmente, se a imagem se reduz unicamente ao aspecto físico visual exterior da pessoa ou não. Em outras palavras: se se incluiu no conceito de imagem os gestos e as expressões dinâmicas da personalidade, não estando limitada, pois, às expressões faciais. Ruiz y

⁴⁹ Afirma Ruiz y Tomás (1931, p. 48) que Von Blume agita esta tese de que “[...] *la imagen de mi cuerpo no la poseo yo, sino mi espejo, la negativa fotográfica, el ojo que me mira. Por consiguiente, no se puede decir que sea parte de mi cuerpo, pero sí que éste, funcionando como reflector de la luz, coopera a la formación de la imagen.*”

Tomás (1931, p. 47) defende que o conteúdo da imagem não tem seu termo nas linhas da face, pois cabe a possibilidade de que a pessoa pode ser reconhecida por formas e detalhes das *outras partes do corpo*, concepção que se converteu em majoritária.⁵⁰

Adotando um enfoque mais patrimonialista, Igartua Arregui (1991, p. 23) assinala que nos Estados Unidos, no caso *Cohen vs. Herbal Concepts* (Inc. 63 N.Y.2d 379, 1984), decidiu-se que não era necessária uma representenação facial identificável para que se esteja ante o conceito de *portrait or picture*, de sorte se apreciou a responsabilidade por uso ilegítimo da imagem.⁵¹ O entendimento da jurisprudência estadunidense é o de que o que se protege é a *identidade* e que esta pode ser expressada de diferentes formas, sendo a representação facial tão somente uma destas (AMAT LLARI, 1992, p. 14). Em linhas gerais, o argumento principal é o de que não só a representação facial implica identificabilidade, já que se inclui também na proteção do *right to publicity* o reconhecimento por meio do contexto da publicação e o repertório de outras publicações ou o contexto sobre esta pessoa. Além disso, a corrente patrimonialista advoga que existe uma tendência de considerar identificado o personagem pela divulgação da imagem dos objetos que se associam normalmente a uma pessoa⁵². Em determinados casos, pode-se identificar o titular por meio de seu automóvel, de seu cachorro, de seu estilo de se mover, de uma frase, de sua biografia, de seu apelido, etc. (AMAT LLARI, 1992, p. 15).

Todavia, não basta por si somente a imagem do objeto para se falar em imagem da pessoa, mas se a pessoa figura na fotografia, ainda que não seja reconhecível diretamente, junto a estes objetos que lhe fazem reconhecível, individual e visível, sim se pode considerar o conjunto contextualizado como da imagem da pessoa. Os objetos, *in casu*, são de fato meros apoios para a identificação do sujeito. Aduz Igartua Arregui (1991) que muitos casos referentes à apropriação comercial da imagem indicam uma redução dos requisitos do reconhecimento para tal, pois há hipóteses em que para se invocar o *right to publicity* é despiciendo que o sujeito figure na fotografia junto com os objetos que lhe pertencem, bastando que tais objetos se utilizem no contexto “evo-

⁵⁰ Neste sentido conferir: Gitrama González (1962, p. 301-376), O’Callaghan Muñoz (1992, p. 543-625), Moraes (1972, p. 64-81), Cifuentes (1995, p. 506), Carrillo (1993, p. 74), Amatllari (1992), Igartua Arregui (1991), Alegre Martínez (1997), Pascual Medrano (2003), López Mingo Tolmo (2005, p. 23), Crevillén Sánchez (1995), Couto Gálvez et al. (2005), Diniz (2002, p.79-106), Affornalli (2003), Araújo (1996, 2003, 2006), Barbosa (1989), Bonjardim (2002), Berti (1993), Chaves (1972), Dias (2000), Duval (1988), Fachin (1999), Lima (2003), Sahm (2002) e Silva Junior (2002).

⁵¹ Igartua Arregui (1991) faz um estudo da jurisprudência dos Estados Unidos, onde se concentra o maior número de casos de apropriação dos signos identificativos da pessoa.

⁵² Desde outra perspectiva, Fernandez (2007, p. 215-236) analisa a jurisprudência e a legislação francesa e enumera vários casos nos que a tutela jurídica da imagem aparentemente serve para proteger as *coisas* do titular. A primeira hipótese seria a reprodução da imagem da coisa que afeta a vida privada de seu proprietário, de modo que a publicação da fotografia vulneraria a *vida privada* do titular pela revelação de fatos que tem o caráter de íntimos. A segunda se refere à reprodução da imagem da coisa que ofende a honra. A terceira é invocação da tutela jurídica quando a reprodução da imagem da coisa obsta seu uso ou desfrute pelo proprietário. É inexorável convergir que em nenhum dos exemplos oferecidos incide o direito à própria imagem *per se*, pois os casos ilustrados aludem à intimidade, à honra e à propriedade do titular, *não ao direito à própria imagem das coisas*. Esta é a linha comum encontrada em todas as hipóteses. O artigo se centra, exclusivamente, na conexão do direito à própria imagem com outros direitos, não em sua reconhecida autonomia. Em sentido diametralmente contrário, e acertado, Royo Jara (1987, p. 26) exclui a imagem das coisas da proteção jurídica que oferece tal direito, pois o proprietário de um bem (móvel ou imóvel) não pode impedir que a imagem deste bem seja captada, a não ser que esteja esta em um ambiente privado. Não existe um direito de proteção à imagem das coisas, como extensão do direito à própria imagem. Estas duas tutelas são distintas e protegíveis por direitos distintos.

cador” do sujeito que se pretende representar (IGARTUA ARREGUI, 1991, p. 26-27). Nesta conjectura, é imprescindível que terceiros reconheçam o titular da imagem para que se avalie se houve ou não vulneração do direito à própria imagem. Se se está diante da representação das partes do corpo humano, na qual se reflete uma característica especial ou única, e se realmente se trata de um signo distintivo especial, se usualmente se configura uma forma de identificação suficiente.⁵³

Com efeito, cabe inferir que por via do *right to publicity* se protege a pessoa frente a todo gênero de intromissões que permitam reconhecê-la, ainda que não se utilizem os traços essenciais de sua *figura humana*, pois basta o uso associativo com o efetivo reconhecimento desta. A proteção do *right to publicity* contempla quatro categorias de usos identificativos: a) os que facilitam um *reconhecimento direto* da pessoa; b) os que permitem um *reconhecimento indireto ou ajudado*, que há de se diferenciar entre: b.1) os casos de *ajuda direta à identificação*, quando junto a uma imagem não reconhecível imediata aparecem objetos que facilitam a identificação pelo público, b.2) os casos de *ajuda indireta à identificação*, quando a imagem da pessoa não aparece, mas o público associa a publicidade devido à exibição de objetos que lhe são muito próximos e conformam um contexto “evocador” do representado (COUTO GÁLVEZ et al., 2005, p. 112).

De fato, não se pode negligenciar o reconhecimento do valor publicitário da imagem. Atendendo, principalmente, os reclamos mercadológicos, a publicidade comercial adquiriu uma destacada relevância, o que fez que a jurisprudência estadunidense se preocupasse em tutelar com o *right to publicity* um maior número de evocações da pessoa humana, incluindo neste âmbito de proteção os objetos, sempre que indiquem o reconhecimento e confirmem singularidade e individualidade a um sujeito concreto. Não obstante, a configuração constitucional do direito à própria imagem no Brasil está conectada historicamente com o estudo dos sistemas constitucionais de Portugal e de Espanha, países que primam pela concepção mais personalista de tal direito. Poder-se-ia enquadrar a proteção de tais objetos evocadores da pessoa humana na tutela jurídica que confere a outros institutos, tais como sugere Royo Jara (1987) e Amat Llari (1992, p. 16), principalmente a legislação referente à propriedade intelectual e marcas.⁵⁴

Em que pese a exclusão das *coisas* vinculadas à pessoa, atendo-se às evocações dinâmicas que configuram juridicamente o direito à própria imagem, Moraes (1972a, p. 64) afirma que toda expressão formal e sensível da personalidade é imagem para o Direito. A ilação desta frase indica que se considera imagem tudo o que expresse a exteriorização da personalidade humana. Há uma notória abertura conceitual que permite a inserção da voz e do nome no direito à própria imagem.

⁵³ Igartua Arregui (1991) ressalta que McCarthy indica duas formas de identificação: 1) a identificação não ajudada: que significa a habilidade de identificar ao demandante vendo unicamente o uso da imagem que faz o demandado. Esta identificação se realiza mediante uma comparação mental entre a memória ou recordação que se tem de um sujeito e a imagem que constitui o uso do demandado; 2) identificação ajudada: significa que se é capaz de identificar ao demandante quando se vê simultaneamente este (ou uma de suas imagens) e a imagem usada pelo demandado. Sustenta que a prova de identificação deve ser diferente, segundo se trate da imagem de pessoas conhecidas ou não.

⁵⁴ Na Espanha se alude à Ley 17/2001, de 07 de dezembro, de Marcas, e ao Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Em Portugal, se citam como leis que regulam a matéria o “Código da Propriedade Industrial (CPI) - Decreto-Lei n. 36/2003, de 5 de março”, o “Código dos Direitos de autor e dos Direitos Conexos (CDADC) - Decreto-Lei n. 63/85, de 14 de março”. Os portugueses podem inclusive registrar uma marca através da página www.inpi.pt. No Brasil se invoca a “Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996 (Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial)” e a “Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências)”.

É usual que se incluam tais características pessoais no conteúdo da imagem, pois, observa o autor que estes bens jurídicos também são elementos identificadores (MORAES, 1972a, p. 65). Defende Moraes (1972a) a adoção, portanto, de uma posição flexível e aberta do conceito do direito à própria imagem.

Nesta direção, recorda Ruiz y Tomás (1931) que Del Vecchio em 1921 já outorgava proteção legal a tais direitos. Informa que na Alemanha se suscitou a aplicação, por analogia, das normas protetoras do nome, disciplinadas no Código Civil, ao direito à própria imagem. Obtempera Ruiz y Tomás (1931) que o nome, em um sentido amplo, tem por objetivo identificar de maneira certa um determinado indivíduo, e que, por este motivo, poder-se-ia comparar o nome à imagem, compreendidos, portanto, numa mesma tutela jurídica.⁵⁵

Em sentido oposto, Azurmendi Adarraga (1997) exclui a voz do conteúdo da imagem humana, pugnando que se trata de um mero instrumento de comunicação verbal e que é modificada de acordo com a situação e os fatos que o indivíduo pretende expressar verbalmente. Advoga que tanto a voz quanto a imagem constituem uma manifestação sensível da personalidade e são, simultaneamente, meio de comunicação e comunicação em si mesmas. Nas duas se distingue um aspecto material e um imaterial, além da aptidão de poderem ser gravadas, reproduzidas, propagadas, manipuladas, sobressaindo, pois, o potencial *patrimonial*. A autora entende que tampouco o nome está incluindo no conceito de imagem, porque se adstringe ao âmbito *intelectual-discursivo*, e a imagem se situa na cognição *visual-física-sensitiva*. Por estes peculiares e distintos conteúdos, elas também não de corresponder a distintas formas de proteção jurídica. Com a imagem, as características pessoais do sujeito individual são plasmadas de forma imediata, direta; entretanto, o nome segue um diferente processo, próximo à representação conceitual, pois a referência à personalidade concreta se produz como conclusão de uma atividade lógica interpretativa (AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 39-43).

Em Portugal, a tutela da voz é protegida pela Constituição desde que o “direito à palavra” foi introduzido no artigo 26.1 da CRP, na revisão de 1989. O direito ao nome e o direito ao pseudônimo estão positivados no Código Civil; respectivamente, nos artigos 72 e 74.⁵⁶ No ordenamento jurídico português existe, portanto, uma dissociação de tais bens jurídicos (voz e nome) da imagem, de modo que adquiriram formas e conceitos independentes.

⁵⁵ Ruiz y Tomás (1931, p. 65) menciona que a obra de Giorgio Del Vecchio é: “*Sui principi generali del diritto*”, S. Tipografico Modenese, 1921, Modena, n. 7, pág. 41. No mesmo sentido, ressalta que Fadda Y Bensa supõe que a imagem seria tutelável pelo direito ao corpo, enquanto que o nome seria a plasmação do direito sobre a própria pessoa em geral. Notícia que Ricca Barberis (“Sul contenuto del diritto al nombre e del diritto all’immagine”, Extracto de la Corte de Apelación. Ed. Lubrano, Napoli, 1905) defende uma tutela diferenciada e autônoma da imagem frente ao direito ao nome.

⁵⁶ Na Constituição Portuguesa de 1982: “Artigo 26º (Outros direitos pessoais) 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”. No Código Civil de 1966: “Artigo 72º (Direito ao nome) 1. Toda a pessoa tem direito a usar o seu nome, completo ou abreviado, e a opor-se a que outrem o use ilicitamente para sua identificação ou outros fins. 2. O titular do nome não pode, todavia, especialmente no exercício de uma actividade profissional, usá-lo de modo a prejudicar os interesses de quem tiver nome total ou parcialmente idêntico; nestes casos, o tribunal decretará as providências que, segundo juízos de equidade, melhor conciliem os interesses em conflito” e o “Artigo 74º (Pseudónimo): O pseudónimo, quando tenha notoriedade, goza da protecção conferida ao próprio nome.”

No Brasil, embora dentro do contexto do direito de autor, há uma proteção constitucional à voz no artigo 5º, inciso XXVIII, “a”. Quanto ao nome (pseudônimo), o Código Civil de 2002 dedicou-lhe os artigos 16, 17, 18 e 19.⁵⁷

Na Espanha, aponta Lopez Mingo Tolmo (2005, p.23) que merecem a proteção todas aquelas características corporais que podem ser “usadas” por terceiros, com qualquer finalidade e com as quais possa ser reconhecida uma pessoa concreta. Além do rosto, qualquer parte do corpo que por suas características peculiares serve identificar a pessoa a quem pertencem. Por outro lado, parece que a legislação espanhola⁵⁸ aceitou a abertura conceitual, consoante aduz O’Callaghan Muñoz (1992), de que a voz não é, certamente, uma imagem da pessoa, embora indubitavelmente tenha um valor individualizador. É, na verdade, uma especificação do direito à própria imagem em que há de ser incluída não somente a voz, como também a sua imitação. Também o *nome* tem um valor individualizador da pessoa, mas não está compreendido pelo conceito de imagem, apesar de que a *Ley Orgánica 1/1982* o inclui na proteção desta, ampliando atecnicamente seu conceito. Na mesma linha, Crevillén Sanchez admite que a aludida lei estende o conceito de imagem incluindo os aspectos que não cabem em seu sentido estrito, como são o nome e a voz.⁵⁹

Efetivamente, urge notar que não é técnico-jurídicamente consistente o argumento que inclui na mesma tutela jurídica a voz, o nome e a imagem. Tanto a voz como o nome, para que houvesse uma proteção jurídica eficaz, foram incluídos em um conceito aberto e impróprio do direito à própria imagem. Neste caso, o interesse juridicamente protegido é obviamente diverso; e se resolve, pura e simplesmente, no fato de que, tal como o *nome* constitui o pressuposto para a *identificação jurídica* do sujeito, a *voz* permite a *identificação áudio-sensitiva*, e a imagem constitui o pressuposto para o reconhecimento *visual-físico-sensitivo*. É claro que o nome e a voz não podem ser considerados estritamente como uma imagem, no entanto, a corrente que opta por este impróprio conceito amplo de imagem inclui, igualmente, os atributos mais característicos próprios e imediatos da pessoa. Esta linha é a que segue o Tribunal Constitucional espanhol na STC 117 de 25 de abril de 1994 (FJ3), quando proclama que: “[...] *el derecho a la propia imagen garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona.*”

⁵⁷ “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.”

⁵⁸ Art. 7.6 da *Ley Orgánica de 5 de Mayo de 1982*.

⁵⁹ No mesmo sentido: Verda Y Beamonte (2007). Alegre Martínez (1997, p. 85) opina que: “*Ciertamente, la voz no sería un elemento tan imprescindible como la imagen para la identificación de la persona (de hecho, si bien todas las personas tienen imagen, hay personas a las que no resulta posible hablar). Aún así, las personas sordomudas tendrían voz en sentido amplio, ya que su voz serían sus gestos. Con lo cual, la vinculación con el derecho a la propia imagen es aún más estrecha, ya que para oír a esa persona, es necesario ver, captar, sus gestos. (...) aunque el artículo 7.6 de la Ley Orgánica distingue entre voz e imagen, entendiéndola por tanto en sentido estricto, creemos que de una interpretación extensiva del art. 18.1 de la Constitución cabe deducir el derecho a la propia voz (...) protegería contra toda difusión in consentida de la voz, o contra manipulaciones técnicas de grabaciones, que hagan variar el sentido, la entonación o el contexto de las afirmaciones vertidas por el sujeto al que se graba.*”

De fato, pode se argumentar que este raciocínio induz a afirmar que o direito fundamental à própria imagem compreende a imagem *stricto sensu* que seria a representação gráfica da figura humana, mas também inclui a voz e o nome, embora fosse juridicamente desejável para distinguir o conteúdo do direito em cada caso (PASCUAL MEDRANO, 1993, p. 62-63). Esta concepção da imagem tangencia o conceito americano do *right to publicity*, que protege em sua essência, como exposto Igartua Arregui (1991) e Amat Llari (1992), a identidade pessoal e não especificamente a imagem entendida como uma representação gráfica do *aspecto físico externo* da pessoa humana. Contudo, é evidente que o sistema dualista estadunidense não dá a preocupação de personalista que sempre caracterizou os sistemas constitucionais dos países da Península Ibérica. A evolução democrático-jurídica dos direitos da personalidade requer que sua tutela seja diferente, na medida em que estes direitos vão se afirmando (positivados ou não) ante as necessidades sociais. Seria mais coerente, é claro, que haja também disciplinada uma proteção jurídica específica e autônoma do nome e da voz, uma vez que tais bens da personalidade têm diferentes objetos, que diferem, é verdade, do *aspecto físico externo* da pessoa humana, cujo objeto está no âmbito de proteção do direito à própria imagem. Se introduzidos a voz e o nome na tutela jurídica da imagem, tais direitos terão o mesmo caminho que o direito a própria imagem teve nos seus primórdios. A doutrina e a legislação hão de amadurecer para conferir autonomia aos direitos ao nome e à voz para melhor delimitar estes bens jurídicos e descartar a confusão jurídico-conceitual ainda presente.

Do acima exposto, pode-se interrogar pela inclusão de outras formas figurativas na imagem a) a imagem de impressão digital, b) retrato falado; c) o retrato literário d) os desenhos animados. Não parece coerente que o retrato falado, a imagem da impressão digital e retrato literário integrem esse conceito de imagem, por falta de elementos (reconhecimento, visibilidade e individualidade) que são necessários para tanto. Na verdade, somente quando há percepção dos particulares traços individualizadores, específicos e identificadores do aspecto físico externo de uma pessoa humana é que esta adquire entidade como representação em forma visível da figura de uma pessoa concreta e, conseqüentemente, só então pode-se falar da imagem como um objeto de direito (AZURMENDI ADARRAGA, 1997, p. 28).

A impressão digital, como matiza Royo Jara (1987), é o método datiloscópico mais eficaz de identificação de uma pessoa, pelas características de inalterabilidade e diversidade que possuem as digitais. No entanto, não se pode incorporá-la no conteúdo da imagem por não se vislumbrar aqui cognição *visual-sensitiva* do *aspecto físico externo* da pessoa humana (ROYO JARA, 1987, p. 26). O retrato falado, como um meio de identificação de criminosos, não transmite a *individualidade* que o direito à própria imagem requer, anulando qualquer possibilidade de inclusão em tal proteção. Com relação ao retrato literário, uma descrição da figura de alguém por meio da escrita, por mais fulgurante e viva que possa ser, não condiz com a relação de imediatez *visual-cognitiva* imprescindível entre a descrição ou representação e o seu objeto para que se possa ousar a dizer verdadeiramente de uma imagem no sentido que aqui se defende (TRABUCO, 2001, p. 398).

Sem embargo, a caricatura tem sido desde o início um tipo de representação exagerada dos personagens ou eventos para ser habilitada a transmitir uma mensagem, uma ideia, sarcástica na maioria das vezes, sobre uma questão determinada. É indiscutível que este meio de discurso possui uma longa e significativa tradição publicística, com antecedentes remotos no Egito Antigo, nos panfletos caricaturais, satíricos e pornográficos, usados como instrumento de ataque à hipocrisia e à corrupção dos que governavam (MACHADO, 2002, p. 828). Acompanhou e acompanha

os acontecimentos políticos e religiosos, graves ou frívolos. A caricatura é agora um recurso habitual, especialmente na mídia, para ilustrar com humor determinadas informações que afetam os protagonistas dos fatos sociais e, em especial, para criticá-los ou apreciá-los (PASCUAL MEDRANO, 2003, p. 149). Tornou-se uma realidade cujo conteúdo está muito ligado ao contexto sócio-cultural (CARRILLO, 1994, p. 7-30). Alguns consideram a caricatura como uma crítica paradoxal, parcial, desrespeitosa, mesmo que aquela que objetiva um humor benevolente ou riso fugaz, distinguindo-a de outras que pretendem ultrajar diretamente a pessoa representada e também a que visa a utilização com fins publicitários, comerciais ou similares (ROYO JARA, 1987, p. 167-170). Mas o ponto decisivo para este trabalho é que sim: *a caricatura é uma representação gráfica da figura humana*, pois atende, portanto, os requisitos (reconhecimento, individualidade e a visibilidade) necessários para sua inclusão no conceito do direito à própria imagem a ser tutelado.

4 CARACTERÍSTICAS

Como em qualquer pesquisa sobre algum bem jurídico, necessária é a caracterização o direito à própria imagem não só para encontrar qual categoria ele pertence, direitos da personalidade, como também para melhor ressaltar sua autonomia frente a outros direitos.

Em princípio, é iniludível admitir que o direito à própria imagem é um direito *inato*, pois, como integrante do grupo dos direitos da personalidade, sua aquisição não está condicionada a um expresso reconhecimento por parte do ordenamento jurídico. A imagem surge com a personalidade (MORAES, 1972b, p. 11-28) e, por conseguinte, sua configuração jurídica nasce com a pessoa, sendo despidendo qualquer ato jurídico para sua integração nos direitos da pessoa humana (ESTRADA ALONSO, 1990, p. 354). A ausência de ato jurídico para a aquisição de tal direito também sustenta a base para a afirmação de que é um direito *absoluto*, pois o direito à própria imagem impõe um dever geral de abstenção *erga omnes*, é dizer, não necessita de uma pré-relação jurídica para que os demais a respeitem. É um direito oponível indistintamente a qualquer pessoa (GITRAMA GONZÁLEZ, 1962, p. 333). Esta característica se faz presente em todos os direitos da personalidade, sem embargo, convém apontar que do sentido da palavra *absoluto* aqui utilizado não se deduz que seja ilimitado o direito à própria imagem.

Sendo a figura (a fisionomia) inerente à pessoa, a imagem é *indisponível, irrenunciável, inalienável e extrapatrimonial*. Não há possibilidade fática nem jurídica de que uma pessoa simplesmente disponha, renuncie, aliene ou venda *ad eternum* suas *facies* ou qualquer evocação ou expressão pessoal do aspecto físico externo que a exteriorize. Este raciocínio é congruente com a mesma ideia da individualidade de cada ser humano, pois não há possibilidade, voluntária ou naturalmente, de desfazer esta individualidade. Em que pese o incessante dinamismo pessoal, não se imagina um ser humano absolutamente idêntico a outro, e este *aspecto moral-negativo* não pode ser considerado disponível, e não pode, pelo mesmo motivo, ser mensurado economicamente. Considerando a proteção jurídica que se confere à representação gráfica da imagem, pode-se falar em uma quantidade monetária para a reparação dos danos causados, não se podendo empregar o termo ressarcimento (CAHALI, 2011).

É imperativo entender que é um direito *inalienável*, porque não há como alienar um direito essencial da pessoa, cujo objeto tem natureza orgânica, inseparável do titular (GITRAMA GONZÁLEZ, 1962, p. 337). Indica Ruiz y Tomás (1931, p. 109) que seria absurdo supor a alienação

da imagem, já que ela constitui algo inseparável e unido à pessoa pelo mero fato de sê-lo. Por essa razão, diz-se que o direito à própria imagem é inalienável e *irrenunciável*: nula é a renúncia à proteção deste direito.⁶⁰ A renúncia ao direito à própria imagem levaria implícita uma negação da personalidade do renunciante e seria o mesmo que extrair uma parcela da individualidade do titular, contradizendo os princípios jurídicos decorrentes da dignidade da pessoa humana. Outrossim, o direito à própria imagem não está sujeito à expropriação forçosa e tampouco pode ser adquirido por usucapião. Em tal caso, a expropriação implicaria a manifesta possibilidade da negação da dignidade da pessoa humana, contrapondo a tese de que o Estado não pode se apoderar da individualidade dos seres humanos.

A respeito de sua *imprescritibilidade*, não se pode defender a ideia de que a pessoa humana não é titular do direito à própria imagem. O ser humano, por suas próprias características, já nasce com sua própria imagem. Por conseqüência, a tutela jurídica da imagem a acompanha desde o começo. Por este motivo, é inimaginável a hipótese da existência de um determinado transcurso de tempo, onde se delimite o começo e o termo da prescrição da titularidade da tutela jurídica da imagem humana. A imagem humana é contínua, ininterrupta e não é coerente argumentar, conseqüentemente, sobre uma suposta prescritibilidade para sua “aquisição”. Neste ponto, urge fazer uma observação. Existe um direito *material e primário* da personalidade, o direito à própria imagem, *diferente do direito à ação judicial, processual*, eminentemente *secundário e instrumental*. Não se pode fundir estas duas figuras jurídicas em uma única. Tal confusão foi eliminada com superação da teoria de imanentista ou clássica do Direito Civil, que pugnava que só existia direito material se houvesse o direito processual correspondente. Por este motivo, é de se raciocinar que a prescrição decorre da inércia do uso da faculdade de se invocar a tutela jurídica. A faculdade para propor a ação judicial geralmente possui um lapso temporal, por ser parte da política legislativo-constitucional. Não obstante, o direito material à própria imagem é imune a este prazo.

Urge, ainda, sublinhar que o *exercício da proteção jurídica* da vertente moral do direito à própria imagem restará demonstrado somente quando ocorrer uma vulneração. Como admite Herce De La Prada (1994, p. 37), o direito à própria imagem pertence também ao grupo dos *sancionadores*, que são aqueles direitos em que, ao contrário dos *determinativos*, não surge da faculdade de exigir um comportamento obstativo até que o direito haja sido conspurcado por terceiros. Entretanto, esta circunstância não significa que o direito à própria imagem não existe, porque não interposta uma demanda judicial. Poderá ser invocada sua tutela jurídica sempre que seu titular dela necessite. Neste contexto, frisa-se, *o que sim pode prescrever é o direito de ação judicial*.

A ideia da *intransmissibilidade da titularidade* do direito à própria imagem “moral”⁶¹ pode ser reportada ao brocardo: *mors omnia solvit*. De fato, não cabe confundir o direito à própria imagem como direito da personalidade com todos seus atributos e faculdades, *com o exercício do*

⁶⁰ A *Ley Orgánica española 1/1982, de 5 de mayo, com acierto*: “Art. 1.3. El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2 de esta ley.”

⁶¹ Ruiz y Tomás (1931, p. 110): “Efectivamente, tal solidaridad entre éste y sus causahabientes exige que las ofensas dirigidas al difunto, mediante la publicación de su imagen, hieran los sentimientos de aquellos que pretendan conseguir el cese de la perturbación reivindicando así la buena memoria del muerto.”

direito ou sua fruição. O direito à própria imagem é personalíssimo e não é transmissível *mortis causa*. Contudo, os ordenamentos jurídicos, invariavelmente, criam instrumentos de defesa para a proteção da “memória” do *de cujus* (HERCE DE LA PRADA, 1994, p. 163). Com efeito, “[...] a imagem do morto, entretanto, poderá ter projeção ou reflexo que atinjam e envolvam os sentimentos ou interesses morais dos sobreviventes.” (COSTA JÚNIOR, 2004, p. 74-75). Não se trata, pois, de que as pessoas falecidas possam ser titulares do direito à própria imagem, senão, simplesmente, que o Direito considera que, após a morte, subsiste, não o direito subjetivo, sim um bem jurídico digno de proteção. Falecida a pessoa, permanece sua memória, e a proteção jurídica deste bem justifica a concessão a certos sujeitos de uma especial legitimação *post mortem*⁶² para o exercício das ações que, se estivesse vivo,⁶³ corresponderiam ao titular do direito (PASCUAL MEDRANO, 2003, p. 117).

Nada obstante, ao se examinar analisar a importância patrimonial das representações gráficas das evocações ou expressões pessoais do aspecto físico externo da imagem humana, é uma imperiosa necessidade esclarecer seu outro conteúdo: o valor mercantil. Herce De La Prada (1994, p. 16) interroga que o direito à própria imagem é distinto da *propriedade de cada reprodução singular dela*, isto é, que também no direito à própria imagem se separa a titularidade ideal da imagem da propriedade material de um retrato. Este seria o direito da pessoa de permitir aos demais que retratem ou reproduzam sua efigie para determinados fins, é dizer, a possibilidade de uso do aspecto positivo (patrimonial), quando é uma concretização da imagem da pessoa. Neste contexto, é oportuno indicar à opinião de Royo Jara (1987), que observa que a pessoa pode autorizar a representação/reprodução de sua imagem, ainda que não exista relação contratual. Este ato não implica um ataque ao primado da indisponibilidade, porque não supõe uma renúncia ao direito, representa, não obstante, a liberdade do titular de não se valer/usar as faculdades que o Direito lhe confere, podendo ser revogada, em qualquer momento, esta permissão. No âmbito contratual, quando o titular solicita um retrato de sua pessoa não renuncia tampouco seu direito, pois embora o objeto do contrato um seja a publicação, o titular não perde a *titularidade* de sua imagem, nem esta é *adquirida* por uma outra pessoa. O contrato consiste, conseqüentemente, em avançar que o titular retratado não exercerá o direito que lhe corresponde para determinados e específicos fins, sob as circunstâncias e as formas aventadas. Há quem sustente que se deve admitir a transmissibilidade *inter vivos* e *causa mortis* do direito ao valor publicitário da imagem, de maneira análoga ao direito de propriedade intelectual.⁶⁴

Entretanto, partindo de um enfoque mais personalista (monista) do direito à própria imagem, esta chamada “transmissibilidade” *inter vivos* deve ser sempre um ato pessoal do representado, isto é, que a pessoa retratada necessariamente deve dar seu consentimento em todo o negócio que se faça sobre sua imagem. Em toda hipótese de publicação da imagem “patrimonial”, sem exceção, o titular deve estar ciente, sob pena de invalidação do negócio e a possibilidade

⁶² Sobre a sucessão, conferir a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: REsp 1064363, REsp 704637, Resp 821660, REsp 1125510, REsp 1192027, REsp 1185122.

⁶³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1071158, Relatora: Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 07/11/201.

⁶⁴ Amat Llari (1992, p. 50): “El derecho al valor publicitario de la propia imagen es un derecho de propiedad. Por ello es cesible *inter vivos* y *mortis causa* como cualquier otro derecho de esta naturaleza. La finalidad que persigue el titular del derecho a la intimidad es que no se divulgue su imagen. La finalidad del titular del derecho al uso comercial de la imagen, por el contrario, es compartir los beneficios de la difusión y controlarla.”

de reparação ou ressarcimento dos danos causados. Tal raciocínio é justificado pois o que está no jogo é a individualidade da pessoa humana retratada em uma imagem concreta e, por essa razão, o titular deste bem jurídico tem que saber a que sua imagem está vinculada.

Sobre este ponto, não sem razão Gitrama González (1962, p. 335) advoga que quando se faz referência ao direito à própria imagem, alude-se ao plano do *ius fruendi*, não do *ius disponendi*, pois não se dispõe da imagem no aspecto moral/negativo, nem tampouco *ad eternum* no aspecto patrimonial/positivo. Esta disposição resultaria em uma evidente desconsideração para o sujeito, porque seria o mesmo que suprimir a autonomia privada e a individualidade da pessoa. O que aqui se defende é que quando se desfruta do aspecto positivo direito à própria imagem com o consentimento do titular para uso da representação do sujeito por terceiro, tal disposição não pode ter um prazo interminável, porque também significaria uma ilegítima redução da pessoa/ou-torgante da imagem a mero objeto (ou da condição análoga), contrariando o *valor*⁶⁵ da dignidade da pessoa humana.⁶⁶ O Estado também há de proteger o indivíduo contra suas próprias veleidades quando é manifesta a possibilidade de desmedidas vulnerações à dignidade da pessoa humana, assegurando, não obstante, sua formação para as decisões que conformam o livre desenvolvimento de sua personalidade (ABREU, 2005, p. 113-118).

Com relação à “transmissão” *causa mortis* deste aspecto mercantil do direito à própria imagem, Amat Llari (1992) aduz que se admitiu em algumas cortes americanas, mas exigiu-se que o titular o houvesse exercido durante sua vida. A ideia justificadora deste argumento é que a opção de usar a imagem é personalíssima e os sucessores não podem fazê-la agindo em nome do titular. Sem embargo, adverte que a exigência da exploração pode ser interpretada de maneira tão ampla

⁶⁵ É oportuno comentar, de modo breve, a preferência de denominar a dignidade humana como *valor*. É certo que se costuma conferir aos conceitos “valor” e “princípio” um caráter prescritivo, mas também é certo que as divergências surgem quando se examina a natureza desta prescritividade. A principal dificuldade neste debate é a tradução destes nas disposições normativas do Estado, no momento da concessão de maior ou menor relevância jurídica para aqueles que estão inseridos no texto constitucional. Por esse motivo surgiu a ideia de que os valores só tem eficácia interpretativa, porque são diretrizes ou declarações sem valor vinculativo, identificados como padrões de legitimação da ordem jurídica, parâmetros da legitimidade dos atos jurídicos e que pertencem ao campo axiológico. Nada obstante, o conceito de *valores constitucionais* oferecido por Pérez Luño (1987, p. 141) que indica que eles têm uma tripla dimensão: fundamentadora, orientadora e crítica. Além disso, os valores normalmente não contêm especificações sobre os pressupostos que devem ser aplicados, nem sobre as consequências jurídicas que se devem seguir a sua implementação. Por conseguinte, os valores formam o contexto *histórico-espiritual* da interpretação da Constituição e, em particular, a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Os princípios, por sua vez, têm eficácia normativa e interpretativa, são conceitos deontológicos (ALEXY, 2001, p. 138-147). Podem agir simultânea ou sucessivamente, como: critérios hermenêuticos (*principia cognoscendi*), para revelar, interpretar e aplicar as restantes normas jurídicas; como fontes de direito (*principia essendi*) compreendendo elementos normativos ou partes dentro do sistema; ou como padrões de avaliação (*prima principia*), ou seja, como axiomas ou postulados axiológicos que devem inspirar toda a ordem jurídica (PÉREZ LUÑO, 1987, p. 142). No entanto, como bem delimita Zoco Zabala (2003, p. 32) na medida em que o juiz conduza uma atividade interpretativa-“criadora” com uso dos valores para integrar as disposições normativas também projeta o valor na *norma de decisão*. Essa linha de pensamento aqui descrita leva ao entendimento de que a abordagem prescritiva do valor, que seria feita primeiramente pelo legislador, pode alcançar sua eficácia jurídica na interpretação dada à qualquer disposição normativa quando feita pelo Poder Judiciário. Por isso se afirma que os valores, por sua generalidade, permitem uma grande variedade de conversões interpretativo-normativas, enquanto os princípios prefiguram as possibilidades de sua transmutação em normas. Esses conceitos, valor e princípio, são diferentes desde um aspecto meramente *quantitativo* (abstração) e não *qualitativo* (eficácia jurídica). Em sentido semelhante, Pérez Luño (2005, p. 293) afirma que a recepção constitucional do valor conecta sua normatividade jurídica à sua prescritividade ética.

⁶⁶ Como aconteceu, por exemplo, na película *Ed Tv* (1999), dirigida por Ron Howard.

que praticamente desapareça, considerando que toda a pessoa famosa poderá haver explorado, de algum modo, sua própria imagem quando ainda viva e que, conseqüentemente, esta se transmite *mortis causa*. Como esta autora se inclina por uma equivalência do valor publicitário do direito à própria imagem ao direito de propriedade intelectual, esta transmissão perduraria durante um prazo de oitenta anos (AMAT LLARI, 1992, p. 45).

Contudo, seguindo este raciocínio, quando se examina o caso das pessoas não famosas e que não exerceram o direito de fruir do valor comercial da própria imagem, não é lícito que possam exercer seus sucessores. O que pode suceder, na verdade, é que quando se utilize a imagem de um falecido que nunca a haja explorado com fins comerciais, os sucessores poderiam sim exercer as ações de proteção da memória da personalidade do *de cuius*, mas não explorá-la economicamente (AMAT LLARI, 1992, p. 46-47). De fato, a exposição abordada pelas cortes ianques também vai de encontro com a lógica da perspectiva *personalista*. Se os falecidos nunca autorizaram ou exerceram seu direito de explorar mercantilmente a sua própria imagem, os sucessores não podem fazê-la. O caráter personalíssimo deste direito, que também irradia a imagem “patrimonial”, não permite que os sucessores contrariem a lógica jurídica que, *in casu*, é intrínseca, e que desfrutem dos lucros pecuniários que o titular-*de cuius* nunca quis para si. Por isso, é irrefutável convergir que o que têm os sucessores, nesta hipótese, é a titularidade da demanda para defender uma ilegítima intromissão da memória da personalidade do *de cuius*. Com relação à “transmissão” *causa mortis* dos lucros financeiros do uso da imagem do defunto que exerceu sua faculdade positiva de explorá-la quando vivo, é forçoso concordar com a opinião de Cabezuelo Arenas (1999) que diz que cabe aos sucessores exigir que o uso da imagem da pessoa falecida se mova estritamente dentro dos ritos ou atos que eram autorizados pelo morto. Neste sentido, os sucessores sim poderiam receber os lucros gerados pela utilização da imagem do *de cuius*, sempre e quando as relações comerciais que se destinam a esse fim estejam delimitadas pelas finalidades dadas anteriormente pela pessoa falecida.

5 A AUTONOMIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM

Atualmente, apesar de se poder falar da autonomia do direito à própria imagem, convém destacar que correntes doutrinárias o confundiram e o (con)fundem com outros direitos. Por certo, a autonomia de um direito indica que este tem regras e objetos próprios, que se determina por si mesmo, isto é, que não se subsume em outros bens jurídicos (MORAES, 1972a, p. 67). Cabe, pois, relatar que até oito teorias rechaçaram a mencionada autonomia:⁶⁷ 1) a teoria negativista; 2) a que o inclui no direito à honra; 3) a que afirma que o direito à própria imagem é uma manifestação do direito ao próprio corpo; 4) a que tenta integrá-lo no direito à propriedade intelectual; 5) a que o considera como expressão do direito à intimidade; 6) a que o trata como um direito contido na liberdade; 7) a que o conecta à ideia de “patrimônio” moral da pessoa; e 8) a que o considera como manifestação do direito à identidade pessoal.

Por razão de relevância e utilidade, centra-se este trabalho nas teorias que podem causar maior incerteza, confusões e interrogações: as que situam o direito à própria imagem nos direitos à honra, à intimidade e à identidade pessoal. Tal absorção teórica se justifica pela patente

⁶⁷ Cf. Gitrama González (1962, p. 320 e ss.).

dimensão *relacional-comunicativa* e pela condição de manifestação essencial da personalidade individualizada que acentuam o *caráter intermediador* da imagem humana. Neste sentido, quando se examinam as ofensas à honra e à intimidade, é usual que se encontre situações em que podem aparecer vulnerados a honra, a intimidade e a imagem. Por esta razão, desvinculá-los teoricamente do direito à própria imagem é mais desafiador. Com relação ao restante das outras teorias, far-se-á uma breve e sucinta exposição de seus argumentos e os contra-argumentos que as desautorizam.

A princípio, majoritariamente se negou autonomia ao direito à própria imagem. Não se admitia que alguém se opusesse à publicação ou exposição de sua figura, se não prejudicada a sua reputação. A imagem, em si mesma, não merecia proteção, como indica Alfredo Orgaz citado por Moraes (1972a, p. 67). Refutava-se a existência do direito à própria imagem por considerá-lo impróprio ou não suscetível de proteção jurídica. Outros autores admitiam que não poderia existir dita proteção porque a pessoa que passeia por locais públicos, expõe-se, inevitavelmente, aos seus semelhantes. No mesmo sentir, Rosmini, Piola Caselli, Venzi Y Pacchioni⁶⁸ impugnaram a autonomia de tal direito ao afirmar que não se podia proibir a impressão da imagem de uma pessoa na mente, assim como tampouco se pode negar sua exteriorização (GITRAMA GONZÁLEZ, 1962, p. 323). Na maioria das vezes a *teoria negativista* subsume o direito à própria imagem na proteção jurídica da honra (ROYO JARA, 1987, p. 20).

Esta tese negativista pode ser rechaçada pelo próprio conceito de imagem que se ofereceu nesta investigação: *representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana*. Efetivamente, o que o ordenamento jurídico do Estado protege é a *representação*, a *manifestação* e não a imagem humana em si. O Direito não poderia obstar que terceiros conheçam nossa imagem, pois o ser humano, dado seu *caráter social-relacional-comunicativo*, tem necessariamente que se relacionar com os demais de sua espécie.

A teoria que aduz que o direito à própria imagem é uma manifestação do próprio corpo tem seu fundamento na tese dos direitos *potestas in se ipsum/ius in corpus*. Em tal sentido, Cifuentes (1995, p. 503) comenta que é esta a corrente doutrinária mais antiga, defendida por Keyssner, que considerava a imagem como uma manifestação do corpo. Este autor defendia uma proteção absoluta do direito à própria imagem, compreendida inclusive a legítima defesa para o caso de que alguém quisesse, por surpresa e contra a vontade do titular, fazer-lhe uma fotografia. Na realidade, amparava-se a pessoa em todas as suas manifestações, sustentando que do mesmo modo que o indivíduo tem direito a seu próprio corpo, o tem também com relação a sua própria imagem, direito este que incluiria sua fiel reprodução, como se fosse sua sombra ou sua parte. Como seguidores desta linha, Gitrama González (1962, p. 325) indica Campogrande, Amar, Fadda Y Bensa, Dusi, Carnelutti.⁶⁹

De fato, no início do estudo de qualquer direito era habitual sua caracterização por meios de signos materiais. Por este motivo, esta postura doutrinária vinculou a imagem ao corpo huma-

⁶⁸ Segundo o mesmo autor, Schuster (“Enciclopedia Giuridica italiana”, vol. VI. Parte III, p. 449) defendia que “[...] *proteger y tutelar el derecho a la imagen sería atestar un golpe de muerte al arte.*”

⁶⁹ Cf. Gitrama González (1962, p. 325) informa que Carnelutti entendia que o direito sobre o próprio corpo é um meio de proteção que o ordenamento jurídico concede ao ser humano, proibindo aos demais todo ato de que possa redundar qualquer minguagem do mesmo.

no, estimando-a como *bem corpóreo*, com o fito de estabelecer uma tese que oferecesse maior apoio fático ao direito que naquele momento “nascia”. Sem embargo, a contra-argumentação a esta teoria descansa na afirmação de que se se vulnera a imagem assim entendida, lesionar-se-ia o próprio corpo humano, o que não corresponde à verdade fática ou jurídica. A “lesão” do direito à própria imagem não implica, em absoluto, uma *ofensa corporal*. A imagem como objeto de direito é um bem situado na área moral da personalidade (*incorpórea*) e não na física (*corpórea*). O corpo e sua representação ou manifestação não podem se confundir (ROYO JARA, 1987, p. 22). Existe sim um direito à integridade física, mas, por outro lado, também existe sim o direito a decidir sobre a *representação gráfica das expressões ou evocações visíveis do aspecto físico externo que singulariza e tornam reconhecível a figura da pessoa humana*.

A posição doutrinária que defendia a imagem como evocação da liberdade afirmava que ofende o livre desenvolvimento da personalidade se alguém publica o retrato de uma pessoa sem autorização e contra sua vontade (MORAES, 1972a, p. 74). Em sentido análogo, entende Royo Jara (1987, p. 38) que o direito à própria imagem se enquadra também dentro da liberdade, pois é uma faculdade da pessoa de fazer tudo o que não está proibido pela lei e em consequência exigir dos demais o respeito dessa autonomia privada. Com relação a esta teoria, é certo que a liberdade pode ser invocada para justificar *qualquer ação legítima que não contrarie a lei*. A liberdade jurídica repousa em um conceito incontestavelmente amplo, identificando-se com a faculdade de atuar licitamente. A liberdade assim entendida relaciona-se com a dignidade da pessoa humana enquanto manifestação da personalidade, e cabe como postulado de uma diversidade de direitos. O próprio direito de existência seria uma ficção se não possuísse como apoio a liberdade.⁷⁰ Urge notar que a liberdade jurídica é necessária e imprescindível para a existência em si mesma considerada e, ao mesmo tempo, para o pleno desenvolvimento de todos os outros direitos individuais. Sem liberdade jurídica, não cabe atuar individual ou socialmente. Com efeito, não se discute que o direito à própria imagem possa ser uma das facetas da liberdade da pessoa, sem embargo, a ofensa a este direito da personalidade não constitui um ato que limite à liberdade do titular, mas que contraria uma faculdade de seu uso exclusivo. São implicações jurídicas bem distintas.

Os partidários da inclusão do direito à própria imagem no “patrimônio moral da pessoa” observam que este é formado pelos atributos da personalidade, dentro dos quais estaria o bem objeto deste estudo. Moraes (1972a, p. 74), com razão, ressalta as lacunas desta tese: a) o uso da metáfora “patrimônio” denota pouca precisão teórica; b) não tem um conteúdo conceitual determinado, pois pode ser aplicada a qualquer direito da personalidade; c) não se deve buscar paralelos nos direitos patrimoniais para justificar o direito à própria imagem. É inexorável concordar com tais refutações, pois, é indiscutível que a expressão “patrimônio moral” induz/reproduz uma equivocada e abstrusa ideia econômica de moral, que *in casu* não há de prevalecer.

⁷⁰ No seu *Dizionario di Filosofia*, Abbagnano (2000) comenta que o termo liberdade possui três significados fundamentais, correspondentes a três concepções que se sobrepuseram ao longo de sua história e que podem ser caracterizadas da seguinte maneira: 1ª) Liberdade como autodeterminação ou autocausalidade, segundo a qual a Liberdade é a ausência de condições e de limites; 2ª) Liberdade como necessidade, que se baseia no mesmo conceito da precedente, a autodeterminação, mas atribuindo-a à totalidade a que o ser humano pertence (Mundo, Substância, Estado); 3ª) Liberdade como possibilidade ou escolha, segundo a qual a liberdade é condicionada as disputas metafísicas, morais, políticas, econômicas, etc. Em torno da Liberdade orbitam os três conceitos em questão, os quais, portanto, podem ser remetidos às formas específicas de Liberdade sobre as quais essas disputas versam.

A tese da absorção do direito à própria imagem pelo direito à propriedade intelectual parte da ideia de que estes dois direitos são similares. Esta semelhança justificaria a aplicação de algumas regras de proteção ao direito de autor ao direito à própria imagem.⁷¹ O direito à própria imagem esteve intrinsecamente ligado à legislação da propriedade intelectual. Nada obstante, a adoção desta tese leva a absurda ideia de que a imagem é um produto humano, isto é, de que a pessoa é a autora da sua efigie. De fato, a inexistência de uma regulação legislativa do direito à própria imagem contribuiu para o surgimento desta teoria, mas é inquestionável inferir que a preocupação do legislador não era o direito à própria imagem em si, e sim o direito à propriedade intelectual.⁷²

Neste contexto, entende Ruiz y Tomás (1931, p. 64) que possivelmente foi Ihering o primeiro jurista a separar a tutela do direito de autor do direito do retratado, concedendo ao efigiado a *actio iniuriarum* para impedir ou coibir a ofensa causada à pessoa por meio da exposição, multiplicação ou venda de sua imagem. Desde uma perspectiva autoralista, o elemento distintivo radica no fato de que o direito autoral tem sua ideia básica no ato criador, ao contrário do que acontece com os direitos da personalidade propriamente ditos.⁷³ Basta, portanto, que falte o elemento da criação intelectual para que um direito com o da própria imagem não possa pertencer ao seu âmbito nem se confundir com esse (VILLALBA; LIPSZYC, 1979, p. 68-103). Entre os dois direitos existe uma clara distinção: a imagem humana não é criação de seu titular. Este raciocínio já havia sido empregado por Kholer (1979, p. 52-53), quando suscitou que o já criado, o introduzido no mundo, pode estar reservado ao indivíduo, pois não se está subtraindo da humanidade nada do que já possuía. A pessoa não é a criadora da sua própria figura humana, não é autora do seu eu corporal e, por isso, não se pode atribuir um poder jurídico autoral sobre a própria imagem. De fato, para se admitir que um bem seja tutelado pelo direito à propriedade intelectual há de ser emergido de uma criação intelectual, que é por natureza *artificial*. O artista, o autor da obra intelectual, exerce um ato de criação, e por esta razão merece proteção do direito à propriedade intelectual. Desta forma, ao escultor, ao pintor, ao fotógrafo, ao cineasta lhe assiste um direito de autor (AFFORNALLI, 2003, p. 44), mas o artista *não produz a imagem humana*, somente a representa ou

⁷¹ É oportuno recordar a importância histórica que direito à propriedade intelectual teve no desenvolvimento do direito à própria imagem. Sobre esta relação entre conferir: Sahm (2002, p. 41-51), Bittar (2005), Baptista e Valle (2004), Silva Filho (2002, p. 25-40, 2002, p. 11-27) Rogel Vide (1984, 20202), Castán Tobeñas (1978), Vega (1990), Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (1991), Congreso Iberoamericano sobre Derecho de autor y Derechos Conexos (1997) e Casado Cerviño (1992, p. 97-110).

⁷² Por isso se aplicou no Direito brasileiro o art. 666, inciso X, do Código Civil de 1916, que tinha contornos autoralistas, para solucionar as questões atinentes ao direito à própria imagem.

⁷³ Bittar (2005) relata uma classificação tradicional dos direitos privados na com uma divisão tripartite, proveniente do direito romano: i) *jura in persona ipsa*: direitos pessoais, posição do ser humano na sociedade, compreendendo os relativos ao estado individual, ao estado familiar e ao estado político; ii) *jura in persona aliena*: direitos obrigacionais, referentes aos diversos vínculos, decorrentes da vontade ou da lei, que unem as pessoas entre si, no comércio jurídico, em relações de índole contratual ou extracontratual; iii) *jura in re materiali*: direitos reais, correspondentes às relações das pessoas com respeito a coisas materiais existentes, vínculos que as prendem a seus titulares frente à coletividade.

Aponta que a propriedade intelectual estaria dentro dos *jura in re intellectuali*: direitos intelectuais, referentes às relações entre a pessoa e as coisas (bens) imateriais que cria e traz a lume, entre os seres humanos e os produtos de seu intelecto, expressos sob determinadas formas, a respeito dos quais detêm verdadeiro monopólio; “[...] incidem sobre as criações do gênio humano, manifestadas em formas sensíveis, estéticas ou utilitárias, ou seja, voltadas, de um lado, à sensibilização e à transmissão de conhecimentos e, de outro, à satisfação de interesses materiais do homem na vida diária.” (BITTAR, 2005, p. 3).

a reproduz. O autor pode ter um direito sobre a obra, não sobre a imagem da pessoa enquanto tal, pois esta é inerente à natureza humana (Ruiz y Tomás, 1931, p. 61). Por sua vez, à pessoa representada lhe corresponde o direito à sua própria imagem, que, inclusive, pode ser utilizado contra o autor das reproduções.

6 O DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM E O DIREITO À HONRA

Resulta oportuno, antes de dissociar o direito à própria imagem do direito à honra, aclarar uma questão terminológica. No Brasil e em Portugal se costuma usar o termo *honra* para denominar tal bem jurídico.⁷⁴ Pontes de Miranda (apud NUNES SOUZA, 2002, p. 48), por sua vez, utiliza uma terminologia distinta para definir *honor* e *honra*; afirma mais exatamente que o bem jurídico se configura a partir da soma da dignidade pessoal (sentimento, consciência de ser digno) com a estima e consideração moral dos outros: o primeiro aspecto, eminentemente subjetivo, chama-se *honra*, e o segundo, *honor*. O mencionado autor sustenta que a *honra* é fundamentalmente pessoal e compreende as virtudes que o ser humano possui e que o fazem honrado, é o sentimento da própria dignidade. O *honor*, por outro lado, é algo objetivo e consiste no reconhecimento desta dignidade pelo grupo social. Esta distinção também já se fez na Espanha.⁷⁵

Feita esta matização, a teoria da absorção do direito à própria imagem pelo direito à honra é uma das mais relevantes. Tal postura doutrinal concebe o direito à própria imagem como uma manifestação singular contra as exposições ou publicações desonrosas. Segundo Ruiz y Tomás (1931, p. 57), Cohn em 1903 aduzia que do ataque à exposição e reprodução da imagem de uma pessoa não cabe inferir a vigência de um direito à própria imagem e sim uma tutela do direito à honra para remediar estas intromissões. Nesta mesma linha, de acordo com Ruiz y Tomás (1931), incluem-se autores como Von Blume, Ferrara, Enrico Rosmini, Santoro Passarelli, Ravanas, Ricca Barberis, Pachione, Coviello, Gallempark, Schuster, Venzi, Piola Caseli, entre outros defensores de que a imagem só merece proteção quando sua vulneração implicar, necessariamente, uma ofensa à

⁷⁴ Em Portugal, como aduzido no *Acórdão* n. 407/2007 (Processo 130/07 2ª Secção, Rel. João Cura Mariano, p. 17) do Tribunal Constitucional Lusitano é comum utilizar a expressão *direito à honra* para denominar o *direito ao bom nome e à reputação*.

⁷⁵ A diferença de denominação entre honra e honor na Espanha pode ser explicada pelo fato de que honra e desonra são termos muito antigos. Foram usadas nas leis espanholas até que os códigos do século XIX passaram a utilizar a palavra honor. A *honra* em território espanhol representa uma visão classista e discriminatória, ligada a convencionalismos, onde a dignidade se media como valentia, o saber manter as distâncias entre os distintos estamentos sociais por cima de qualquer dificuldade de manutenção de uma conduta sexual irreprovável (CABEZUELO ARENAS, 1998, p. 66). Hoje a honra é algo fundamentalmente subjetivo que alude às virtudes que possui, enquanto que honor é a boa fama ou reputação que a pessoa merece dos demais (LOPÉZ DÍAZ, 1996, p. 49). Sem embargo, honra e honor, em um sentido lato, possuem ou podem possuir um significado equivalente, enquanto não se especifique a que se refere cada um dos dois vocábulos. Para a Real Academia Española, honor é “una calidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes” e a honra, palavra sinônima à honor, é “la estima y respeto de la propia dignidad”. Nada obstante, os juristas, por razões antes mencionadas, não costuma utilizar a palavra *honra*. Castán Vazquez (1958, p. 4) adverte que “[...] *junto a las palabras honor y honra aún hay en castellano una tercera de aproximado sentido y que, como en su Semblanza de España hacia notar el gran hispanista francés Maurice Legendre, carece de traducción a otras lenguas: la palabra pundonor, que significa «punto de honor» o «punto de honra», y de la que se deriva un adjetivo - pundonoroso - que se aplica casi exclusivamente a los toreros en las crónicas taurinas [...]*”

honra da pessoa.⁷⁶ A aplicação deste raciocínio resulta na negação da imagem como bem jurídico autónomo, é dizer, que não tem caracteres e consequências jurídicas suficientes para se configurar em um direito independente.

Os reflexos jurídicos desta teoria perduram, ainda, em algumas legislações e em numerosos precedentes jurisprudenciais. Neste sentido, o Código Civil italiano dispõe no art. 10 que:

Art. 10 Abuso dell'immagine altrui
Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione e dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni.
 (grifo nosso).

A leitura deste texto fez autores incluírem a proteção dada à imagem humana no direito à honra. Esta interpretação influenciou várias legislações, inclusive a brasileira⁷⁷. É forçoso notar, portanto, que o que se protege, no fundo, é a honra e não a imagem humana em si considerada. Este tese não concebe a imagem como bem jurídico autónomo. Constitui uma ofensa à honra a publicação da imagem de uma pessoa em uma situação impudica, ridícula, humilhante ou vinculadas a notícias que menosprezem sua reputação, mas não se vulnerará direito algum, de acordo com esta linha de pensamento, quando a reprodução ou difusão da imagem da pessoa não ataque sua honra.

O que é inegável é que o direito à honra teve uma importância histórica e decisiva na afirmação do direito à própria imagem. Esta teoria contribuiu para a discussão da proteção da imagem humana, com decisões jurisprudenciais do século XIX. O problema desta postura é a amplitude conceitual da honra presente durante vários séculos, pois se costumava considerar um ataque à honra todas as ofensas dirigidas à personalidade, dado o raio de atuação da expressão *injuria* (injustiça ou ilícito) (CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, 1996, p. 15).

Do latim *Honoré*, o conceito de honra está estreitamente atrelado aos valores morais (*moralis*), que indicam o que é virtuoso, honesto, correto, de acordo com os bons costumes.⁷⁸ A origem jurídica da honra se encontra no Direito Romano, cujos indícios se reportam à Lei das XII Tábuas, que sancionava a injúria verbal (*convicium*), a canção difamatória (*carmem famosum*) e o

⁷⁶ Para melhor estudar a configuração jurídica da honra há uma vasta bibliografia que se poderia aqui aludir. Sem embargo, pode-se recomendar: Alamo (1983, p. 127-152), Balaguer Callejón (1992), Bustos Pueche (1992), Chinchilla Marín (1993, p. 105-148), Caballero Gea (2004), Castán Tobeñas (1993), Cifuentes (1995), Concepción Rodríguez (1996), Estrada Alonso (1989), Feliu Rey (1990), Herrero-Tejedor (1994), Guerrero Lebron (2002), Vidal Marín (2000), Rogel Vide (1993, p. 1913-1946), González Pérez (1993), López Díaz (1996), Rodríguez Guitian (1996), Salvador Coderch (1990), Cossío (1993), Sarazá Jimena (1995), Andrade (1996), Carvalho, Cardoso e Figueiredo (2005), Correia (2000), Canotilho e Moreira (2007), Homem (2004, p. 4-9), Machado (2002), Mendes (1996), Miranda e Medeiros (2005), Pinto (1999, p. 75-81), Rebelo (1998), Aranha (1995), Ferrari (1997), Bitencourt (2002), Delmanto et al. (2000) e Duarte et al. (2006).

⁷⁷ Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002: “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.”

⁷⁸ Herrero-Tejedor (1994, p. 76), citando a Moneva, indica que etimologicamente *honra* (honor) provém do grego “ainos, alabanza”. Não obstante, suscita Duarte (2006, p. 138) que “[...] a palavra «honra» provém do latim *honos*, nome do Deus da guerra, aclamado pelos militares que o invocavam para ter coragem na batalha.”

escrito difamatório (*libellus famosus*). A princípio, o conceito de honra se aproximava da ideia geral de *iniuria*, que protegia a pessoa em face de delitos de contornos imprecisos, que não possuíam uma denominação específica. A vulneração da *iniuria* se produzia quando um ato menosprezava uma pessoa de forma intencionada e manifesta. A infâmia resultava do descumprimento de uma obrigação e se estendia a todos os membros da família à qual pertencia o devedor. Cabe constatar que nesta época a noção de honra, ainda que de forma primitiva, já era conhecida pelos romanos. O cidadão romano da época clássica estava sujeito a este sentimento, pois ao buscar o ressarcimento por meio da *actio iniuriarum* sabia que o compromisso assumido na *litiscontestatio* diante do juiz implicava o cumprimento da palavra dada. Efetivamente, na concepção romana, a ideia de honra como objeto do delito de iniúria se ligava a três conceitos: a) a própria dignidade (*dignitas*); b) a estima ou boa opinião (*bona fama, infamia*); c) as vantagens inerentes a uma boa reputação (*comoda bonae famae*). Na proteção jurídica da honra se desenvolve um processo que vai desde a tutela exclusiva contra ações violentas até a proteção dos bons costumes, passando pela faculdade de pedir judicialmente que se reprima todo ato capaz de causar infâmia a uma pessoa. A proteção compreendia tanto a ofensa moral e as *iniurias indirectas*, com as efetuadas contra objetos e, inclusive, a inviolabilidade do domicílio (HERRERO-TEJEDOR, 1994, p. 36).

Na Idade Média esta amplitude conceitual não perdeu esta natureza de direito-matriz, do qual outros tantos derivaram. Nos séculos XV e XVI, por exemplo, as construções jurídicas enfatizavam a proteção das pessoas e de seus direitos básicos, sendo destacada a importância da obra *De Jure Civili di Donello*, na qual eram tratados 04 elementos: *vita, incolumitas, corporis, libertas, existimatis* (DUARTE, 2006, p. 139). López Díaz (1996) ainda comenta que neste momento histórico predominou um sentido subjetivo de honra, de modo que os delitos contra tal bem jurídico eram tradicionalmente reservados ao império da ação privada: o duelo. De fato, devido à prevalência desta concepção de honra, o poder político se absteve de solucionar os conflitos resultantes dos delitos contra a honra. Existia, inclusive, um “Código de Honra” para regular as lutas destinadas a resolver esse gênero de ofensas, pois, por meio do combate privado se dirimiam, por imperativos consuetudinários, as ofensas à honra, principalmente nas classes mais elevadas (PINTO, 1999, p. 75-81).

O duelo e os códigos de honra são os dois pontos iniciais de Appiah (2012) para se reportar às explicações histórico-contextuais das revoluções morais promovidas pela honra. O autor relata as práticas no século XIX de duelos na Inglaterra; do enfaixamento dos pés na China, da cultura escravagista e dos assassinatos de meninas e de mulheres em alguns países islâmicos têm em comum o fato de terem sido, ou serem, praticados e estimulados por uma questão de honra. O duelo inglês considerado pela imensa maioria dos pensadores como imoral, contrário às leis religiosas, ainda assim resistia ao tempo e se fortalecia cada vez mais, por uma questão de honra. Entretanto, o duelo só fazia sentido se praticado por “homens de honra”. Não se submeteria ao encontro fatal alguém desprovido de tal qualidade “elevada”. Neste caso particular, há uma interessante ideia de igualdade, como requisito para prática do aludido costume, havendo aqui um verdadeiro código de honra a ser seguido.⁷⁹

⁷⁹ Appiah (2012, p. 50) admite que muito provavelmente a observação desta característica nefasta da honra tenha servido para induzir David Hume a se manifestar categoricamente contra a sua existência, distinguindo homem de honra e homem de virtude, reconhecendo um sistema normativo da honra distinto da

No entanto, somente a partir do período renascentista, no contexto ocidental, nota-se uma mudança na concepção de honra. Nas universidades em que, de forma mais efetiva, plasaram-se as ideias do Renascimento, iniciou-se o estudo das frases da *Suma* de Santo Tomás de Aquino sobre a vida, a integridade corporal, a tranquilidade espiritual, a honra e a fama. Neste contexto, expôs-se uma nova doutrina dos bens da pessoa, classificando-os em três grupos: 1) vida; 2) honra e fama; 3) bem temporais. Entendia que o ser humano tem o domínio de sua honra e fama, mas que não os poderia usar com fins pecuniários, porque seu valor seria inestimável (CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, 1996, p. 16).

Após esta breve contextualização, e não negligenciadas outras interpretações sobre a honra, o que urge constatar é que até meados do século XX, antes da inserção da dignidade da pessoa humana no seio dos ordenamentos jurídico-constitucionais, não existia um critério objetivo de honra alusivo a todas as pessoas, mas existiam distintas categorias honoríficas que representavam diferentes classes de prestígio pessoal e social (REBELO, 1998, p. 58). A obra de Appiah (2012) tem por linha argumentativa que em todas as culturas de violência e morte nas quais se realizavam condutas ilegais, imorais ou pecadoras, em nome da honra, ou da desonra, de uma classe de sujeitos (nobres, mulheres ou negros), seguia-se um código à margem das leis civis, morais e religiosas, que sempre tiveram grande profusão na sociedade, dotadas, portanto, de eficácia notória. Em todas as tentativas de obstar os comportamentos violentos realizados em nome da honra, a única realmente eficaz foi, justamente, a própria honra. Em todas as revoluções (morais) anteriores, o poder motivador da honra manteve-se incontestado. E o autor arremata que a maneira correta de avançar não é argumentar contra a honra, mas trabalhar para mudar os fundamentos dela, alterando assim os códigos com que se distribui (APPIAH, 2012, p. 175). A honra com conteúdo variável (i) pode ter estimacão superior a outros instrumentos sociais de controle; (ii) tem o poder de macular e ao mesmo tempo erguer uma sociedade em termos de valores; e (iii) pode se constituir sob diversas conotações, tais como honra familiar, honra individual, honra nacional, honra política, honra profissional, dentre outras.

Após esta tímida introdução, é necessário oferecer um conceito atualizado de honra. Já dizia Beccaria (2005, p. 47) que a palavra honra é uma das que se fizeram os mais brilhantes raciocínios, sem se fixar uma ideia fixa e precisa. Indica O’Callaghan Muñoz (1992 p. 553-556) três elementos que conduzem a resolução das questões que afetam o conceito, os limites, o exercício e a proteção do direito à honra na Espanha: 1) *elementos positivos* se referem ao aspecto interno e externo da honra; 2) *elementos negativos* se concentram na falsidade dos fatos que supostamente vulneram o direito à honra e sua relação com a *exceptio veritatis* e a carga da prova; e 3) *elementos jurídicos*: a legislação e a judicialização. Neste labor de formulação do conceito de

moralidade (entendido como um agir moralmente correto), pois os códigos de honra permitem que sujeitos devassos e esbanjadores mantenham seu lugar numa sociedade que deveria repudiá-los. Sucede que, a despeito da existência desta face sombria da honra, há também uma potente característica que lhe é peculiar. As maiores revoluções morais que datam de passado recente, incluindo a extinção e a desvalorização generalizada da cultura do duelo, do enfaixamento dos pés e da escravidão, tiveram como primeiro motor a própria honra. Definitivamente, o fim de tais práticas não ocorreu por força da religião, nem da moral, muito menos por força de lei, mas sim, curiosamente, por uma questão de honra. Conclui Appiah (2012, p. 168) que, nestas circunstâncias, a honra foi arregimentada para o lado da moral, pois “O duelo se tornou ridículo, objeto de zombaria e até fonte de vergonha. Indivíduos que antes procuravam a honra atando os pés das filhas agora mostravam honra recusando-se a enfaixá-los.”

honra, várias opiniões doutrinárias emergiram, entre as quais este trabalho opta pela classificação proposta entre a honra *fática* e a honra *normativa*.

Com efeito, como explica Herrero-Tejedor (1994, p. 76), a honra é um conceito pré-jurídico e enquanto valor é mutável, sofre influxos do tempo, pelas ideias reinantes em cada momento na sociedade e pelas circunstâncias concretas (pessoais e ambientais). Configura-se com um bem da personalidade que tem uma incontrolável polissemia, cujas raízes descansam na ambigüidade e na equivocidade, intrínsecas aos termos e conceitos que polarizam seu discurso (ANDRADE, 1996, p. 77-78). Por tudo isso, resulta difícil oferecer um conceito fidedigno do que seja honra, pois seu conteúdo é eminentemente lábil, fluído, cambiante e, em definitivo, dependente dos valores e ideias sociais vigentes.⁸⁰ Dentro desta perspectiva, invariavelmente a doutrina acaba por se utilizar da clássica *summa divisio* para distinguir ilícitos que parecem tutelar o mesmo bem sobre diferentes aspectos, atribuindo-lhe um caráter duplo: o subjetivo, compreensivo das representações que o sujeito tem de si mesmo e a vontade de afirmar o próprio valor, e o objetivo, que seria a boa reputação ou fama; isto é; a honra pode ser considerada como a estima/sentimento que a pessoa tem de si mesma e a reputação que cada pessoa goza na sociedade ou grupo ao qual pertence (GONZÁLEZ PEREZ, 1993, p. 32-33; DUARTE, 2006).

Brito Correia (2000, p. 587) ilustra esta construção admitindo que a honra se conecta à integridade moral de cada indivíduo, o conjunto de valores pessoais e qualidades adquiridas durante a vida, pelo esmero ou de outro modo, nos mais variados aspectos (familiares, políticos, científicos, literários, artísticos, comerciais). Refere-se, pois, às qualidades de caráter, probidade, retidão, lealdade que corresponde a um sentimento de autoestima. Entretanto o direito não protege apenas este sentimento pessoal da própria dignidade, a honra interna; mas também a projeção na consciência social do conjunto dos valores pessoais de cada indivíduo, a honra externa, as qualidades necessárias a uma pessoa para ser respeitada em um meio social, incluindo a consideração social sobre o bom nome e a reputação (“síntese do apreço social pelas qualidades inatas e valores adquiridos de cada indivíduo”), o decoro (“projeção social das atitudes econômicas de cada pessoa, de suas qualidades de iniciativa, diligência, exatidão, prudência, lisura”). Esta honra externa se baseia no conhecimento e avaliação que os outros fazem de cada um, em função do seu comportamento externo.

Mendes (1996, p. 19-20) pugna pelo argumento de que a partir do nascimento o sujeito inicia sua inserção nos valores morais. E há um valor moral básico que consubstancia a sua própria condição humana, e o qual faz do titular um ser distinto dos demais da sociedade. Daí provem o valor “honra”. O sujeito toma consciência de sua espécie, de sua cultura e dos valores morais. A honra surge, portanto, intrínseca ante a própria consciência, representando a *dignitas humana*. “Da sua percepção pelos outros, nasce então a estima, a reputação, o bom nome, em suma, a consideração social, ou seja, a honra vertida e reconhecida exteriormente.” Enfatiza Mendes (1996, p. 99) que a honra interna nem sempre converge com a honra externa. A primeira se liga ao valor intrínseco da personalidade, bem como com o sentimento da própria dignidade pessoal. A segunda se relaciona com a projeção daqueles valores que distinguem cada um e que acabam por criar a formação da reputação, isto é, da consideração social.

⁸⁰ STC Español 185/1989.

Canotilho e Moreira (2007, p. 466) direcionam o conceito do direito ao bom nome e reputação ao de não ser ofendido ou vulnerado na sua honra, dignidade ou consideração social mediante a imputação feita por outra pessoa, bem como, no direito a se defender desta ofensa e a obter a reparação correspondente. Machado (2002, p. 759-761), por seu turno, aduz que “[...] a fama é o que eles dizem de ti. A reputação, porém, dura mais tempo, porque a reputação não é o que eles dizem mas o que eles pensam sobre ti.” E argumenta que a honra determina o insucesso ou o sucesso das tentativas de interação como os outros. Defende que a interpretação dos direitos de personalidade deve se emancipar de “[...] suas raízes pré-modernas e adequar-se aos imperativos de coexistência entre indivíduos livres e iguais numa democracia comunicativa ou, de outro modo, num sistema social funcionalmente diferenciado e comunicativamente estruturado.”

Na doutrina brasileira é usual se ver a honra relacionada ao bom nome ou boa fama, ao apreço que o sujeito tem de si mesmo e pela qual o sujeito se reconhece na sociedade (BRANT, 2010, p. 16-17). Grande parte segue o jurista italiano De Cupis (1961, p. 11-112), que indica a honra como a dignidade da pessoa que se reflete no seu próprio sentimento e na concepção das outras pessoas. Carlos Alberto Bittar (2004) explica que com o direito à honra se protege a reputação, a consideração social, com a finalidade de preservar a dignidade humana. Schreiber (2014, p. 74) estabelece a diferença: “[...] (i) honra objetiva, assim entendida a reputação de que goza a pessoa no meio social, e (ii) honra subjetiva, consubstanciada no sentimento que a própria pessoa ostenta em relação à sua integridade moral.” Esta, pois, corresponde à consciência da própria dignidade, refletida no decoro; aquela, a boa fama, e o bom nome de que se desfruta no seio da sociedade.

Bitencourt (2003, p. 326-327), contudo, pontua que a despeito da distinção objetiva/subjetiva, a honra “[...] é valor imaterial, insuscetível de apreciação, valoração ou mensuração de qualquer natureza, inerente à própria dignidade e personalidade humanas.” Adverte que sua extensão conceitual indica este código binário (subjetiva/objetiva) beira a uma “[...] adjetivação limitada, imprecisa e superficial, na medida em que não atinge a essência do bem juridicamente protegido. Por isso, [...] o bem jurídico protegido é a pretensão ao respeito da própria personalidade.” Esta crítica parece aproximar o conceito de honra ao de *status personae*. Sendo o *status* uma situação jurídica permanente, o *status personae* seria, assim, uma “[...] situação permanente de base, originariamente adquirida”, que contém a tradução de um valor objetivamente tutelado (PERLINGIERI, 2002, p. 135). A honra, neste sentido é uma situação jurídica permanente, apta a ser tutelada sempre que violada, e unida incontestavelmente à dignidade por sua própria natureza.

A concepção fática de honra entende que após tomar consciência de sua condição humana, de sua individualidade e dos demais valores espirituais e morais, a pessoa percebe que tais valores determinam sua forma de pensar, de viver e de conviver, configurando-se um ser dotado de concretos atributos, capacidades e qualidades. Por meio do autoconhecimento e da autoavaliação, o ser humano passa a ter consciência do que é e do que pensa ser. Este bem da personalidade se configura como a representação das diversas qualidades do indivíduo na relação com os restantes membros da comunidade e permite que a pessoa tenha uma honra individual, que forma parte de sua existência moral, uma honra civil, que inclui a estimação pública, a honra política, profissional, científica, literária, artística, comercial e outras infinitas possibilidades da respeitabilidade humana. Essa concepção fática de honra, portanto, leva a entendê-la como o conjunto de valores, qualidades morais, intelectuais que determinam o mérito do indivíduo no meio em que

vive; é a projeção pessoal a partir da consideração alheia. Representa o valor social do indivíduo, pois está conectado à sua aceitação ou aversão dentro dos círculos sociais em que se desenvolve.

Pode-se, é verdade, questionar o argumento desta postura já que tal ideia de honra deixaria desamparadas as pessoas que não tivessem um bom reconhecimento social ou as que houvessem sido agredidas privadamente em sua honra. A reputação ou a consideração social (sentido objetivo) pode ser desmerecidamente boa ou má, e o sentimento próprio, dependendo da personalidade do indivíduo (sentido subjetivo), pode ser escasso ou muito exagerado. Pode suceder que determinadas pessoas, por distintas circunstâncias, careçam de estimacão própria, e outras, por seu caráter público, se lhe atribuam uma personalidade que não lhes corresponde (ESTRADA ALONSO, 1989, p. 25). Ao adotar *in totum* esta concepção fática pode-se correr o risco de anular a liberdade de expressão, pois qualquer opinião poderia ofender quem se caracteriza por uma sensibilidade extremada. Ademais, nunca se saberia com segurança jurídica qual haveria de ser a valoração que merceria uma conduta, pois o sujeito sempre estaria pendente da opinião dos demais.

Por outro lado, a *concepção normativa* de honra aduz que tal bem jurídico integra a dignidade da pessoa. A principal dificuldade desta corrente é concretizar o conteúdo desta dignidade.⁸¹ Ressalta Caballero Gea (2004, p. 17) que se admite que o direito à honra incorpora o direito ao respeito e ao reconhecimento da dignidade pessoal, necessários para o livre desenvolvimento da pessoa na convivência social, cuja negação ou desconhecimento se produz por meio de alguma expressão proferida ou qualificação atribuída a uma pessoa que inexcusavelmente a faça desmerecer em sua própria estimacão ou na do entorno social ou profissional em que se desenvolve. Também na aqui denominada concepção normativa de honra, pode-se encontrar autores que dividem o bem jurídico protegido em *honra objetiva* (honor), que a dignidade da pessoa refletida na consideração dos demais, e em *honra subjetiva*, que é a estima que cada indivíduo tem de si mesmo, sentimento pessoal da própria dignidade, ou seja, o que cada pessoa pensa de si mesma.

Neste sentido, Vidal Marín (2000, p. 63) observa que a honra é um direito da personalidade fundado na dignidade humana, entendido como o direito que tem toda pessoa a ser respeitada ante si mesma e ante os demais. Para alguns autores, conforme noticia Estrada Alonso (1989, p. 26), a dignidade da pessoa se vincula ao efetivo cumprimento dos deveres éticos/morais. Neste sentido, Cifuentes (1995, p. 456) afirma que a honra objetiva é, precisamente, uma valoração que outros fazem da personalidade ético/moral-social de um sujeito, enquanto que o subjetivo pode se entender como uma autovalorização ou apreço da própria dignidade.

Entretanto, para configurar o vigente conceito de honra, necessário se faz abandonar as concepções que fazem referencia à estimacão de uma pessoa em função do cumprimento de seus deveres éticos/morais. A honra não é sinônimo de “recompensa” pela capacidade e reconhecimento social da pessoa, pois é um valor que acompanha o ser humano desde seu nascimento. Se se entende que o reconhecimento do direito depende da atuação conforme a um molde, isso implicaria que uns indivíduos pudessem se afirmar como titulares de um direito à honra, e outros não. De fato, o conteúdo da dignidade humana, do qual emana a honra, deve se conectar com o direito a ser respeitado pelos demais e a não ser humilhado ou achincalhado ante alguém ou terceiros.

⁸¹ Como pondera Caballero Gea (2004, p. 20), a ideia de dignidade humana é o pressuposto da validade ético-jurídica, axiológica e antropológica dos direitos da personalidade e deve receber uma protecção judicial indireta, através de suas concretizações objetivas: vida, liberdade, intimidade, honra, imagen, etc.

De outro lado, ao se propor uma identificação entre a honra e a dignidade, o critério normativo careceria de sentido, ao admitir que todos, com independência de seu proceder, seriam merecedores do mesmo direito, que nunca poderia resultar ofendido pelas decisões que cada indivíduo adotasse, pois ninguém pode perder sua dignidade, faça o que faça (CABEZUELO ARENAS, 1998, p. 59 e ss.). O conceito meramente normativo supõe equiparar honra à dignidade pessoal, entendida esta última como compreendida de valores éticos, morais e sociais de atuação, mas não valora suficientemente uma série de fatores necessários para ponderar seu conceito e que incidem no âmbito de proteção que deve ser tutelado pelo direito à honra (ALONSO ALAMO, 1983, p. 141). A honra dos normativistas pode tender a gravitar sobre um conceito desprovido de reconhecimentos sociais, de funções e/ou méritos pessoais.

Ao teor do que antecede, há de se buscar uma linha argumentativa que conduza a uma concepção aplicável a qualquer sujeito. É coerente a defesa de uma *concepção intermediária*, que aposte por uma *adequação fática com subsídio normativo*. Para sua configuração jurídica, é necessário se ter em conta as normas e valores sociais, o comportamento do próprio titular do direito e, em definitiva, o livre desenvolvimento da personalidade (ROVIRA SUEIRO, 1999, p. 110). Enquanto a dignidade humana se configura como uma categoria pessoal *absoluta* (e não relativa) extensível a todo ser humano, o direito à honra protege um sujeito. Daí que surge a noção de honra como dignidade personalizada, a honra como um aspecto da dignidade humana, que reconhece a pessoa pelo mero fato de sê-lo e, além disso, como um valor social cuja proteção faz possível a vida em relação, pois a pessoa avalia internamente seu modo de ser e de se comportar na sociedade (MENDES, 1996, p. 18).

É certo que as relações sociais também influenciam no *modus vivendi* do indivíduo, mas os valores sociais não de estar fundados na dignidade da pessoa e no livre desenvolvimento da personalidade. Se a dimensão social forma parte do conceito de honra, é evidente que não pode se defender uma honra idêntica em cada pessoa, posto que as potencialidades psíquicas, morais, culturais e econômicas não são iguais. Deve-se produzir, portanto, uma conjugação entre o que o sujeito estima ofensivo para si e o que, à vista dos valores e padrões morais socialmente entendidos, há de se reputar como tal. Se se demonstra que, apesar de serem objetivamente vexatórias certas condutas ou afirmações, o afetado não se dá por ofendido com elas, é dizer, se se prova que com as ideias que essa pessoa mantém socialmente não resulta crível que as afirmações a ele direcionadas vulnerarem sua reputação e lhe causem dano moral, a ação de dita pessoa porventura proponha não deve prosperar para que não se fomente uma incongruência. Nem é suficiente só o “mal-estar” ou a indignação do sujeito, aparte do desvalor social, nem deve bastar tão somente o critério que representa a opinião de terceiros.

Neste sentido, para que a honra resulte afetada, a vulneração deve se produzir no plano interno, da *imanência*, e também alcançar o plano externo, da *transcendência*. Configurariam-se, pois, duas perspectivas de honra: (a) a personalização da circunstância própria da natureza do humano, do respeito ao sujeito, unida à (b) projeção social que o ser humano possui. O direito à honra não há de proteger unicamente este sentimento pessoal da própria dignidade, senão também a projeção na consciência social do conjunto dos valores pessoais de cada indivíduo (CORREIA, 2000, p. 587). Este conceito compreende o valor pessoal que emerge da dignidade humana, e que ninguém pode deixar de possuir, e o valor do comportamento pessoal a partir de pontos de vista ético/morais-sociais, pois “[...] uma sociedade sem honra e sem dignidade individual não merece

qualquer consideração, pois nenhum ser humano acredita que merece a pena viver nesse tipo de sociedade.” (HOMEM, 2004, p. 4-9).

Traçada uma linha inicial do que se pode entender por honra, convém diferenciar a proteção jurídica que se confere a este e a que se destina a proteger a imagem da pessoa humana. As considerações que antecedem já mostram que se está diante de duas tutelas jurídicas distintas. O direito à honra tem por finalidade proteger a dignidade personalizada do indivíduo, que se requiere para o livre desenvolvimento da personalidade, para preservar a projeção relacional-social que lhe rodeia (CHINCHILLA MARÍN, 1987, p. 108). Por sua parte, o direito à própria imagem busca tutelar juridicamente a representação gráfica que se faz, por qualquer meio, das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e convertem em reconhecível a figura da pessoa humana. Incorporam, pois, conceitos e objetos jurídicos completamente distintos, ainda que coincidam em um dos seus objetivos, que é a *inviolabilidade pessoal*.

A intromissão ilegítima no direito à própria imagem se produz pelo simples fato de que se represente graficamente, sem o consentimento, as expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e convertem em reconhecível a figura da pessoa humana, sem que se produza necessariamente um ataque à sua reputação. A vulneração da própria imagem não deve estar atrelada a uma projeção negativa que possa repercutir na consciência social do conjunto de valores sociais e pessoais de um indivíduo. O direito à própria imagem se centra, em sua essência, em proteger uma exigência individual, segundo a qual a pessoa deve ser o sujeito que consente ou não a representação da sua imagem. A configuração jurídica de tal direito se dedica a salvaguardar um âmbito individual, de reserva, de exclusão e que, em última instância, permite que a autonomia privada e a autodeterminação do sujeito sejam os parâmetros para a decisão de projetar o *aspecto físico externo de sua figura humana* no âmbito social. Ao titular lhe assiste, portanto, com exclusividade, o direito de determinar quem pode *representar graficamente* sua imagem, sem que esta decisão se vincule, em absoluto, à transcendência social dos valores ou padrões morais socialmente entendidos; sem que seja imprescindível, para que se vulnere este direito, que se insulte ou que se difame a pessoa.

De fato, a proteção jurídica da imagem humana não se circunscreve à difamação, que consiste em *rebaixar* ou *isolar*, em desmercer o afetado ante os seus coassociados e em lhe marginalizar com injúrias. O objeto do direito à própria imagem não se direciona a impedir que se rebaixe, que se insulte, que se desacredite, que se exponha a pessoa ao risco do ódio, do ridículo ou do desprezo dos demais. Tampouco o direito à própria imagem se orienta para proibir que se isole a pessoa, que se gere uma provável aversão de seus concidadãos, ainda que não haja descrédito no sentido estrito. Estes últimos exemplos de ataques são protegidos pelo direito à honra, pois configuram uma ofensa à boa fama que, naturalmente, pode prejudicar a reputação de uma pessoa. Tais aludidas condutas vulneram profundamente a autoestima do sujeito ou lhe causando danos morais.

Sem embargo, é indiscutível que por meio do uso ou do abuso da imagem alheia, pode ser também ofendida a honra da pessoa retratada. De fato, é evidente que em determinadas situações poderá ocorrer uma vulneração concomitante do direito à honra e do direito à própria imagem (HERCE DE LA PRADA, 1994, p. 25). Contudo, há de se constatar que não é imprescindível que dita ofensa se dê *sempre conjuntamente*. Existem diversos casos de divulgação da imagem em que se pode influenciar negativamente na estimação que terceiros tenham de um indivíduo, configurando-se, portanto, uma conspurcação simultânea de ambos direitos. Uma das possíveis hipóteses

desta *dupla ofensa* é a reprodução da imagem do ofendido mediante o uso de trucagens, fusões, superposições de fotografias e a colocação de uma nota de rodapé difamatória (O'CALLAGHAN MUÑOZ, 1991, p. 134). Nada obstante, convém rechaçar a ideia de que a ofensa à imagem deve estar inexoravelmente unida ao ataque à honra, ainda quando tal suposto aconteça nas publicações com propósito eivado de *animus iniuriandi* (CABEZUELO ARENAS, 1998, p. 84). Em que pese as inúmeras possibilidades destes casos de ataque concomitante aos dois direitos, insiste-se, não são forçosamente necessários, pois os bens jurídicos protegidos são distintos.

Moraes (1972a) formula um oportuno questionamento para delimitar as duas tutelas jurídicas e indaga que a tese da honra não pode explicar, por exemplo, a pretensão da demanda de uma pessoa em face que outra que haja utilizado sua fotografia como se fosse ela mesma. Hipótese esta muito presente nas atuais as redes sociais. Nesta conjectura, ainda que não se configurasse uma vulneração à honra, existiria o direito de impedir e de reparar o dano que se produz na personalidade da ofendida. De fato, esta seria uma possibilidade trivial de utilização imagem de alguém sem que com isso se ataque a honra. Não pode, tampouco, a tese da honra explicar o direito que tem a pessoa de proibir que se publique sua imagem em peças publicitárias, ainda que com essa publicação em si mesma somente se augure benefícios morais (MORAES, 1972a, p. 69).

Com efeito, é certo que a consagração constitucional da autonomia do direito à própria imagem corrobora sua emancipação frente ao direito à honra, pois são direitos independentes, autônomos, distintos, com características próprias, mas que tem uma raiz comum na teoria dos direitos da personalidade. São os dois, imagen e honra, direitos da personalidade, derivam da natureza humana, destinam-se à proteção da integridade moral e, em termos gerais, salvaguardam a *individualidade* dos seres humanos. No entanto, o dano à imagem humana pode se caracterizar simplesmente por uma captação, publicação ou reprodução não autorizada das evocações ou expressões visíveis do aspecto físico externo que a singularizam e a fazem reconhecível. De outro lado, para que exista ofensa à honra há de se vulnerar ou a estima social ou a dignidade individual do titular. A imagem se refere a um bem da personalidade puramente *externo*, em contraposição à honra que cobre aspectos *externos* e *internos*, vinculados à estima própria ou à consideração social (BALAGUER CALLEJÓN, 1992, p. 26-27). O conteúdo do direito à própria imagem, a livre determinação do uso da própria imagem pessoal, repisa-se, não pode se identificar com o da honra, apesar das citadas conexões que estes direitos têm (PASCUAL MEDRANO, 2003, p. 24).

Neste tom, para ratificar esta dissociação conceitual de tais direitos, é também oportuno se reportar ao entendimento de Vercelone, citado por Concepción Rodríguez (1996, p. 77) que distingue a imagem da honra em quatro exemplos que evidenciam a diferença: a) publicações da figura humana de uma pessoa sem o seu consentimento, mas *sem que exista vulneração à honra*; b) publicações da figura humana *sem consentimento* e *com ofensa* à honra; c) publicação da figura humana *sem* consentimento do titular, naquelas situações inexigíveis, *mas com* vulneração à honra; d) publicação da figura humana *com* consentimento e *sem* que resulte afetada à honra.

No primeiro caso, só se vulnera a imagem; no segundo se ofende a ambos os direitos; no terceiro só se verá conspurcada a honra; e no quarto, não há uma suposta violação destes dois direitos. Tais exemplos, de forma indisfarçável, forçam a admitir que a proteção jurídica dada à imagem humana há de ser outorgada pelo Direito considerando a mera obtenção ilegítima, isto é, a representação gráfica das evocações ou expressões pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura humana. Não é necessário, pois, que se difame,

injúrie ou calúnie alguém para que a tutela do bem da própria imagem surta seus efeitos. Em definitivo: não seria coerente proclamar um direito fundamental na Constituição sem objeto próprio. Seria manifestamente abstruso inserir no texto constitucional um direito à própria imagem cuja tutela jurídica estivesse dentro do âmbito de proteção do direito à honra.

7 O DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM E O DIREITO À INTIMIDADE

Seguramente, a teoria mais difícil de rebater é a que subsume o direito à própria imagem no direito à intimidade. Trata-se da tese que goza de mais aceitação na França (*droit à la vie privée*), funde-se com a doutrina do *right to privacy*,⁸² cuja origem se encontra em decisões judiciais medievais da Inglaterra e que, mais tarde, serviram de fundamento para a elaboração do afamado artigo de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis.⁸³

Gitrama González (1962, p. 327) noticia que Dusi e Stolfi defenderam que a salvaguarda do direito à própria imagem tinha seu fundamento na proteção oferecida à vida íntima das pessoas em face das indiscrições ou intromissões alheias. Com o mesmo raciocínio, De Cupis (1961) define o direito ao resguardo como a faculdade da pessoa de se subtrair do conhecimento dos demais e aduz que uma das manifestações mais importantes do direito ao resguardo é o chamado direito à própria imagem. Ao se vulnerar tal direito, o corpo e suas funções não sofrem alteração, mas se verifica uma mudança de descrição em relação à pessoa, além de uma modificação de caráter moral.

Com efeito, estas são algumas das ideias que consideram o direito à própria imagem como um instrumento do direito à intimidade. O argumento é que a imagem pertence, primordialmente, à intimidade do retratado. Entende-se, pois, que a representação dos traços físicos de um indivíduo implica um atentado a um aspecto íntimo e, neste sentido, a vulneração à própria imagem seria uma ofensa à intimidade. Somente tem sentido a tutela da imagem humana quando se presta a proteger este âmbito íntimo, de reserva pessoal em desproveito das intromissões ilegítimas, para a manutenção de uma mínima qualidade de vida. O aspecto físico da pessoa humana se concebe, desde esta perspectiva, como o primeiro elemento configurador da intimidade, enquanto meio básico de identificação e projeção externa e como fator ineludível para o reconhecimento do indivíduo (RUIZ MIGUEL, 1995, p. 111).

Do latim *intimus*, intimidade é o mais recôndito, *in eo sacrario intimo*, o interior, o secreto, o profundo, de confiança. Assim o sagrado e o secreto se correlacionariam. *Secreto* provém de *secerno*, separado, apartado, distante, é dizer, a pessoa distancia os estranhos de sua intimidade. Também se extraiu o termo intimidade das expressões do latim *intima amicitia* (amizade íntima), isto é, o íntimo não se deve divulgar sem o consentimento da pessoa. *Privar* é sinônimo de *segre-*

⁸² Este trabalho faz uso da expressão *right to privacy*, mais utilizada no texto de Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis. No referido estudo, também empregaram a expressão *right of privacy*, e a *right to be let alone*, esta última formulada originalmente pelo juiz Cooley (*The Elements of Torts*, 1873).

⁸³ No ano de 1881, após se casar com a filha de um senador e iniciar uma vida com mais luxo e ostentação, com festas fartas e privadas, Warren despertou a curiosidade dos periódicos. Isso resultou numa divulgação de detalhes de ditas festas por um semanário, especialmente pelo *Saturday Evening Gazette*. Em 1890 se publicou na imprensa uma reportagem sobre um evento realizado na casa dos Warren para celebrar o casamento de um familiar. Irrresignado com tal situação, que invadia sua vida privada, Warren convidou Brandeis, seu colega de Harvard, para que juntos escrevessem o artigo *The right to privacy*, publicado na *Harvard Law Review*. O texto defendia o direito de estar só, protegendo o isolamento pessoal, de o indivíduo ter resguardada sua vida privada.

gar, referindo-se ambos a *separar*. Por isso, há contato entre *separado* e *secreto*. Sem embargo, usualmente ambos termos se distinguem: o *secreto* reforça o valor do *privado*, pois *secreto* é aquilo que se esconde, e *privado* o que não se quer dar publicidade. No âmbito jurídico, é comum a utilização da palavra *reserva* e assim, em italiano se utiliza a expressão *diritto alla riservatezza* (HERRERO-TEJEDOR, 1994, p. 74).⁸⁴ Nada obstante, entre *reservado* e *privado* há uma diferença: pode-se viver *privadamente* sem necessariamente ser *reservado*; a *reserva* é mais uma disposição do ânimo que um modo exterior de viver.

O tempo *privacidade*, correlato de *privacy*, teria como correspondente o latim *privatus*: *privado*, próprio, individual, pessoal: *in privato*.⁸⁵ O termo com o qual se designa a proteção da esfera privada da pessoa não responde a um conceito unitário no sistema jurídico-constitucional estadunidense. Desde sua gênese, tal concepção adquire uma conotação ampla, caracterizada pelo rechaço de toda intromissão não consentida na vida privada. Formulou-se a *privacy* em termos de *segredo*, *autonomia*, *individualidade*, *desenvolvimento da personalidade*, *liberdade de eleição em assuntos pessoais*, como substrato essencial da *inviolabilidade da dignidade pessoa*, e, atualmente reivindica-se como *direito a controlar a informação sobre a sua pessoa*. Como ressaltado por Saldaña Diaz (2007), no contexto anglo-saxão a *privacy* tem correlação com a ideia de *liberdade traduzida na autonomia individual defendida por J. Stuart Mill (On Liberty: 1859)*, a qual centrava seus argumentos na *proteção dos aspectos que unicamente ao individuo lhe competiam, como seu corpo e sua mente*.

Uma primeira questão a ser esclarecida é, pois, a diferença terminológica existente no inciso X, do artigo 5º do texto constitucional brasileiro: “[...] *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.*”⁸⁶ Ainda, no mesmo artigo são previstos: a *inviolabilidade do domicílio (XI)*;⁸⁷ o *sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das*

⁸⁴ Aos adjetivos público e secreto correspondem os substantivos publicidade e segredo. A língua italiana corrente não tem um substantivo abstrato correspondente a *privado*, diz-se *privação* como publicação, mas não *privacidade* que traduziria o inglês *privacy*.

⁸⁵ Jabur (2000, p. 255-256) defende que a inserção da “*privacidade*” na língua portuguesa é um anglicismo: “É comum referir-se à vida privada evocando os substantivos *intimidade* e *privacidade*. Os dicionaristas mais modernos tratam-nos como sinônimos. *Privacidade* é anglicismo, veio de *privacy*. Antes da importação do vocábulo, ao adjetivo *privado* ou *privativo* correspondia o substantivo *privatividade*. No campo prático, invocar um ou outro termo não implica qualquer minoração protetiva” [...] “Em visão mais técnica, o direito à vida privada posiciona-se como gênero ao qual pertencem o direito à *intimidade* e o direito ao *segredo*. A vida privada é a esfera que concentra, em escala decrescente, outros direitos relativos à *restrição de vida pessoal* de cada um, imposta na medida em que a *intimidade* se for restringindo.”

⁸⁶ Vid. Costa Júnior (2004), Bittar (2002, p. 121-132), Atheniense (2002, p. 1170-1177), Bessa (2003), Caldas (1997), Dotti (1980), Jabur (2000), Castro (2002), Vieira (2002), Paiva (2003, p. 675-705), Farias (2000), Cachapuz (2006), Gonçalves (2006, p. 56-68), Ramos (2005, p. 39-53), Godoy (2001), Rodrigues (2003, p. 21-31), Doneda (2006), Duarte de Queiroz (2002, p. 81-96), Couto (2003, p. 11), Carvalho (2003, p. 77-119), Limberger (2000, p. 110-124), Castro (2002, p. 40-45), Brasil Lima (2005, p. 283-290), Drummond (2003), Ejnisman (2005, p. 91-101), Guerra (2004), Opice Blum e Cardoso (2005, p. 153-157), Porto Macedo Junior (1999, p. 13-24), Reinaldo Filho (2002, p. 25-40), Reinaldo Filho (2005, p. 52-58), Silva, Silva e Ribeiro do Valle (2005, p. 245-254) e Lewicki (2006, p. 211-219).

⁸⁷ O Supremo Tribunal Federal, não sem razão, dilatou o âmbito de proteção do termo “*casa*” em dois interessantes julgados: SS 1203/DF, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 08/09/1997 Publicação DJ 15-09-97, P-44222; e RE 251445/GO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 21/06/2000, Publicação DJ: 03/08/2000, PP-68.

comunicações telefônicas (XII); o *habeas data* (LXXII), a exceção do princípio da publicidade (LX), esta última também descrita no IX, do artigo 93.⁸⁸

Na República Portuguesa, o artigo 26.1 da Constituição estabelece que “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.” Um exame filológico demonstra que a redação do texto faz uma literal distinção entre reserva, intimidade e vida privada. Não obstante a doutrina considera que o teor gramatical dessa disposição não deve ser sobrevalorizado (PINTO, 2000, p. 153-203) e que tal diferença não é relevante, por não ser fácil delimitar a linha divisória entre o campo da vida privada e familiar que goza de reserva de intimidade e o domínio, mais ou menos, aberto à publicidade (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 468; PINTO, 1994).⁸⁹ Argumenta-se que a utilização do conceito de “intimidade” não pretende diminuir a proteção conferida, mas só depurar deste preceito a proteção da vida privada (MAC CRORIE, 2005). O Tribunal Constitucional lusitano, por sua parte, tampouco se posicionou, decisivamente, sobre a terminologia.⁹⁰

Com efeito, é indiscutível que sobre as noções de intimidade e vida privada gravita uma aura subjetiva que as confere equivocidade, imprecisão e dubiedade, dificultando a exatidão de seus significados. A indeterminação é uma característica ontológica da própria construção da vida privada, pelo que resulta dificultoso tecer um conceito inflexível de intimidade ou de vida privada, as quais se norteiam pelos valores sociais, temporais, culturais e individuais. É inexorável, portanto, reconhecer que há dificuldade de delimitar e conceituar tais termos: vida privada (privacidade) e intimidade neste contexto da sociedade informacional (CASTELLS, 2003).

Não obstante, a doutrina, tanto a brasileira como a portuguesa, elegeu o uso da expressão *direito à privacidade*, em sentido amplo, de modo a abarcar essas manifestações da intimidade e da vida privada.⁹¹ *Privacidade* seria, pois, o conjunto de informações acerca do indivíduo, que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições (DUARTE DE QUEIROZ, 2002). Nada obstante, neste trabalho se fará uso das três expressões, quando pertinentes, pois a *intimidade* é mais um conceito mais restritivo e possivelmente mais intenso que o estadunidense *privacy*, e que o termo *privacidade*, apesar da adoção massiva pelos doutrinadores, deve se entender como referente à *vida privada*.⁹²

É indisputável reconhecer que não é fácil delimitar e conceituar tais termos: vida privada (privacidade) e intimidade. Uma dificuldade conceitual que, em todo caso, não pode propiciar um desmerecimento de tais bens da personalidade que devem ser eficaz e efetivamente tutelados.

⁸⁸ Destaque-se o art. 10 da Lei n. 9.296/96; o art. 21, do Código Civil, artigos 150, 151, 152, 153, 154, 313-A, 313-B, 325 no Código Penal; art. 7º da Lei 11.111/2005.

⁸⁹ A favor de uma possível distinção: Cabral (1988, p. 30-31) e Capelo de Souza (1995, p. 316 e ss).

⁹⁰ Cf. Acórdãos 128/92 e 337/97.

⁹¹ Vid. Rebelo (1998), Mac Crorie (2005, p. 47-62), Abreu (2005, p. 113-118), Andrade (1996), Carvalho, Cardoso e Figueiredo (2005a, 2005b), Correia (2000), Canotilho e Moreira (2003, 2007), Machado (2002), Cabral (1988), Capelo de Souza (1995), Mota Pinto (2000, p. 153-203, 1993, p. 479 e ss, 2006), e Pinto (1994, p. 27-147).

⁹² O conceito de *privacy* foi concebido em um ambiente cultural e jurídico muito diferente do brasileiro, no qual a própria necessidade de um conceitual atende necessidades distintas. No ordenamento norte-americano, o *right to privacy*, como se verá, assume um caráter bastante abrangente, que deve ser devidamente filtrado para ser transposto para a nossa cultura jurídica.

O dinamismo que o ser humano tem como característica ínsita a sua personalidade faz com que seja fugidio estabelecer linhas ou graus da intimidade do indivíduo, dificultando, é verdade, o estabelecimento de um conceito assentado. As pessoas, dada sua individualidade, podem ser mais ou menos comunicativas, introvertidas ou extrovertidas, estabelecendo todas elas um rito para preservar sua intimidade. Por isso, ganhou protagonismo a *concepção subjetiva/dinâmica de intimidade*, que entende que a proteção jurídica dada a tal bem da personalidade não garante uma intimidade determinada, estática, fixa: garante-se o direito a possuí-la.⁹³

Neste sentido, faculta-se o direito sobre a publicidade da informação relativa ao círculo reservado da pessoa e sua família, com independência daquilo que se deseja manter ao abrigo do conhecimento público.⁹⁴ Atualmente, sem embargo, na vigência desta *concepção dinâmica* de intimidade, o conteúdo parece, inicialmente, determinado pela própria pessoa (*imanência*) e, em segunda instância, pelas circunstâncias concorrentes em cada caso: o valor cultural, histórico, econômico, político e social (*transcendência*) (GARCÍA GARCÍA; GARCÍA GOMEZ, 1994, p. 25). A volatilidade do bem jurídico, isto é, a mutabilidade do seu conteúdo e a influência do contexto sociocultural, fez que perdesse força, por certo, a eficácia do *critério espacial* para definir o que é intimidade, pois quando o indivíduo abandona seu domicílio, o direito à intimidade “o segue”, seja qual for o âmbito em que se desenvolva⁹⁵. Além disso, com a *internet* e, conseqüentemente, com as variadas formas de acessibilidade móvel à *rede*, o titular pode resguardar ou ser afetado na sua vida privada ou intimidade ao se conectar, argumento que reforça a superação do critério *ratione loci* para se definir os conceitos de tais bens jurídicos.

Em outras palavras, a intimidade, em definitiva, não se refere a um sujeito localizado em um espaço físico determinado, pois ela acompanha a pessoa independentemente do lugar onde se encontre (MAC CRORIE, 2005, p. 58). Todos estes fatores fazem com que o labor de intentar conceituar a intimidade se converta em uma tarefa quase insustentável. Contudo, é conveniente destacar algumas características deste bem da personalidade.

Urge apontar que há registro de discussão doutrinária sobre o surgimento da intimidade. Como bem explica Ruiz Miguel (1995, p. 26), a intimidade pode ser estudada desde uma tripla perspectiva:⁹⁶ a) a intimidade como *fenômeno* distingue as dimensões da vitalidade, da alma e do

⁹³ Na STC 134/1999 de 15 de julho, o Tribunal Constitucional da Espanha aduziu que “El art. 18.1 C.E. no garantiza una *intimidación* determinada, sino el *derecho a poseerla*, a tener vida privada, disponiendo de un poder de *control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público*. Lo que el art. 18.1 garantiza es un *derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando a terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada*, pudiendo cada persona reservarse un *espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio*.”

⁹⁴ ESPANHA, Tribunal Constitucional. STC 115/2000, de 05 de maio, FJ8.

⁹⁵ *Vid.* European Court of Human Rights (2004).

⁹⁶ Ruiz Miguel (1995, p. 31 e ss.) identifica várias teorias que pleiteiam a gênese da intimidade. A) Teoria Racionalista em que Pérez Luño (intimidade-direito) a visualiza no período do racionalismo e do Iluminismo em conexão com a ascensão da burguesia e, por outro lado Truyol Y Villanueva (intimidade-ideia) vinculam a aparição da noção de intimidade ao cristianismo (autoconsciência da subjetividade), e, em particular, a Santo Agostinho; B) Teorias Históricas: duas linhas básicas: b.1) A primeira versa em torno da propriedade. Faz a conexão intimidade-propriedade burguesa. Westín, com base em dados zoológicos, suscita inclusive a existência de intimidade no reino animal, justificando o instinto de territorialidade de incontestante parentesco com a noção de propriedade. Na medida em que o instinto de territorialidade aparece também no ser humano, representado geralmente na propriedade, este autor afirmar que a propriedade não nasce com a

espírito. Por este motivo, é difícil a constatação de tal possibilidade, pelas diferenças teológicas de cada comunidade; b) a *ideia* de intimidade como um sentimento instintivo. Entretanto, as pessoas podem estar realizando atos que traduzem um exercício da intimidade sem que, todavia, hajam tomado consciência de tal feito. A intimidade é um instinto e a forma de consciência sobre a intimidade não se encontra presente em todas as sociedades. Mesmo nestas onde há dita ideia, o grau de teorização pode variar; c) é mais fácil, contudo, ser reconhecida a intimidade como *direito* (fator político-jurídico): onde tenha sido normatizada. Sem embargo, ainda que difícil, há a possibilidade de que se encontrem normas protetoras da intimidade onde não se haja produzido um real debate, como, por exemplo, sobre a inviolabilidade do domicílio.⁹⁷

De fato, na Antiguidade Clássica os cidadãos gregos viam a essência do indivíduo no ser político, pois na democracia ateniense era fundamental a participação de todos os cidadãos para a eliminação da fronteira entre a vida pública e a vida privada. Ao cidadão ateniense lhe repugnava a descrição de sua intimidade pessoal (CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, 1996, p. 19). Na concepção clássica dos gregos, uma vida centrada na individualidade (*one's own*), distante do mundo das pessoas comuns, não era considerada apreciada (SAHM, 2002, p. 148). A separação do público e do privado descansava na distinção entre o que era comum aos cidadãos livres (esfera da *polis*) e o que era particular a cada indivíduo (esfera do *oikos*). A dicotomia entre o público e o privado era explicada pela própria distinção política e a distribuição de atividades da pessoa dentro do espaço de convivência. Todas as atividades privadas estavam submetidas a uma vigilância. A autoridade intervinha inclusive nas relações domésticas. Assim, o indivíduo, soberano quase sempre nos assuntos públicos, era um escravo em todas as questões privadas. A expressão “vida privada” indicava literalmente privação de algo, o que conduzia a classificar como não usual este modo de comportamento. Observa Campos (1991, p. 129-223) que:

[...] a casa era uma parte da rua, com a qual não tinha fronteiras. A sociabilização dos mais novos era feita na rua, em contato estreito com as casas dos outros; o parlatório era na rua-sala-de-visitas (<<as mulheres no soalheiro>>); era na rua que os homens conversavam. A vida pessoal, familiar, estava completamente exposta, controlada por todos através de uma rede social difusa que observava os comportamentos e punia os desvios ao modelo dominante.

A distinção entre vida pública e vida privada se torna mais notória quando emerge a nação-Estado e quando se criam as teorias dos séculos XVII e XVIII, que engendraram uma ideia de

burguesia, mas com o ser humano; b.2) A segunda linha argumenta as três perspectivas da intimidade: fenômeno, ideia e direito O fenômeno da intimidade aparece em todas as sociedades humanas, pois tem uma vertente natural e outra histórica. Sobre a ideia de intimidade Fariñas Matoni indica rumores na civilização hindu, no jainismo, no budismo e nos livros canônicos chineses. Sêneca, filósofo cordobês, retratou a contraposição entre o indivíduo imerso nos negócios ou ocupações exteriores (*ad alia, ad alios*) e o indivíduo que vive sua vida retirado e envolvido no saber (*ad animum, ad se*). Seria o precursor do método introspectivo e quando quis aludir ao seu interior se referia a *intus* (dentro), adjetivo que se deriva do superlativo *intimus*. Não se pode, então, dizer que em Roma se desconhecia a ideia de intimidade. Teruel Carralero identifica a proteção estatal da correspondência no Direito Romano, pois sua violação resultava em duas ações: a *actio iniuriarum* e a *actio furti*. A lei das XII Tábuas dispunha que a citação era um ato violento e que, por tanto, não se podia entrar na casa do cidadão para fazê-la.

⁹⁷ Fariñas Matoni (1983) estuda a origem teológica, a filosófica e a científico-jurídica do direito à intimidade.

“esfera pública”, delimitando, por conseguinte, uma “esfera privada” livre da ingerência estatal. Sem embargo, na Idade Média, pela própria característica do modo de vida deste período medieval, o isolamento se tornou um privilégio das mais altas classes da nobreza ou de aqueles que por livre eleição ou necessidade renunciavam à convivência⁹⁸. Esta possibilidade de isolamento paulatinamente se fez mais crescente a medida que as condições sociais e econômicas conduziram ao desenvolvimento dos núcleos urbanos. A intimidade surge, pois, com a desagregação da sociedade feudal.⁹⁹

Nesta linha, a reserva vai se configurando como uma aspiração da burguesia de aceder ao que antes havia sido um privilégio de poucos. Daí que os caracteres, os quais desde seus inícios vão conformando a ideia moderna de intimidade, encontrem-se estreitamente vinculados às necessidades e à ideologia da classe social que a inicialmente reclamou¹⁰⁰. A origem histórica da ideia de intimidade, assim entendida, surge no mesmo momento em que se constrói o Estado Liberal e aparece uma burguesia estruturada e que se consagra o individualismo (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 321 e ss; MURILLO DE LA CUEVA, 1990, p. 49 e ss; BEJAR, 1990, p. 58 e ss; GÓMEZ PAVÓN, 1990, p. 12 e ss). De fato, a materialização da necessidade de salvaguardar um âmbito de independência do indivíduo se produz em um momento posterior e é consequência da orientação individualista do Estado Liberal, pois se começa a considerá-la como um pressuposto para a liberdade individual.

Efetivamente, o triunfo da classe burguesa permitiu, durante a segunda metade do século XIX, partindo do postulado do direito à propriedade, a consagração de um espaço privado necessário ao ser humano: a sua personalidade (ALCARAZ, 2007). A ideia burguesa de intimidade está pensada para seu exercício por grupos, sem que exista uma preocupação por fazê-la chegar aos estratos mais humildes da população. Imprime-se, de certo modo, uma lógica de classe no âmbito de proteção deste direito. A redução da proteção jurídica a um espaço reservado ao indivíduo nos ordenamentos eminentemente patrimonialistas fez, pois, de tal bem da personalidade uma prerrogativa reservada às classes sociais elevadas. As demandas ingressadas contra a ofensa a este direito usualmente tinham como protagonistas pessoas com determinada projeção social ou patrimonial, corroborando o elitismo de seu exercício jurídico.

Com efeito, prova das afirmações antecedentes são as decisões dos tribunais da época *Prince Albert vs. Strange* (1849) e o caso *Rachel* (1858) (RUIZ MIGUEL, 1995, p. 33). A delimitação do espaço pessoal, portanto, configura-se como uma aspiração da classe burguesa, até que se ini-

⁹⁸ Argumenta Rebelo (1998, p. 72 e ss.) que: “Poder-se-ia vincular a aparição do direito à intimidade a Sto. Agostinho (sec. IV-V) que menciona, pela primeira vez, a intimidade no seu livro das Confissões, onde desenvolve a doutrina da interioridade. Supõe a liberação do indivíduo enquanto tal, e afirma-se no direito à solidão. A intimidade seria um prolongamento da propriedade, ou a propriedade seria uma condição para aceder à intimidade. No século XIII, São Tomás de Aquino afirma que a intimidade é o núcleo mais oculto das pessoas, e só quando esta intimidade é manifestada publicamente pela pessoa, pode ser julgada e valorada pelas restantes pessoas; mas se é manifestada em privado ou em segredo a outra pessoa concreta, há que continuar a respeitá-la.” Não obstante, infere-se que se trata, pois, de uma manifestação da ideia de intimidade, como também a teve Martin Lutero quando protestou para ter a sua interpretação de sua própria religiosidade.

⁹⁹ Cabral (1988) informa que a maioria dos autores cita como o mais remoto precedente do direito à intimidade uma decisão francesa de 1384, o caso *I de S. et uxor vs. De S.* O réu quis comprar vinho de madrugada e bateu na porta de uma taberna de propriedade dos autores. Como não o atenderam, o demandado golpeou a porta com um machado na janela da casa dos donos da taberna. A decisão condenou o réu a pagar uma indenização pelos males causados, não obstante não haja sido comprovado no processo que houvesse danos materiais graves.

¹⁰⁰ Invocou-se a tutela da intimidade como reflexo do direito de propriedade, representado pela inviolabilidade de domicílio, que seria um domínio privado do indivíduo. Neste sentido é que se formulou no *common law* o brocardo *man’s house is his castle* (Lord COKE, em 1604), consagrado na Inglaterra no início do século XVII.

cia a Revolução Industrial. Esta concepção individualista do espaço reservado ao indivíduo alcançaria sua glorificação na Inglaterra do século XIX,¹⁰¹ sendo a residência o ponto de refúgio. Talvez, seja, portanto, a partir desta época que se inicia a separação *jurídica* entre privado e público.

De fato, até o século XIX não se tem notícia de uma preocupação jurídica específica e teorizada da intimidade. O tratamento jurídico ao instituto se dava pela proteção à propriedade e ao direito contratual. Com a Revolução Industrial, com modificação da sociedade e a substituição gradativa de seus valores eminentemente agrários e de seus costumes mais simples por relações mais complexas, a partir do crescimento das cidades, do surgimento do consumo de massa e do desenvolvimento tecnológico, o debate sobre o direito à intimidade foi se emergindo. Exige-se, pois, um sistema de proteção mais congruente com as ameaças e lesões destes câmbios sociais, ampliando a aplicação do conceito de intimidade.

Uma das primeiras manifestações doutrinárias a respeito teve lugar na conferência pronunciada no Ateneu de Paris, em fevereiro de 1819, por Benjamin Constant (1989). Constant (1989) afirmaria que a liberdade dos antigos consistia em exercer, de forma coletiva mas direta, distintos aspectos do conjunto da soberania, em deliberar na praça pública, mas ao mesmo tempo em que os antigos chamavam liberdade a tudo isto, admitiam como compatível com esta liberdade coletiva a completa submissão do indivíduo à autoridade do conjunto. Pelo contrário, entre os modernos, o indivíduo é independente em sua vida privada, mas não é soberano (só em aparência) nos Estados mais livres. A liberdade, portanto, deve consistir no desfrute da independência privada, sem chegar a sacrificá-la aos direitos políticos, como ocorria na Antiguidade. A construção da esfera reservada, a ideia de liberdade como autonomia individual, antes que como participação e busca do equilíbrio entre o público e o privado, constitui o fito principal da concepção de direitos de Constant.

Sem embargo, o artigo *The Right to privacy*, de Warren e Brandeis, publicado na *Harvar Law Review*, em 1890, foi considerado o marco inaugural da formulação do direito à *privacidade*.¹⁰² Preocupados com as constantes intrusões da vida pessoal e familiar por jornalistas, e fun-

¹⁰¹ Ressalta Campos (2004, p. 100) que o ser humano viveu até o fim do século XVIII, e também grande parte do século XIX, uma vida essencialmente pública. Cada ser e sua família se representavam integrados numa ordem universal, no cosmos, ordenado por Deus. Todos deviam se pensar, cada qual em sua função e lugar, como partícipes de uma ordem universal.

¹⁰² O artigo obteve inestimável repercussão mundial, motivando juristas a debater sobre o direito à *privacy*. A doutrina da *privacy* apresentou um desenvolvimento ainda fragmentário até meados do século XX, quando veio finalmente alcançar autonomia internacional, primeiramente na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, 1948, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Mais tarde, em 04.11.1950, também tutelada pela Convenção Européia dos Direitos Humanos.

Comenta Guerrero (2005, p. 11) que apesar de que seja invidiosa a enorme influência do artigo, sua incidência real na prática jurídica estadunidense é muito mais limitada, pois a proteção que goza a vida privada de um estadunidense frente aos meios de comunicação é muito inferior à que desfruta um cidadão da Europa continental. Ademais, os autores do mencionado artigo mostraram um bom conhecimento do direito alemão e, sobretudo, francês em matéria de difamação, ao passo que Whitman (2004) sustenta que a contribuição destes autores não possa se valorar como uma grande inovação estadunidense, senão como um transplante continental. Analisa Fayós Gardó (2000, p. 25-32) que Warren e Brandeis recorrem ao *common law* e buscam precedentes judiciais que apoiem a pretendida existência de um direito à *privacy*. Examinam diversos casos ingleses sobre direito de propriedade, sobre patentes, sobre difamação e sobre *breach confidence*. Deste estudo e, nomeadamente, do caso inglês do ano de 1848, *Prince Albert vs Strange*, chegam à conclusão de que existe um autêntico *right to privacy*. Warren e Brandeis (1995) entendem que a pesar de os tribunais basearem seus julgados nos direitos de propriedade, em alguns supostos aplicam uma doutrina mais liberal,

dados no direito de estar só (*right to be let alone* do juiz Cooley), delineararam o *right to privacy* baseado não em teses físicas/materiais, mas em *morais* como a *inviolabilidade da personalidade*. O objetivo destes autores foi investigar a existência de algum princípio que pudesse ser invocado para amparar a *privacy*. Partindo da premissa de que a proteção da pessoa e da propriedade era um princípio antigo, consideraram que o *common law* assegurava a cada indivíduo o direito a determinar até que ponto seus pensamentos, sentimentos e emoções deveriam ser comunicados a outras pessoas. Concluíram que o *right to privacy* provinha do princípio-garante da *inviolabilidade da personalidade*; contudo, sustentavam que a publicação de fatos de interesse público não poderia ser impedida. Deste modo foi edificada a doutrina estadunidense do *right of an individual to live a life of reclusion and anonymity*, em íntima conexão com a tutela jurídica do *right to privacy* (WARREN; BRANDEIS, 1995).

Posteriormente, a doutrina alemã cunhou a teoria das três esferas (*Sphärentheorie*), uma tese que marcou a jurisprudência constitucional da República Federal de Alemanha, descrita nas obras de Henkel e Hubmann. De acordo com esta teoria, caberia diferenciar três esferas dotadas de diversos níveis de proteção, de tal modo que quanto mais se aproxime o dado revelado ao núcleo do íntimo, maior relevância deverá se exigir à informação para que se considere que sua difusão é constitucionalmente legítima. Distinguem-se assim:

- a) (i) *Intimisphäre* (esfera íntima): que corresponde ao âmbito mais recôndito e secreto da pessoa. Incidem aquelas informações que se relacionam com o âmbito vital e interno das pessoas, especialmente sua vida sexual e sua vida sentimental, entende-se que afetam esta esfera os dados referidos ao ser físico e ao “não ser” do indivíduo: enfermidade, nascimento, vida sexual, morte;
- b) (ii) *Privatsphäre* (esfera privada): refere-se à vida pessoal e familiar, abarca questões que afetam a vida doméstica e ao círculo dos familiares, amigos e estreitos conhecidos. É uma salvaguarda em face da imprensa para os assuntos relativos à vida privada como a situação familiar e suas mudanças, os problemas de saúde, a crença religiosa, dados financeiros, a situação patrimonial ou o lugar de residência;
- c) (iii) *Individualsphäre* (esfera individual): cobre tudo o que não está relacionado às esferas anteriores em um raciocínio negativo e excludente, alude fundamentalmente às relações da pessoa com seu entorno social. Permite-se uma divulgação de informações, sempre e quando não se trate de dados falsos ou lesivos à pessoa.

porque na realidade o que buscam é proteger as pessoas contra atos alheios que invadam sua vida privada. Citam o uso da palavra *privacy* no caso do príncipe, donde se disse expressamente que *privacy is the right invaded*. Dão exemplos de outros casos, mas admitem que os tribunais aplicaram o *right to privacy* diversas vezes, ainda que o denominem de outra forma. Fayós Gardó (2005) cita Pratt que afirma que Warren e Brandeis estavam equivocados e que a argumentação não se sustentava em suas próprias provas. Advoga, pois, que não se pode encontrar nenhum precedente inglês de aplicação do *right to privacy*, pois os casos, em sua maioria, se resolvem com fundamento no direito de propriedade. Fayós Gardó (2005) afirma que poucos autores que estudaram este artigo examinaram as decisões citadas e comprovaram que apesar do peso e do prestígio, Warren e Brandeis se equivocaram na sua demonstração. É mais exato dizer, conclui Fayós Gardó (2005), que o artigo conduziu à criação de um direito, não que o descobriu. O êxito deste artigo foi discernir que a vida social requer uma proteção legal tanto para os aspectos proprietários como para a personalidade.

Esta teoria é uma das mais citadas pela doutrina brasileira. Pauta-se no fato de que a sociabilidade de cada indivíduo é limitadora da liberdade individual. A proteção jurídica da personalidade deve ser inversamente, portanto, proporcional à sociabilidade do seu comportamento em questão (SAMPAIO, 1998, p. 254). Com a obra “O direito de estar só”, Costa Junior (2004, p. 36) aduz que o direito à privacidade seria gênero do qual a intimidade seria espécie. Tal distinção, segundo o autor, dá-se em decorrência da doutrina alemã das três esferas concêntricas (Teoria das esferas - *Sphärentheorie*), a qual distingue privacidade, intimidade e segredo em: *Privatsphäre*, *Intimisphäre* e *Geheimsphäre* (COSTA JUNIOR, 2004, p. 37). A *Geheimsphäre*, ou esfera do segredo - a esfera central - seria a intimidade em sentido estrito, relacionada às informações ou sentimentos não compartilhadas com ninguém ou somente com amigos muito próximos (COSTA JUNIOR, 2004, p. 38).

Esta teoria resultou indubitavelmente útil desde o momento que permitiu aos tribunais realizar uma ponderação orientada por parâmetros e critérios objetivos, permitindo assim a previsibilidade das resoluções judiciais. Todavia, a fragilidade da teoria das esferas reside no fato de que não se pode traçar uma linha nítida entre as elas (MEDINA GUERRERO, 1996, p. 14-18; LEONARDI, 2011, p. 60). Além disso, a rigidez conceitual desta tese não permite responder a uma variada série de casos que a tutela da intimidade pode suscitar, pois somente se conceituam *a posteriori* os resultados a que se pode chegar por outras vias argumentativas (MIRANDA; MEDEIROS, 2005, p. 290; LEONARDI, 2011, p. 61).

Na evolução deste tema, ainda, é inolvidável a construção doutrinal de Prosser (1960) que sugere que a proteção do *right to privacy* se dá por meio de categorias de vulnerações, rompendo, de certo modo, a unidade que a este direito lhe deram Warren e Brandeis. Estas categorias seriam:

- a) *intrusion (intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his private affairs)*: protege a privacidade frente à ofensa ao âmbito de retiro pessoal, com a solidão ou com assuntos privados independentemente dos meios utilizados. Tem por escopo evitar intromissões tais como escutas ilegais, obrigar a alguém a fazer exames laboratoriais de sangue, expor os dados bancários;
- b) *public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff*: tutela a divulgação pública de fatos privados, de maneira altamente ofensiva e que não seja do legítimo interesse do público;
- c) *publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye*: divulgação pública de falsos ou inexatos fatos imputados a uma pessoa que tergiversam sua personalidade;
- d) *appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness*: apropriação dos atributos da personalidade sem o consentimento do interessado, com a intenção de obter alguma vantagem.¹⁰³

¹⁰³ Fayos Gardó (2000, p. 98) relata que em teoria subsistem a *appropriation* como direito à intimidade, e o *right to publicity* como um direito de propriedade. Contudo, na prática, o que se está produzindo é a transformação do conceito do direito à própria imagem desde uma perspectiva de direito da personalidade a um direito exclusivamente de natureza patrimonial. Isso porque, historicamente, os tribunais norteamericanos

Quatro anos mais tarde, Bloustein (1964) contestaria a tese de Prosser, aduzindo que seu estudo era excessivamente patrimonialista. Efetivamente, a *privacy* tem de ser vista como um aspecto da *liberdade*, que supõe um desenvolvimento da inviolabilidade da personalidade e não da propriedade. Não de ser interpretados os casos incluídos na violação da *privacy* como integrantes de um todo, pois tentam afetar um bem que os conecta: a *privacidade*. Se interpretada de modo inflexível a teoria de Prosser, que vislumbra estabelecer alguns critérios de identificação das possíveis ofensas à *privacy*, pode-se chegar a equivocada conclusão de negligenciar sobre o vívido dinamismo que orbita sobre o conceito deste direito nos Estados Unidos.

Nada obstante, Pérez Luño (2005, p. 335) confirma que a jurisprudência e a teoria norte-americanas conduziram o significado de *privacy* a quatro grandes áreas: i) *Freedom from unreasonable search*, liberdade ou segurança em face de qualquer tipo de intromissões indevidas na esfera privada; ii) *Privacy of association and belief*, garantia do respeito das opções pessoais quando se está ante crenças e associações; iii) *Privacy and autonomy*, tutela da liberdade de eleição sem interferências; iv) *Information control*, possibilidade dos indivíduos e grupos acederem e controlarem as informações que lhes dizem respeito. Identifica-se uma progressiva tendência a conceber a *privacy* como o poder de exercer um controle de informações que possam afetar a cada pessoa, individual ou coletiva.

Exposto este sucinto esboço evolutivo, é patente que toda pessoa tem uma vida pública, é interdependente com as outras pessoas, pois é um *zoon politikon*. Em sentido genérico, vida privada se contrapõe à vida pública, considerada esta última como as relações existentes entre uma pessoa com as demais. A vida privada é aquela parte da personalidade que se pretende preservar da vida pública, excluindo-a, pois, do conhecimento público, fatos que denotem preferências, valores e dados que a pessoa julgue serem reservados e que, de certa forma, indicam como o indivíduo se relaciona com a sociedade. “Vida privada” sugere a proclamação da distinção entre as coisas da vida pública e as da vida privada, no estabelecimento de limites, numa lógica que também é de exclusão. Com a proteção da vida privada se pretende, decisivamente, assegurar uma parcela da personalidade que se reserva da indiscrição alheia, com a finalidade de satisfazer as exigências do *isolamento moral do indivíduo* e, por conseguinte, preservar sua *inviolabilidade pessoal*. A vida privada é o que denomina a parte da personalidade que se pretende proteger do público, representa situações de opção pessoal em que os fatos reservados podem ser compartilhados (ou não) com outras pessoas, ter ou não repercussão social.

Por outro lado, a *intimidade* se revela com ou uma parte mais exclusiva da vida privada. É normalmente concebida como um núcleo mais reduzido e exclusivo, que resguarda a individualidade das intromissões na própria vida privada, reconhecendo-se que não só o poder público ou a sociedade podem interferir na vida individual, mas também a própria família pode se intrometer em um tema que o titular deseja manter impermeável, íntimo. Efetivamente, a justificação lógica da intimidade se apresenta como uma projeção dos princípios da liberdade e da dignidade. Para se ter a vida livre e digna, é necessário dispor de um âmbito de individualidade, de um espaço isento de interferências em que se possa desenvolver as convicções, valores como a dignidade, a individualidade, a autonomia, a confiança e mesmo o bem estar físico e psicológico, resguardando

eram cautelosos em admitir demandas de proteção da *privacy* relativas a personagens famosos, já que se supunha que estas, ao se promoverem a um *status* público, haviam-na renunciado.

seus pensamentos, sentimentos e fatos dentro de uma *zona pessoal* de acesso restrito (MACHADO, 2002). Na vida social, a pessoa constrói sua personalidade, manifestada por sua individualidade. É certo que os valores sociais delimitam os hábitos individuais, em algumas pessoas menos e em outras pessoas mais. O temor às reações negativas da comunidade sugere o receio de exposição à censura e à crítica (SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, 1992, p. 15-35). Por isso, os valores influenciam, sobremaneira, os sentimentos individuais de reclusão e reserva. Neste sentido, consiste a intimidade, portanto, no retiro voluntário e temporal de uma pessoa da vida social, com objetivo de fazer valer um direito próprio à solidão, também em sentido formal, que atua como contrapeso à exigência de socialização presente em todo ser humano, já que ambas - solidão e socialização- contribuem a formar a personalidade humana.

De fato, é tributo que as decisões que dizem respeito à própria vida ficam afetadas, se expostas à análise alheia. A intimidade, então, resulta indispensável para ponderar a tensão que a presença dos outros inevitavelmente produz (ESPINAR VICENTE, 1992, p. 46-67). Necessita-se, pois, ter uma liberdade pessoal para o exercício da intimidade, conveniente e imprescindível para qualquer decisão pessoal (política, econômica, afetiva, social, etc). A maior dificuldade é delimitar e conceituar este espaço de refúgio individual, dada a mutabilidade de seu conteúdo e a influência do contexto sócio-cultural, os quais se diferenciam segundo os parâmetros da época, do lugar e do *modus vivendi* de cada indivíduo, e até do resultado da relação com outros direitos. Não obstante este conteúdo e conceito variáveis, a necessidade de intimidade é indiscutível.

Nesta linha de raciocínio, ilustram-se como assuntos que se referem à intimidade, tendo em vista as ínsitas peculiaridades: a intimidade corporal (o sentimento de recato corporal, pudor), as relações sexuais, a vida sentimental, estado de saúde, informação relativa vícios e outros assuntos pautam as reprovações discriminatórias. Dita tutela, invariavelmente ligada à dignidade da pessoa humana, tem por objeto garantir ao indivíduo um núcleo reservado frente à ação e ao conhecimento de terceiros. O direito à intimidade confere ao seu titular o poder de resguardar o indivíduo de uma publicidade não querida. Não se garante uma intimidade determinada, como já dito, mas sim o direito a exercê-la, estabelecendo um poder de controle sobre a publicidade da informação relativa à sua pessoa. O que se visa proteger é um direito a ser desconhecido, que os demais não saibam quem o indivíduo é ou o que faz, vedando a terceiros, particulares ou poder público, que decidam quais os lindes da individualidade, facultando a cada pessoa um espaço imune à curiosidade e à ingerência alheia. Ao teor do exposto, é forçoso concluir que a proteção estatal *prima facie* do direito à intimidade abarcaria, então todos aqueles dados que o titular do direito queira, *ad libitum*, excluir da publicidade. Deve ser, numa primeira leitura, o próprio sujeito quem define o âmbito materialmente protegido pelo seu direito à intimidade.

Neste tom, o direito à intimidade seria um direito que estaria contido no “direito à vida privada” (ALCARAZ, 2007, p. 9). É certo, frise-se, que uma definição unívoca de *intimidade* resulta praticamente impossível, pois não obstante as distintas denominações adaptadas aos países (a *privacy* anglosaxã, a *vie privée* francesa, a *riservatezza* italiana, a *intimpshäre* alemã), a intimidade, como descrito, é construída historicamente (GARRIDO GÓMEZ, 1997). Contudo, urge ponderar que vida privada e intimidade não são expressões sinônimas, porque *o íntimo é mais interno que o privado*. A vida privada engloba todas aquelas manifestações que estão segregadas da projeção pública do indivíduo, do papel que cada qual está chamado a representar na sociedade e em virtude do qual se impõem certos contatos ou relações com terceiros. Quando se trata, por outro lado, da

intimidade se alude ao marco em que se desenvolve livremente a personalidade, sem ser ingerido por terceiros (CORREIA, 2000, p. 594). A intimidade reclama, portanto, um maior grau de reserva e chega ao seu extremo quando se trata de um segredo (CABEZUELO ARENAS, 1998, p. 40).

O direito à intimidade se converte, pois, como já dito, em uma pretensão de *isolamento moral*, na possibilidade de subtrair aspectos da individualidade do conhecimento abusivo dos estranhos e se configura, em última instância, como um direito à autodeterminação no que concerne à sua pessoa (GARCÍA VITORIA, 1983, p. 17 e ss). Seria, portanto, o direito à intimidade uma resposta jurídica a este interesse jurídico de que cada pessoa delimite um âmbito no qual possa livremente desenvolver sua personalidade, sem intrusão, curiosidade, indiscrição. Traduz-se, pois, numa exigência existencial de viver a margem de um indevido controle, vigilância ou espionagem (UICICH, 1999, p. 34).

Destas premissas se produz, inevitavelmente, a coincidência da intimidade com a *solidão* e o *isolamento*. Tem por objeto amparar a pessoa dos riscos que provém da pressão social e da força do poder estatal. A partir deste núcleo substancial, alguns aspectos da intimidade são protegidos pela via da defesa (*status negativo*), tais como a inviolabilidade de domicílio, a proteção das comunicações escritas, orais e telemáticas, dos costumes pessoais, do comportamento, isto é, todos os fatos e atos, melhor dito, das atividades pessoais que não interessam à coletividade (GARCÍA GARCÍA; GARCÍA GOMEZ, 1994, p. 26 e ss). O mencionado *status* da intimidade implica na existência de um núcleo reservado e próprio, que delimite a ação e o conhecimento dos demais, estendendo este direito não somente aos aspectos da própria vida pessoal, mas também a determinados aspectos da vida de outras pessoas com os que se tem uma estreita vinculação familiar (CREVILLÉN SÁNCHEZ, 1995, p. 85).

Nada obstante, a noção de intimidade, como examinado, estabelecida sobre as bases técnico-jurídicas do direito ao isolamento, do *ius solitudinis*, e situada no plano da autoconsciência e da própria personalidade do indivíduo, foi progressiva e paulatinamente incrementada, dadas as suas projeções jurídicas.¹⁰⁴ A elaboração jurídica da intimidade foi trasladada desde o *ius solitudinis* até as relações sociais. A sociedade baseada na diferenciação, na objetivação de papéis, na abstração e na generalização de expectativas e, por isso, dominada pela tensão da conformidade e do controle, coloca o indivíduo numa situação de *homeless* (ANDRADE, 1996, p. 88). Averigua-se esta perspectiva no conceito jurídico proposto por Westin (1967), que define a *privacy* como sendo o direito dos indivíduos, grupos ou instituições para determinar por si mesmos, quando, como e com qual extensão a informação acerca deles pode ser ou não comunicada a outros (*right to control information about oneself*) (LOPÉZ DÍAZ, 1996; DONEDA, 2006; ZANON, 2013).

¹⁰⁴ Como reconhece González Murúa (1994) ante o fenômeno da informática, o direito à intimidade era uma liberdade fundamental perfeitamente estudada, nascida como categoria jurídica do século passado. Sustentou Madrid Conessa (1984) que a irrupção das novas tecnologias da informação na estrutura social implicou na possibilidade de ofensas absolutamente intoleráveis no direito à intimidade. Advertiu que caso não se desse uma rápida intervenção legislativa neste tema, poderia se chegar a produzir a desapareção total de tal direito e, com isso, a impossibilidade de exercer a maior parte dos direitos e liberdades reconhecidos na Constituição. Justificou Morales Prats (1997, p. 39-86) que a ampliação da tutela da intimidade no Código Penal Espanhol de 1995 se deu por vários fatores político-criminais, destacando: a) o desenvolvimento tecnológico das novas formas de controle do indivíduo; b) a recepção da cultura anglo-saxã do direito à *privacy*, incluindo o sentido positivo deste direito e não somente o negativo, c) a superação da teoria das esferas; d) o conteúdo amplo da intimidade: domiciliar, liberdade e confidencialidade de comunicações privadas.

O conceito de intimidade, deste modo, emerge do filosófico foro interno, intrassubjetivo, estático, da interioridade ao foro externo, dinâmico, prático, da alteridade, respeitadas, pois, suas implicações intersubjetivas. Esta mudança conceitual teve por finalidade conferir à intimidade a possibilidade de aplicação prática, pois um conceito que não transcendesse ao âmbito da sociabilidade, isto é, da convivência, poderia carecer de relevância jurídica (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 355). Adicionou-se, portanto, o poder de controle sobre as informações pessoais à delimitação conceitual do direito à intimidade, antes referido como a faculdade de se isolar. Tal dilatação conceitual se conecta a capacidade de interação da pessoa humana, assumindo esta uma postura de sujeito socializado, que não renuncia, nada obstante, a sua individualidade. Este argumento se fundamenta no fato de que a humanidade está integrada por sujeitos que se compõem de uma dimensão individual (*imanência*) e outra social (*transcendência*), pois a individualidade e a socialização se modulam e se condicionam reciprocamente. A personalidade, neste sentido, vincula-se ao contexto sócio-político em que está a pessoa, e sua autonomia se define por meio de sua participação política e social (RODRÍGUEZ RUIZ, 1998).

É usual sustentar que a principal contribuição para a configuração jurídica desta faceta da intimidade é a famosa decisão de 15 de dezembro de 1983 do Tribunal Constitucional alemão, sobre a Lei do Censo da população. O teor deste julgado concebeu a “autodeterminação informativa”, como a autonomia que a pessoa tem de determinar quem, o que, e em que ocasião pode conhecer e/ou utilizar dados que lhe afetam (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 358-359). O reconhecimento do direito à autodeterminação informativa decorreu da interpretação constitucional realizada pelo Alto Tribunal alemão (art. 1.1 c/c art. 2.1, da Lei Fundamental) sobre o livre desenvolvimento da personalidade, o direito geral da personalidade e a dignidade da pessoa humana (CUEVA, 2012).

De fato, com estas ideias se completa o clássico direito de defesa, a versão negativa da intimidade, com a possibilidade de se exercer tal direito de forma *positiva*, isto é, denegando ou concedendo informações pessoais.¹⁰⁵ Esta nova dimensão da intimidade também compreende a faculdade do indivíduo de eleger (*status positivus*) sobre a revelação ou não de informações que diretamente lhe concernem, o que constitui a prefiguração da denominada *autodeterminação informativa*. O conceito do direito à autodeterminação informativa provém da reflexão jurisprudencial e doutrinal que se produzira com relação ao controle, por parte do afetado, das informações que se referem a si mesmo ou a sua família. Construiu-se, pois, a partir da noção de intimidade e se encaminha a dotar as pessoas de cobertura jurídica em face do perigo que supõe a informatização dos dados pessoais (MURILLO DE LA CUEVA, 1990, p. 25) e se ratifica com a consagração jurídica do *habeas data* (PIERINI; LORENCES; TORNABENE, 1999, p. 20).¹⁰⁶ Seria, portanto, o direito do sujeito decidir por si mesmo, com as exceções de interesse da sociedade, quando e em que termos seus atos devem ser revelados ao público em geral. Este direito também se configura como uma consequência necessária da obrigação estatal de respeitar a dignidade da pessoa humana (ANDRADE, 2006). Emergem, pois, dois aspectos distintos da vigente estrutura do direito à intimidade: *ad se*

¹⁰⁵ Indicam Carvalho, Cardoso e Figueiredo (2005, p. 217) que o direito à reserva da vida privada se desdobra em dois menores: “[...] a) o de evitar a intromissão de estranhos sobre a esfera privada; b) o de impedir a revelação de informações pertencentes a essa esfera.”

¹⁰⁶ *Habeas*: segunda pessoa do presente do subjuntivo de *habeo*. *Habere* significa: tenha posse. *Data* é o acusativo de *datum*: representação convencional de fatos, conceitos ou instruções de forma apropriada para a comunicação e o processamento por meios automáticos.

- *ad alteros*/interioridade - alteridade que podem ser identificados com a faculdade de se obstar a intromissão na sua vida privada e familiar (negativo) e de se franquear o acesso, a divulgação e a alteração de informações pessoais (positivo).

Não sem razão Marcel Leonardi (2011) observa que as várias das tentativas em estabelecer um conceito unívoco de “privacidade” se sustentam no método tradicional da definição *per genus et differentiam*, que acolhe ou refuta as hipóteses conceituais conforme sua coerência, lógica e consistência. Denuncia que a problematização deste procedimento conduz a conceitos ora extremadamente restritivos, ora abusivamente abrangentes. Propõe, portanto, um conceito plural de privacidade, baseado em José Afonso da Silva e Stéfano Rodotà. Para Rodotà (2008, p. 109), há de se prevalecer uma concepção que se vocacione no “[...] direito manter o controle sobre as próprias informações e de *determinar as modalidades de construção da própria esfera privada*. O objeto deste direito pode ser identificado no ‘patrimônio informativo atual ou potencial’ de um sujeito.” (grifo do autor). Sobre este conceito, também adotado por Doneda (2006, p. 147), lê-se que a informação exsurge como mediadora entre a vida privada e o livre desenvolvimento da personalidade.

Ao teor do que antecede, convém separar, formal e materialmente, os conceitos: direito à própria imagem e direito à intimidade. Neste sentido, a diferença mais comum que se realiza pode ser indicada pelo argumento de Ruiz Miguel (1995, p. 109-110), que menciona como critério de delimitação o lugar da captação da própria imagem: se público ou privado. Se captada a imagem em ambiente privado, seria esta absorvida pelo direito à intimidade/ à vida privada. Se captada a imagem em um ambiente público, proterger-se-ia a imagem na medida em que não deve ser permitido, sem o consentimento do titular, o contato com a sociedade que cada um tem direito a limitar; a difusão da imagem de uma pessoa, sem seu consentimento, suporia por esta pessoa em um contato não buscado com a sociedade. Sem embargo, esta postura doutrinária pode ser conectada à proteção que se dá à *privacy*. Como visto, a ofensa à *privacy* pode ser multifacetada e, dentre estas, a intimidade e a imagem estão protegidas dentro do *right to privacy* (FAYÓS GARDÓ, 2000, p. 406).

Não obstante, com já se demonstrou, há uma diferença significativa entre o conceito estadunidense da *privacy* e a intimidade que preveleceu na Europa. Como bem examina Whitman (2004), nos EUA a *liberdade* influencia mais diretamente no conceito da *privacy* (vida privada), enquanto que no continente europeu a *dignidade* parece estar mais claramente associada à intimidade. Esta última ressalta o respeito à dignidade pessoal, enquanto que a concepção nos Estados Unidos, por sua parte, segue estando, na essência, atrelada à forma da liberdade frente à instruções do Estado e que encontra na própria casa o principal ponto de referência (MEDINA GUERRERO, 2005, p. 37). Além desta relevante diferença, ainda que resignado pela absorção do anglicismo na cultura jurídica iberobrasileira, urge rechaçar a inclusão formal do bem da imagem humana no conceito de *privacidade*.

Neste tom, ao analisar a *Ley Orgánica* espanhola 1/82 da Proteção à Honra, à Intimidade e à própria imagem, Gitrama González (1988, p. 209-210) argumenta que o legislador, em seu propósito de unificar a regulação da proteção dos três direitos subjetivos aos que a lei alude, não teve em conta aspectos de clara heretogeineidade entre eles. Centrando sua crítica na intimidade e na imagem, o autor adverte que a filosofia que subjaz à apontada *Ley* confunde ambos direitos, e entremescla os de *reserva da vida privada* e de *liberdade* (considerada esta negativamente,

como um âmbito de independência, isenção, autonomia frente a todo gênero de invasões). Conclui que tanto a Constituição Espanhola de 1978 como a citada *Ley* que desenvolve o artigo 18.1, converteram o que era um princípio geral de Direito, derivado de um superprincípio, o clássico *alterum non laedere* (não lesar a outrem), uma tríade de direitos subjetivos. Jacques Ravanas (1978) assevera que não se deve igualar o direito à própria imagem com o direito à intimidade, tampouco se pode estabelecer uma rígida separação entre ambos, pois o direito da pessoa contra a exploração comercial de sua imagem é distinto do direito à sua intimidade, mas a proteção do direito à própria imagem se conecta à *vida privada* quando o titular se insurge contra a revelação pela imagem da parte da vida privada que o público não tem um interesse legítimo em saber. Em sentido parecido, Herrero Tejedor (1994, p. 73) sustenta que a dicção constitucional (art. 18.1, Constituição Espanhola) indica a existência de um denominador comum nos interesses em que garante (honor, intimidade e própria imagem). Os três fazem referência a um núcleo reservado, pessoal, a um reduto em que o titular pode pretender o senhorio absoluto, excluindo a ingerência de terceiros. De algum modo, estes direitos delimitam uma *esfera privada* da personalidade. A tensão que acompanha estes direitos reside em sua atuação na esfera pública e a proteção da esfera privada. Na mesma linha, Carrillo advoga por uma noção do direito à própria imagem próxima à de *vida privada*, onde o componente moral não pode ser obscurecido pela tutela de direitos econômicos (CARRILLO, 1994).

Efetivamente, é inquestionável que tanto o direito à própria imagem como o direito à intimidade têm por *objetivo* a proteção da *inviolabilidade pessoal*, considerada esta como a principal linha de defesa dos direitos da personalidade. Esta ideia está presente, como anteriormente exposto, nas Declarações de Direitos do pós-guerra, as quais reconheceram, sem demasiado rigor técnico, alguns direitos da personalidade dentro dos direitos humanos, principalmente a vida privada (ou a intimidade) e a honra. Não obstante, a acertada e progressista intenção protecionista destes “textos universais”, de enumerar alguns bens jurídicos pessoais que mereciam proteção jurídica, não pode servir de fundamento para confundir a autonomia ontológico-jurídica do direito à intimidade e do direito à própria imagem. Com efeito, há de se interpretar que estes bens da personalidade têm um *propósito comum*, mas *não possuem o mesmo objeto jurídico*. Como assinalam Canotilho e Moreira (2007, p. 458-459), a teleologia intrínseca dos direitos da personalidade justifica o *direito ao segredo do ser* (direito à própria imagem, direito à voz, direito à intimidade da vida privada, direito a praticar atividades da esfera íntima sem videovigilância), mas isso não significa que toda esta categoria de direitos se incluam no mesmo *nomem iuris*.

De fato, é certo que o caráter *medial* da imagem, como aqui defendido, facilita que constantemente se relacionem e se manifestem ofensas a outros direitos que possuem a mesma raiz histórica (honra e intimidade). Contudo, esta circunstância, apesar de ampliar o grau de dificuldade na hora de distinguir entre o direito à própria imagem e outros direitos, não pode eliminar sua autonomia. Normalmente a intromissão em um deles implica na produção de efeitos nos outros. A publicação escandalosa de certos fatos relativos à vida privada pode supor uma ofensa não só à honra, mas também à intimidade e à própria imagem. No mesmo sentido, Azurmendi (1995) defende que a compreensão do direito à própria imagem como direito à honra ou direito à intimidade suporia o desconhecimento de toda uma gama de infrações do direito à própria imagem. É por isso que é preferível se referir de *privacidade* ou *vida privada* como um conceito global e dos direitos

à honra, à intimidade e à própria imagem como as manifestações constitucionalmente acolhidas por este conceito.

Por certo, o que se há de inferir destas apreciações doutrinárias é que não obstante o *comum objetivo*, não se pode afirmar que a intimidade e a imagem tenham o *mesmo objeto*. Evidentemente que uma confluência de circunstâncias contribuiu, de forma decisiva, para inserir o direito à própria imagem no contexto da proteção dada à vida privada, enquanto defesa da *inviolabilidade pessoal*, mas *não no conceito de intimidade*. A margem de todas estas considerações que dissociam desde uma perspectiva *material* tais bens da personalidade, é certo que a teoria da subsunção da tutela do direito à própria imagem pela intimidade não pode abarcar todas as situações nas quais a imagem pode ser vulnerada. A imagem, frise-se, considerada sua dimensão moral, constitui a projeção do aspecto físico *externo* e concretiza a pessoa no mundo que a rodeia, postulando uma tutela jurídica autônoma da intimidade. Não seria coerente afirmar que a proteção da intimidade engloba a faculdade de decidir, neste contexto, sobre o uso da própria imagem. Esta tutela não soluciona o problema do aspecto positivo do direito à própria imagem (patrimonial) ou da hipótese em que uma pessoa autorize uma publicação gratuita de um retrato e portanto expõe sua “intimidade”, e depois haja uma ilegítima nova publicação descontextualizada e desautorizada. A segunda publicação ofenderia o direito à própria imagem, mas não vulneraria, em absoluto, o direito à intimidade.

Seguindo este raciocínio, Medrano (2003, p. 54) pondera que não é a intimidade o que de forma primária se salvaguarda com a proteção autônoma do direito à própria imagem, mas é a imagem humana em si, como atributo da personalidade próprio e individualizador de cada pessoa. No mesmo sentir, Cremades (1995, p. 219 e ss) entende que a intimidade faz referência exclusiva ao núcleo *interiorizado* da personalidade, opondo-se à sua vulneração, e o direito à própria imagem se identifica com a esfera relacional *exterior* deste núcleo. O’Callaghan Muñoz (1992) considera que se pode vulnerar um ou outro direito, ou ambos, ou inclusive se ofender o direito à intimidade *por meio* da imagem, mas observa que há de se separar os direitos à intimidade e à própria imagem, ainda que se reconheça sua proximidade, isto é, que são direitos da personalidade. Sobre esta diferenciação, Murillo De La Cueva (1990, p. 86) observa que a honra e a imagem são formas positivas da personalidade que se manifestam normalmente em *público*, e afirma que são estes direitos diferentes da intimidade, que tem uma dimensão *privada*.

Ao seu juízo, ao comentar o artigo de Kholer, Moraes (1972b, p. 26) estima que é indubitável que o direito à intimidade pode ser ofendido mediante uma vulneração da própria imagem, e que talvez seja esta a possibilidade mais recorrente, pois aquele que utiliza a fotografia de um atleta em um estádio ou uma fotografia de alguém como se fora própria, sem o devido consentimento e com objetivos antijurídicos, vulnera certamente o direito à própria imagem do retratado, mas não comete nenhuma indiscrição (atributo essencial do ato de vulneração da intimidade) e, portanto, não ofende o direito à intimidade. Tampouco se percebe, segundo o aludido autor, uma conexão lógica entre o bem da imagem com a esfera secreta da pessoa, corroborando a tese de que o direito à própria imagem não pode ser considerado uma das facetas do direito à intimidade.

Nesta linha, Concepción Rodríguez (1996, p. 40), ao comentar sobre as reflexões de Iglesias Cubría, afirma que forma parte da intimidade tudo aquilo que uma pessoa pode lícitamente subtrair do conhecimento de outras. Por conseguinte, não forma parte da intimidade a imagem do rosto, ainda que sim a imagem de um desnudo. Nada mais íntimo que o próprio pensamento,

enquanto que não conhecido pelos demais, pois - hoje por hoje - integram a intimidade os desejos, as ideias e, em parte, as necessidades e até as maneiras de satisfazê-las. Neste sentido, não sem razão Alegre Martínez (1997, p. 59) aduz que o *conteúdo essencial próprio* e característico do direito à própria imagem consiste na faculdade de impedir que outros a captem ou a difundam e evitar a difusão inconsentida do aspecto físico, isto é, decidir sobre a representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e fazem reconhecível a figura da pessoa humana. Recorda o aludido autor que o Tribunal Constitucional Espanhol no fundamento jurídico n. 5 do julgado 88/1994 optou pela inserção do direito à própria imagem no direito à intimidade, observando que a imagem é o primeiro elemento configurador da intimidade (opinião que mudou em decisões posteriores). No entanto, o citado Tribunal deveria haver recorrido que imagem é o primeiro elemento configurador da *individualidade*, que é, segundo a Real Academia Espanhola, a qualidade particular de alguém pela qual se dá a conhecer ou se reconhece singularmente.

Ainda que as proteções jurídicas de ambos bens jurídicos (imagem e intimidade) possuam uma lógica excludente, não pode uma pessoa, *a priori*, solicitar uma tutela jurídica para que os demais não vejam sua imagem em si mesma considerada, mas sim o Direito pode impedir que esta imagem seja *representada graficamente* (captada, publicada e divulgada). Pelo contrário, a extensão exata da reserva da *intimidade* depende, em primeiro lugar, da própria vontade da pessoa, que pode dar maior ou menor divulgação dos aspectos particulares de sua intimidade. Efetivamente, se se encontra ou se saúda outra pessoa, geralmente, ver-se-á sua imagem, mas não se saberá absolutamente nada de sua intimidade enquanto ela não se proponha a se comunicar. Estes matizes põem em evidência a *dimensão fundamentalmente interna da intimidade*, como âmbito de natural reserva da própria *interioridade*, e a *dimensão inexcusavelmente externa da imagem humana*. Por este motivo é o direito à própria imagem um instrumento jurídico de proteção da projeção pessoal *exterior do aspecto físico externo da figura humana*.

8 O DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM E O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL

Examinada a autonomia constitucional do direito à própria imagem, principalmente com relação aos direitos à intimidade e à honra, é oportuno distingui-lo do direito à identidade pessoal. O melhor caminho para se traçar esta diferença é buscando uma delimitação conceitual da *identidade*. Do latim escolástico *identitate*, identidade significa, segundo o Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa (2015):

1 Estado de semelhança absoluta e completa entre dois elementos com as mesmas características principais: “Se eu te amo e tu me amas, se nunca nos aconteceu semelhante paixão, semelhante identidade [...] por que, a troco de quê, nos separaremos?” (JU).

2 Série de características próprias de uma pessoa ou coisa por meio das quais podemos distingui-las: “Apesar das marcantes influências da Índia e da França, a cozinha vietnamita tem identidade própria [...]” (RN).

3 Aquilo que contribui para que uma coisa seja sempre a mesma ou da mesma natureza: A identidade de suas impressões digitais ficou registrada.

4 LÓG Segundo o aristotelismo, é uma das três leis básicas do raciocínio, em que todo objeto é igual a si mesmo.

5 ÁLG Relação de semelhança total e absoluta dirigida a todos os valores das variáveis envolvidas.

[...]

Identidade alheia, JUR: a) atribuição para si mesmo ou a terceiro de falsa identidade, com o objetivo de obter vantagem ou causar dano a outrem; falsa identidade; b) posse e uso da identidade alheia como documento próprio.

De fato, do conceito oferecido se destaca o que o relaciona à série de *características próprias de uma pessoa ou coisa por meio das quais podemos distingui-las. É inegável* que a tutela jurídica da identidade ainda guarda contornos difusos, que merecem seu desenvolvimento para uma melhor depuração. Ao princípio, considerou-se a identidade pessoal como uma categoria (gênero) de alguns bens da personalidade como defendido por Rietschel (GITRAMA GONZÁLEZ, 1962), a qual incluiria todos os bens que levassem à identificação, como o direito ao nome, à própria imagem, dentre outros. Pontes De Miranda (apud MORAES, 1972a, p. 72) oferece um exemplo da mescla deste raciocínio, pois entende que “[...] a imagem é objeto de direito de personalidade enquanto contém reprodução de formas [...] *identificativamente*; tanto o viola quem vende o retrato de A como sendo o de B, quanto quem nega que o retrato de A seja de A, ou quem usa o retrato de A como seu.” Nada obstante, hoje já se confere a proteção jurídica à própria identidade como um *direito*.¹⁰⁷

Ainda que a identidade “oficial” ou administrativa, como ressalta Gómez Bengoechea (2007, p. 28), existe de alguma forma desde os primórdios, pois se fundamenta nas estatísticas e censos populacionais que se faziam nos países europeus desde os finais do século XVII, a *identidade pessoal* ligada à *individualidade*, tal e como vem sendo entendida, é um conceito que adquire importância a partir do fenômeno da repersonalização do direito do século XX. A ideia de que a pessoa necessita ter e desenvolver uma *identidade própria* começa a formar parte do pensamento dos publicistas a partir da década dos sessenta. O conceito de identidade, em que pese sua indeterminação, instigou o pensamento acadêmico e profissional quando as mudanças políticas e culturais dos anos sessenta favoreceram o uso corrente do conceito de identidade por uma grande parte de grupos e causas, incluindo os homoafetivos, os “*black militants*”, as campanhas para a reforma de prisões e instituições de saúde mental, alguns grupos feministas, etc. (GÓMEZ BENGOCHEA, 2007).

Sem embargo, a configuração jurídico-constitucional desse direito é muito recente e, todavia, não está completamente desenvolvida. A propósito, cite-se como primeiro reconhecimento expresso do direito à própria identidade em Tratados e Convenções Internacionais no artigo 8º da Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança,¹⁰⁸ que disciplina que:

1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.
2. Quando uma criança se ver privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade .

¹⁰⁷ Amnistía Internacional (1999), Cervilla Garzón (2001, p. 4947-4962), Camps Merlo (2007), González Vega (2003), Gómez Bengoechea (2007), Hernández Díaz-Ambrona (2005, p. 19-74), Llamazares Fernández (1999), Barbas (1998, 1999, p. 39 e ss) e Lúcio (2001, p. 7 e ss).

¹⁰⁸ Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990, e Promulgada pelo Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Resumo - Preservação da Identidade A obrigação do estado em proteger e, se necessário, restabelecer os aspectos básicos da identidade da criança (nome, nacionalidade e laços familiares).

A identidade, neste contexto, deixa de ser uma exigência exclusivamente do Estado, a de identificar individualmente os cidadãos, para se converter em um direito individual, de *manifestação da individualidade dos seres humanos*, e, por isso, é decisivamente mais conveniente que se fale de um *direito à identidade pessoal* ou de um *direito à própria identidade*. Por ser um tema “novo”, a bibliografia constitucional específica dedicada ao assunto é escassa. Nada obstante, a doutrina indica que o atual conceito do direito à identidade pessoal possui dois âmbitos de proteção.

Domínguez Guillén (2003) distingue dentro do direito à identidade pessoal a *identidade estática*, conformada pelos elementos associados ao físico da pessoa, suas digitais, seus traços antropométricos, a constituição genética, o nome e todos os elementos que individualizam o ser humano e que em princípio são imutáveis; e a *identidade dinâmica*, variável com o tempo e conformada pelas projeções, crenças, história profissional, religiosa, política, sentimental, etc. Aclara Domínguez Guillén (2003) que “[...] cuando conocemos a alguien simplemente lo vemos y preguntamos su nombre: percibimos así sólo un aspecto parcial de su identidad estática; pero probablemente toda una vida sea poco para descubrir su identidad dinámica.” Neste contexto, o dano à identidade pessoal se configura quando existe uma alteração ou omissão de fatos ou circunstâncias fundamentais que conformam o *perfil social* da pessoa. Desde esta perspectiva do direito à identidade pessoal, protege-se a veracidade da história pessoal, e se vulnera este direito quando se publica uma notícia falsa, ainda que benéfica do ponto de vista da reputação. A proteção jurídica da identidade pessoal supõe, pois, a preservação da história pessoal, a margem de sua valoração.

Em linha convergente, Gómez Bengoechea (2007, p. 29 e ss) divide o direito à identidade pessoal em dois aspectos: o “*derecho a ser uno mismo*”, pois “[...] *la identidad, en primer lugar, está formada por la percepción más o menos estable que la persona tiene de sí misma y de las cualidades, los defectos y los recursos que le son particulares como alguien único y diferente de todos los demás*”, e o “*derecho al conocimiento del propio lugar en el entorno social*”, que seria a vertente social da identidade pessoal, pois “todo individuo, en virtud de sus características personales, cumple con distintos roles en el entorno social a través de su historia (hijo, hermano, marido, padre, amigo, trabajador, ciudadano) y forma parte de un determinado grupo social (según su raza, ocupación, religión, nacionalidad, etc.). Otero (1999, p. 65) biparte o direito à própria identidade em: a) *identidade pessoal absoluta ou individual*, pois cada pessoa possui uma identidade definida por si própria, que é a expressão da exclusividade, indivisibilidade e irrepetibilidade de cada ser humano; e b) a *identidade pessoal relativa ou relacional*, que estaria relacionada com a *história pessoal* da pessoa, dando uma especial relevância aos progenitores.

Pelo exposto, pode-se deduzir que o atual direito à identidade pessoal se desenvolve nestes dois âmbitos, dependendo do ponto de vista que se examine: a) a identidade pessoal *individual*, imanente, que estaria vinculada à consciência que uma pessoa tem de ser ela mesma, à exigência da pessoa de se reconhecer como alguém único, irrepetível e diferente de todos os de-

mais; e b) a identidade pessoal *relacional*, transcendente, que seria o chamado direito à história pessoal, o conjunto de traços próprios do indivíduo em seu entorno social.

Em que pese haver esta diferença doutrinal, importa observar que sempre existirá uma necessária conexão entre os dois aspectos da identidade pessoal, o imanente e o transcendente, tal como ocorre com os direitos da personalidade em geral. Se uma pessoa quer saber, por exemplo, quem são seus progenitores (*direito fundamental ao conhecimento da própria ancestralidade*),¹⁰⁹ a resposta é uma exigência da identidade pessoal *individual* porque serve para que a pessoa se afirme como alguém único, irrepetível, singular; mas também tal informação genética tangencia à chamada identidade pessoal *relacional*, pois se comprovaria a *história pessoal* do indivíduo, o vínculo que tem com seus familiares e seu entorno social.¹¹⁰ Sem embargo, a tutela jurídica do direito à identidade pessoal se propõe a proteger não somente o conhecimento pela pessoa de sua própria identidade (individual ou relacional), mas também a preservação desta, ou seja, que não se lha altere, distorça, tergiverse, com afirmações falsas, inexatas, não verazes, ou omissões de fatos e circunstâncias fundamentais que conformam seu “*perfil social*”.

Urge notar que Portugal foi o pioneiro em positivar em sede constitucional o direito à identidade pessoal, incluído no texto original da Constituição da República Portuguesa (CRP), de 25 de abril de 1976.¹¹¹ Aventa-se, como lógico, que o direito à identidade pessoal se fundamenta na *dignidade da pessoa humana*, e, a maioria da doutrina constitucional lusitana examina os direitos à identidade, ao bom nome e à intimidade de forma conjunta, pois estima que têm a mesma matriz, ainda que possam surgir outros intrinsecamente ligados à proteção dada à honra pessoal e à intimidade da vida privada e familiar (MACHADO, 2002). Consideram os autores portugueses que os direitos à identidade pessoal, à própria imagem e à palavra (*voz*) são manifestações do direito mais amplo de *ser para si próprio*, fulcrados na sugestiva formulação germânica, pois por meio destes direitos a pessoa se afirma no ambiente que a rodeia. Assumem, pois, estes direitos, a função de proteger os indivíduos da apropriação não autorizada das características identificadoras.

Especificamente sobre o direito à identidade pessoal, Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 462) opinam que “[...] o sentido do direito à identidade pessoal se destina a garantir aquilo que *identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irreduzível*. Abrange, seguramente, além do direito ao nome, um direito à historicidade pessoal.” Miranda e Medeiros (2005, p. 284) afirmam que a identidade pessoal seria o que caracteriza a cada pessoa enquanto *unidade individualizada*, que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal. Em um sentido amplo, o direito à identidade pessoal se refere ao direito de cada pessoa a viver *em concordância consigo mesma*, sendo, em última instância, expressão da liberdade de consciência projetada exteriormente em determinadas opções de vida. Parece ser também esta a mensagem de Campos (2004, p. 99), quando suscita que o conhecer o nome, o apropriar-se da imagem, o conhecer seus hábitos, a sua maneira de ser, sua religião, sua relação com familiares, outorga po-

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 649154, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 23/11/2011, publicado em DJe-226 Divulgação: 28/11/2011, Publicação: 29/11/2011.

¹¹⁰ Assim ocorre também com qualquer exemplo que se possa citar sobre esta hipótese: meu nome é uma característica pessoal, que me individualiza, mas também tem o efeito de me identificar ante a sociedade. Se uma pessoa se diz feminista, esta característica não só atende a necessidade da afirmação de sua individualidade, inerente à identidade pessoal individual, senão, também, serve para que os demais a reconheçam como tal, de modo que também surtirá efeitos na identidade pessoal relacional (verdade biográfica).

¹¹¹ Precisamente no artigo 33: “Direito à identidade, ao bom nome e à intimidade”.

der sobre o sujeito que tende a ser suscetível de manipulação, transformando-o em um objeto da vontade alheia, em um súdito.

Do direito à identidade pessoal, no sentir de Miranda e Medeiros (2005, p. 285), decorre um *direito a não ver distorcidas as expressões da personalidade, o que inclui o direito a que, sem consentimento, a imagem não seja alterada em montagens fotográficas ou palavras adulteradas ou descontextualizadas em textos e gravações*.¹¹² Neste sentido, Trabuco (2001, p. 396) enfatiza que a proteção da imagem física está tendencialmente integrada na tutela da identidade, da defesa do caráter original e irrepetível de cada ser humano contra a eventual “[...] *manipulação, a desfocagem, a contrafacção ou a utilização heterónoma*” de seus elementos físicos ou morais. Em linhas gerais, define-se o conceito lusitano do direito à identidade pessoal como aquele que protege os elementos identificadores da pessoa ante a sociedade (CARVALHO; CARDOSO; FIGUEIREDO, 2005, p. 26). O intuito de tal direito é o de garantir aquilo que identifica a cada pessoa como indivíduo singular e irrepetível. Nele se incluem, pois, o direito ao nome e o direito à história pessoal (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 462).

Por sua parte, o *direito ao nome* consiste no direito a ter um nome, a não ser privado deste, a defendê-lo e a impedir que outros o utilizem. Compreende a dimensão *positiva* do uso do próprio nome, completo ou abreviado, e a dimensão *negativa* de oposição a que outros o usem de modo ilícito para sua identificação ou com outros fins (MACHADO, 2002). Por outro lado, o direito à *historicidade pessoal* designa o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, fundamentando, por exemplo, um direito fundamental à investigação da paternidade ou da maternidade. Também se pode falar de que a identidade genética é um componente essencial do direito à identidade pessoal. No âmbito normativo, inclui-se o direito de acesso à informação sobre a identificação civil, que possibilita ao titular do direito ter conhecimento dos dados de identificação e poder exigir sua retificação ou atualização¹¹³. Além disso, Carvalho, Cardoso e Figueiredo (2005, p. 26) defendem que o direito de pessoal identidade inclui a proibição da elaboração de uma *biografia não autorizada e o direito à verdade pessoal*, que impede o uso indevido de atributos exclusivos de um indivíduo (um pseudônimo, um título).

Examinando a normatização do direito à identidade pessoal em Portugal, cabe assinalar a sua inclusão no artigo 26 da CRP do texto atual, mas não há menção específica no Código Civil. Seria, portanto, incluído no direito geral da personalidade do artigo 70 desta norma. Todavia, o direito ao nome e o direito do pseudônimo estão insertos no Código Civil, respectivamente, no artigo 72 e no artigo 74. O direito que não é formalmente incluído de maneira específica em nenhum outro texto normativo português é o direito à historicidade pessoal. No entanto, o legislador lusitano optou, com razão, por uma proteção *dual* dos direitos da personalidade, é dizer, a tutela da história pessoal pode ser invocada por meio da cláusula geral do artigo 1º da CRP e da cláusula geral do artigo 70 do Código Civil.

¹¹² Os autores informam que este é o conteúdo que o direito tem segundo a jurisprudência italiana. Tese reforçada por Ferrari (2005, p. 23-36).

¹¹³ Canotilho e Moreira (2007, p. 462) informam que há dúvidas sobre se tal direito concebe só o direito de conservar e proteger ou também o direito a mudar de identidade (mudança de nome e de estado civil por efeito de mudança de sexo). Alegam, desde uma perspectiva social, que não seria legítimo indivíduo que mudou de sexo manter tal fato em segredo.

Na Espanha, embora haja quem tenha a intenção de incluir uma concepção *psíquica* do direito à identidade no direito à própria imagem,¹¹⁴ a doutrina majoritária se pauta em experiências estrangeiras, principalmente a italiana e a estadunidense, que tendem a reconhecer juridicamente o direito à identidade pessoal desde a perspectiva¹¹⁵ do direito de “*ser uno mismo*” e de exigir que não se tergiversem, com publicações imprecisas, qualidades ou características *psicológicas/psíquicas* que compõem a individualidade pessoal. Cifuentes (1995, p. 606) advoga que a partir da sistematização e da distinção da identidade pessoal por De Cupis na Itália, registraram-se progressos no reconhecimento deste direito, até que finalmente a jurisprudência o tem incorporado.

Vincenzo Ferrari (2005) comenta alguns casos específicos, que podem facilitar a compreensão da finalidade deste direito: o caso “Caruso”, que era um tenor popular do século XX, a quem foi dedicado um filme, mas sua família queixou-se porque consideraram que sua “*personalidade*” tinha sido mal representada; o caso “Petacci”, Claretta Petacci, amante de Benito Mussolini, que morreu executada com ele, ajuizado pela irmã de Claretta, Myriam, contra a empresa de televisão pública RAI; o caso “Esfandiari”, da ex-Imperatriz Soraya, ex-esposa do Sha da Pérsia, que tinha sido rejeitada por seu marido porque não tinha lhe dado descendentes e tinha se mudado para a Itália, onde foi fotografada beijando seu novo parceiro, o que motivou a ação. Vincenzo Ferrari argumenta que o último caso é o mais significativo, uma vez que pela primeira vez se resolveu uma ação judicial relativa ao direito à “*privacidade*”.

Como resultado da construção jurídica destes direitos, na Itália, foi gradualmente se desenvolvendo um conceito de *imagem* multifacetado. Menciona Vincenzo Ferrari (2005, p. 23-36) uma definição do Pretore de Roma, que indica que “*La imagen es un conjunto de valores que cuenta la representación ofrecida en la vida de relación. La imagen conlleva un interés protegido*

¹¹⁴ Lama Aymá (2006, p. 110 e ss) afirma que deve incluir-se no direito à própria imagem “[...] *no sólo propiamente dicha sino también el nombre, la voz y cualquier otro elemento que haga reconocible al individuo pues, en definitiva, el derecho a la imagen protege la identidad de la persona [...] Se incluyen todos aquellos rasgos identificadores de la persona que por ser los más característicos contribuyen a la individualización y diferenciación de los demás. Es especialmente importante incardinar los elementos identificadores del individuo en el derecho a la imagen dado que no hay ningún precepto constitucional que, de forma expresa, reconozca el derecho a la identidad [...] El derecho a la identidad no está reconocido en España a nivel constitucional de una forma expresa, por lo que debe buscarse su cobertura en el derecho a la imagen sí reconocido como derecho fundamental. Esta vertiente se traduce en el ámbito comercial de la imagen como el valor publicitario que adquiere la propia imagen a consecuencia del propio esfuerzo creativo que ha realizado la persona.*” No comentário de Alegre Martínez (1997, p. 95-96) parece que se defende, ainda que não de modo explícito, esta postura de inclusão de conteúdos *psíquicos* no conceito do direito à própria imagem, quando aduz que “[...] *podemos afirmar que estamos ante uno de los casos en que puede verse vulnerado el derecho a la propia imagen, sin lesión simultánea del derecho a la intimidad. Piénsese, por ejemplo, en la aportación de fotografías en las que el interesado aparezca encabezando una manifestación antimilitarista, o grabaciones en las que el sujeto exprese sus ideas pacifistas. Se trataría de utilizaciones, consentidas o no, de la imagen o la voz del sujeto, que en este supuesto le favorecerán de cara a su intención de obtener una resolución favorable del Consejo General de Objeción de Conciencia. Piénsese, sin embargo, en la posibilidad de que la persona u organismo requerido por el Consejo aporte fotografías o grabaciones pertenecientes a una época anterior, en la que el ahora convencido pacifista y solicitante del reconocimiento de la condición de objeto, era un activo y notorio militarista. En este caso, la utilización de imágenes pertenecientes a esa época anterior perjudica a los actuales intereses del sujeto. [...] Por nuestra parte, consideramos que, tratándose de un derecho de la personalidad, directamente derivado de la dignidad del ser humano, si se puede ir más allá de ese contenido mínimo, se debe ir más allá.*”

¹¹⁵ Vid. Iguartua Arregui (1985, p. 2235-2252, 1987, p. 4561-4578), Martínez Espín (1998, p. 705-724); AMAT LLARI (2003, p. 459-475, 1992), Herrero-Tejedor (1994), Medina Guerrero (2005), Fayós Gardó (2000), Sarazá Jimena (1995), López Díaz (1996); Salvador Coderch (1990).

jurídicamente y que consiste en «levantarse» contra conductas que afecten a dicha imagen aún sin ofender el honor y la reputación o también sin lesionar u ofender la imagen física.» Destaca Ferrari (2003) que naquela época havia uma tendência para alargar o conceito de imagem, do marco físico ao metafórico, e cita outros casos como o primeiro referendo em 1974, sobre a proposta de uma lei de 1970, que disciplinava o divórcio. Um sindicato de camponeses italianos, que se opunha ao divórcio e, portanto, era a favor da rejeição da lei, publicou um cartaz com a imagem de dois agricultores idosos, um homem e uma mulher, que dizia: “[...] nós, os camponeses italianos, somos contrários ao divórcio.” Os dois retratados processaram o sindicato, alegando que eles tinham sido fotografados há anos e eram a favor do divórcio. Também citou o caso “Re Cecconi”, um jogador do clube de futebol Lazio, de Roma, que tinha sido campeão nacional e tinha um amigo que era dono de uma loja de jóias. O jogador simulou um assalto à joalheria, para pregar uma peça no amigo; ele entrou no estabelecimento com uma arma e ameaçou roubar seu amigo joalheiro; mas o proprietário, que também tinha uma arma, o matou. Anos mais tarde da tragédia fez-se um filme, e o joalheiro entrou com uma ação alegando que a representação de sua “imagem” foi imprecisa, muito materialista e distorcida. Ferrari (2003) salienta que, no caso dos camponeses, a decisão judicial foi favorável, enquanto no caso “Re Cecconi” foi improcedente, pois não se admitiu a proteção de sua imagem, porque não era um retrato, mas a representação da pessoa na sua *identidade psicológica*.

Descreve Ferrari (2003) que a *Corte di Cassazione* italiana foi edificando uma jurisprudência sobre o direito à identidade pessoal, na qual se concebe como juridicamente tutelado o interesse de que não se disfarce ou altere o perfil intelectual, político, social, religioso, ideológico ou profissional do titular. Esta postura da *Corte di Cassazione* foi uma clara constitucionalização do direito à identidade em um caso que tinha começado como um direito à própria imagem. Nesta linha, o autor justifica a criação do direito à identidade pessoal, argumentando que há uma esfera das relações sociais que, também no contexto da identidade, invade a área de *individualidade*. Observa que cada indivíduo, depois de herdar as características de seus pais, age de acordo com um projeto social e uma trajetória. O ambiente, família, sociedade, cultura, escola e tudo mais formam ou proporcionam um conjunto de expectativas que gradualmente conformam o indivíduo durante sua vida, “modificando sua identidade”. Por este motivo, Ferrari (2003) arremata que a identidade gravita não só no *individual*, mas também no *social*.

Por sua vez, Pace (1998) considera o direito à identidade pessoal como a projeção pública da personalidade do sujeito, ou seja, esse direito se conceitua como o direito de ser único, entendido como respeito ao conceito social do membro da vida em sociedade, com a aquisição de ideias e experiências, dotado de convicções ideológicas, religiosas, morais e sociais que diferenciam e ao mesmo tempo qualificam o indivíduo. Pace (1998) cita várias decisões que reconhecem a importância jurídica deste direito, como o caso de uma pessoa que se queixou de ter sido falsamente considerada de ser membro de uma loja maçônica; de um que se concedeu a tutela jurisdicional a um político contra o “abuso de sua imagem”, utilizada em uma entrevista cedida para finalidades diferentes da acordada. *In casu*, o autor da ação estava insatisfeito com a inclusão da sua imagem, e a entrevista, em um programa voltado a assegurar apoio eleitoral a um partido com uma posição política oposta à mantida por ele. Invocou-se, igualmente, o direito à identidade pessoal para desafiar a falsidade das acusações feitas por um jornal a um outro “homem político” de ter tido contatos com a *camorra*, para obter a libertação de uma pessoa sequestrada.

Neste contexto, analisando a proteção constitucional italiana do direito à identidade pessoal, Pace (1998) se pauta em dois artigos da Constituição o 21.1 e o 3.1. Entretanto, pondera que não está protegido com o direito à identidade pessoal “o direito de a pessoa querer que os outros digam o que ela considera ser”, pois esta tese iria acabar tolhendo a liberdade de expressão (de opinião, crítica e informação), ou tampouco proíbe este direito que se interdite a veiculação nos meios de comunicação social de episódios da vida passada da suposta vítima, se subsiste o interesse público para a notícia. Na verdade, como alega Pace (1998, p. 33-52) “[...] ninguém pode afirmar que suas convicções ideológicas, religiosas, morais e sociais, passado e presente, aparecem como ele gostaria em cada momento.” Juridicamente, o interessado só pode requerer nestes casos em que se “desenha” na mídia a sua personalidade, que se respeite a veracidade e a relevância pública da divulgação da notícia.

Observa Herrero-Tejedor (1994, p. 44) que a doutrina italiana considera o direito à identidade pessoal como um direito distinto de outros da personalidade (nome, imagem, privacidade, honra,) porque ele é configurado como um interesse juridicamente protegido *para não ver tergiversado ou alterado o próprio perfil intelectual, político, social, religioso, ideológico, profissional*. A diferença entre o direito à identidade pessoal e o direito à própria imagem residiria na medida em que a imagem evoca a *mera representação física* da pessoa, enquanto a identidade pessoal representa uma fórmula sintética para distinguir o assunto de um ponto de vista global na *multiplicidade das suas características específicas e manifestações*, em outras palavras, para expressar a personalidade individual específica e eficaz do sujeito que vem sendo solidificada na vida de relacionamento social.

Confirma Iguartua Arregui (1985) que na Itália se conferiu independência a este direito, porque depois de anos de decisões judiciais confusas, foi definido seu conceito de uma forma autônoma. Narra o referido autor que, em essência, o direito à própria identidade se refere à proteção jurídica do “ser uno mismo”, do direito do indivíduo a ter garantida sua postura política, social, de ter respeitado seu perfil como participante na vida social com suas convicções ideológicas, morais, sociais e políticas que o destacam e ao mesmo tempo o qualificam.¹¹⁶ Ademais, Iguartua Arregui (1985) afirma que o direito à identidade pessoal também inclui o direito de não ver desconhecida a autoria das próprias ações e acima de tudo de não ver *desfigurada* nossa própria personalidade individual.¹¹⁷ Com esse conteúdo, o direito à identidade pessoal seria usado para proteger os indivíduos no caso análogo ao *false ligh* americano, isto é, de alteração da personalidade, de tergiversação de ideias ou crenças apresentadas *imprecisamente*, e faz um paralelo com os casos em que seria usado o *direito à honra* em território espanhol.

Obtempera Iguartua Arregui (1985) que o conceito do direito à identidade pessoal tem sido separado do conceito de honra, acolhendo dentro dele a proteção da reputação profissional. Separação igual aconteceu com a *imagem física*, mas é abrangida pelo direito à identidade pessoal a comumente chamada “*imagem social*”. Foi dissociado também o direito à própria identidade do direito ao nome, ainda que neste caso para incluí-lo na sua tutela, e argumenta que o direito a própria identidade é, portanto, a proteção jurídica conferida ao titular para fazer o uso correto dos elementos da personalidade do indivíduo, que *não coincide com a imagem física individual*,

¹¹⁶ Tribunal de Roma, 27 de marzo de 1984 y Corte de Cassazione, 22 de junio de 1985, Foro IT, 1985, Parte Prima 2211.

¹¹⁷ Citando decisão do Pretore, Roma, 06 de maio de 1984.

mas a *apresentação da pessoa e de suas características para a sociedade* (IGARTUA ARREGUI, 1987, p. 4575). Assinala que se tentou introduzir na França, seguindo os passos da americana *false light*, um direito de não ter distorcida a personalidade, que se define, de acordo com Mestre, como o direito de reconhecer a personalidade de cada um e desenvolvê-la; de reivindicar os caracteres que individualizam a pessoa; de não deixar que a personalidade seja alterada contra a vontade do indivíduo, porque é ele quem rege seu desenvolvimento da sua personalidade. Os defensores desta teoria encontraram apoio em determinadas decisões dos tribunais, que afirmam que qualquer apresentação imprecisa da personalidade, e não apenas uma apresentação pejorativa, deve ser objeto de proteção, pois a criação (em uma obra literária) de um imaginário, odioso, ou ridículo, pode ser prejudicial para a personalidade do “personagem real” (IGUARTUA ARREGUI, 1985, p. 2246).

Na verdade, ainda não foi reconhecida formalmente a figura do “direito à identidade pessoal” na Espanha, mas os autores acreditam que sua proteção tende a ser incluída no direito à privacidade ou no direito à honra¹¹⁸ de acordo com a leitura dos parágrafos 3 e 7 do art. 7º, da LOPHIPI (*Ley Orgánica de Protección al Honor a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*) (AMAT LLARI, 1992, p. 4).

Alega Medina Guerrero (2005) que o direito fundamental à intimidade, que inclui o direito à autodeterminação informativa e o direito de permanecer anônimo, protegeria constitucionalmente o indivíduo contra a informação errônea, incidam estas ou não no “materialmente íntimo”, porque assim o direito à intimidade espanhol iria desempenhar um papel semelhante ao que exerce o *tort false light* nos Estados Unidos, isto é, quando se *distorce a identidade de uma pessoa (publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye)*, que dá proteção contra publicações que, sem ser difamatórias, *deturpam* a “imagem pública” de uma pessoa. Assim, entre outras manifestações, o *tort false light* se estende a todos os casos da autoria de opiniões, declarações, artigos, livros, etc. que erroneamente são atribuídas a alguém, ou contam fatos que são falsos. A potencialidade desta linha de defesa contra a mídia torna-se evidente quando projetada para os casos nos quais se acusa alguém de uma declaração de que, na verdade, não a fez, ou, ainda, de entrevistas fictícias nunca realizadas. Medina Guerrero (2005) compara a eficácia do direito à intimidade espanhol com o “direito à auto-apresentação” alemão, que vem do direito geral de personalidade do artigo 2.1, em conjugação com o artigo 1.1 da Lei Fundamental de Bonn de 1949. Esta doutrina na Alemanha, aponta Medina Guerrero (2005), adverte que o direito geral de personalidade começou a ser usado pela jurisprudência constitucional para preencher algumas lacunas na legislação, na medida em que não se forneciam formas eficazes de proteção de informações que, vulnerando a esfera pessoal, não seriam uma afronta à honra.¹¹⁹ Nesta linha, fazendo

¹¹⁸ Ressalta, nada obstante, Dionisio Llamazares Fernández (1999, p. 29 e ss.) que “[...] *son dos los tipos más significativos de posibles agresiones contra la identidad personal: 1) la vulneración de la integridad moral de la persona como consecuencia de la invasión ilegítima de la intimidad personal y la intromisión ilegítima en el honor de las personas; 2) por torturas, mutilaciones corporales, bien por no ser voluntarias, bien por ser contrarias al respeto de los derechos humanos. Indica el autor la protección penal (art. 515.3) referente a la libertad de conciencia, que puede ser invocada para tutelar el derecho a la personalidad, la cual dispone en el art. 515 ‘Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración [...] 3.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución’.*”

¹¹⁹ Medina Guerrero (2005) aduz que o Tribunal Supremo Federal, em 1954, solucionou um caso em que se publicou uma carta ao diretor assinada por um indivíduo, o que era, na realidade, um escrito feito por seu advogado para sua defesa. Entendeu o Tribunal que esta forma de informação induzia a erro e que se vul-

uma analogia com a *privacy* estadunidense, que contem o critério do *tort false light* como um dos meios de identificar uma ofensa, a doutrina espanhola justifica a inclusão da proteção contra a deturpação da *identidade* dentro da tutela jurídica da intimidade ou da honra.

Com efeito, examinando de forma tangencial a experiência americana, indica-se o caso “Lord Byron” (1816) como o primeiro exemplo do *tort false light* (LÓPEZ DÍAZ, 1996, p. 203). O referido Lord era um poeta conhecido, que conseguiu que se proibisse a circulação de um poema “ruim” que tinha sido falsamente atribuído a ele. Ficou claro que não se discutia a sua reputação, mas era certo que o “poema ruim” dava ao público uma *falsa impressão* do poeta. Esta foi a ideia que conformou a proposta de Prosser para o referido *ato ilícito (tort)* que viola a *privacidade*: permitir intervenções judiciais por algo que não chega a ser difamação, mas que ofende profundamente o requerente (SALVADOR CODERCH, 1990, p. 316).

Neste sentido, argumenta Fayós Gardó ((2000) que a diferença entre *declarações falsas/tergiversação* e *difamação* é que com as primeiras, a pessoa se sente invadida na sua identidade pessoal por uma publicação ofensiva; enquanto na segunda se trata de proteger a pessoa em sua reputação. O autor aduz que esse *tort* é destinado a compensar o requerente pelas falsidades que lhe são prejudiciais, não a reputação, mas os sentimentos da própria identidade. Neste contexto, a diferença entre os dois *torts* seria com base em dois fatores: 1) no caso de *false light*, a publicação deve ser muito ofensiva e não pode ser algo difamatório, por conseguinte, mesmo dizendo algo bom sobre alguém, algo que eleva sua reputação, poderia ser objeto de demanda, pois o que foi publicado é *falso*; (2) na difamação, por outro lado, o publicado deve prejudicar a *reputação*. O que a jurisprudência tem tentado evitar, explica Fayós Gardó (2000), é usar este *tort de privacidade* como um substituto para a difamação, buscando uma difamação de “segunda classe”, e por

nerou a esfera própria pessoal do autor, porque as manifestações que ele não havia autorizado podiam dar uma “imagem falsa” de sua personalidade. Admite Medina Guerrero (2005) que é comum nestes casos que se possa gerar uma equivocada “imagem da personalidade do sujeito”, sem que seja esta difamatória, pois “[...] *puede, así, presentarse al individuo ante la comunidad de un modo distinto a como a él le hubiera gustado presentarse, incidiéndose consecuentemente en su derecho a la personalidad. De acuerdo con la línea jurisprudencial que ha terminado por consolidarse en sede constitucional, el derecho general de la personalidad comprende «también la libertad del particular de determinar qué imagen personal de sí mismo quiere proporcionar», de tal manera que [...] ha de entenderse afectado este derecho «cuando se pone en boca de alguien manifestaciones que no ha hecho y que perjudican su consideración social definida por sí mismo».* En definitiva, la concepción del derecho general a la personalidad como capacidad de autodefinición de la imagen que de sí mismo uno quiere dar a la colectividad se traduce de inmediato, en la práctica, en instrumento de defensa genérico ante la divulgación de hechos falsos sobre una persona y señaladamente frente a las entrevistas ficticias y la imputación de manifestaciones que en realidad no se han hecho; casos que, lisa y llanamente, carecerían de protección constitucional a menos que se apreciara la vulneración del derecho al honor.” Confirmando esta posição jurisprudencial, informa Abreu (2002, p. 457-475) sobre duas demandas propostas por Carolina de Mônaco: a) BGH 11-11-94: Uma publicação por duas revistas de “entrevistas-exclusivas”, nas quais a princesa falava sobre problemas de sua vida pessoal, mas que a “entrevista” em realidade nao concedeu. Foram-lhe atribuídas a Carolina de Mônaco, em discurso direto, um conjunto de afirmações sobre sua vida íntima, não proferidas por ela, e, ademais, as ditas supostas entrevistas foram reportagem de capa e acompanhadas de fotomontagens. O BGH as considerou uma grave violação do direito geral de personalidade. b) BGH 05.12.1995: A outra demanda tem base no fato de que a Princesa Carolina de Mônaco apoiou uma campanha a favor de instituições que lutam contra o câncer de mama. Dois periódicos publicaram notícias, na matéria de capa, que levavam a entender que a própria princesa padecia da enfermidade. Sem embargo, no texto da notícia se comprovava que na realidade Carolina de Mônaco só estava apoiando ditas entidades. O BGH também estimou como graves as violações ao direito geral da personalidade da ofendida, qualificando a conduta dos periódicos como negligência.

isto se requer que o publicado *seja altamente ofensivo*, exigência que diminui a quantidade de hipóteses de vulneração à identidade por tergiversação.

O tort *false light*, coincidindo com o que foi dito por Medina Guerrero (2005), abrangeria todas essas manifestações públicas que são atribuídas a pessoas (opiniões, artigos ou livros que não são seus, a narrativa de fatos não verdadeiros, a vinculação mendaz da identidade de alguém em livros, catálogos, galerias de arte, etc., e a distorção ou exagero de fatos sobre uma pessoa). Como adverte López Díaz (1996, p. 203), em todos os casos deste grupo de ofensas, deve ser reconhecida a publicação da *falsa luz* projetada sobre a pessoa em questão e que produz humilhação, que sejam imprecisões que desfigurem a realidade e produzam um efetivo prejuízo moral à identidade da pessoa vitimada. Coderch (1990, p. 317) indica que as condutas são subsumidas nas produzidas (dolosa ou culposamente) em um contexto informativo e as relacionadas com a atividade de entretenimento que, por natureza, possui a ficção como uma base de suas premissas basilares. Sustenta Fayos Gardó (2000) que em qualquer caso devem ser sérias e censuráveis as acusações, além de daninhas para a pessoa nas circunstâncias do caso, pois não são passíveis de repúdio os *erros insignificantes*, como por exemplo podem ser as imprecisões de datas biográficas ou erros técnicos, tampouco o uso de alguma linguagem de fantasia, quando se reconta os fatos.

São geralmente necessários, portanto, dois requisitos para o pedido de *delito da falsa luz*: 1) a natureza grave da ofensa (muito ofensiva) do publicado e 2) a *actual malice*, que consiste na observação de se depurar se houve publicação com dolo ou negligência, com a consciência da falsidade do que é publicado e das falsas declarações que tergiversam a identidade do ofendido, eliminando, desta forma, a possibilidade de se invocar a chamada *strict liability*, responsabilidade objetiva do informador. No entanto, revela Fayos Gardó (2000) que, na prática, a exigência de uma *grave ofensividade* resulta na inadmissão da maioria dos pedidos de *false light*. Isto é assim porque o conceito de ofensividade grave deve ser restritivo, interpretado de acordo com a Primeira Emenda, que considera os casos de ofensa grave equiparáveis a ilícitos. Como resultado da falsa atribuição de fatos ou tergiversação da personalidade da pessoa as consequências não de ser graves, prejudiciais para a vítima causando o ridículo ou real *distorção* da identidade da pessoa; que a história publicada tenha sido totalmente inventada de forma sensacionalista para promover um interesse ilegítimo.

De fato, a teoria da *actual malice* ganhou impulso com o famoso caso *New York Times co. V. Sullivan*, em que a Suprema Corte estadunidense decidiu que não seria suficiente condenar por difamação aquele que tinha publicado afirmações erradas, no caso de críticas feitas contra servidores públicos, porque os erros simples são inevitáveis na discussão das questões públicas, exigindo que o ofendido comprove que se fez a afirmação com *dolo*, com o conhecimento que ela era falsa ou com negligente indiferença de saber se a afirmação era ou não falsa (*actual malice - that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not*) (SARAZÁ JIMENA, 2005, p. 281).

Sobre o tort *false light* é comum para citar o exemplo *Cantrell casos vs. Forest City Publishing Co.*, que é baseado no fato de que na Virgínia, cinco meses depois da morte do marido da senhora Cantrell, morte que teve como causa a caída de uma ponte. Um repórter fotográfico foi à casa dos Cantrell, enquanto ela estava ausente e fez fotos de seus filhos menores. Posteriormente, publicou-se uma reportagem em uma revista que retratou que a família Cantrell se encontrava em uma situação de penúria. A senhora Cantrell processou o jornal pela *falsa luz* com a qual ela tinha

sido apresentada para a sociedade, uma vez que tinham sido divulgadas *circunstâncias inexatas* de sua vida pessoal. A demanda foi julgada procedente porque o noticiado tinha incluído fatos e afirmações de falsidade inquestionável (LÓPEZ DÍAZ, 1996, p. 203-204).

Como alertam Pierini, Lorences e Tornabene (1999, p. 218), a teoria da malícia real introduz uma mudança fundamental na solução do conflito entre liberdade de expressão e os direitos de personalidade, porque inclui afirmações imprecisas dentro do direito de transmitir informação, salvo se provada a *actual malice* de casos de falsificação consciente das notícias e de notável desprezo para descobrir a verdade. Em suma, para a existência de violações pelo *tort false light*, aquele que publica deve ter agido com dolo ou negligência (*actual malice*) direcionada à falsidade do que se noticia, e a tergiversação deve afetar a pessoa com uma *ofensa muito grave*.

Na verdade, pode-se fazer um paralelo entre as exigências dos argumentos apresentados para se noticiar algum fato que ofenda a “*projeção pública da personalidade do sujeito*”. A linha comum compreendida entre a teorização na Itália, passa pelo preceito da *actual malice* nos Estados Unidos e converge para a exigência de *veracidade* na península ibérica. Veracidade (*veracitas*) não é sinônimo de verdade (*veritas*) (BARROSO ASENJO; LÓPEZ TALAVERA, 1998, p. 181). É a verossimilhança das alegações, razoavelmente indagada e diligentemente contrastada. Isso porque a espera pela constatação de que se trata de fato incontroverso se constituiria espécie de autocensura jornalística. Ainda que a notícia não seja toda verídica, quando o profissional da informação atua de forma diligente, a Constituição o alberga, pois os erros informativos intranscendentes são protegidos pelo direito fundamental à informação. Há, portanto, veracidade quando o jornalista informa fatos com características objetivas e contrasta dados fidedignos (não meros rumores), qualificando-se a informação como séria e responsável. A veracidade funciona como um direito dos cidadãos e também, como um dos objetivos do sistema político, porque o sujeito tem o direito de receber informações que tenham uma correspondência estrita entre os eventos e a mensagem, descartando a apresentação enganosa, falsa, mal-intencionada ou descuidada, de informações. A veracidade, decerto, é também uma condição de existência de uma opinião pública livre, e está intrinsecamente ligada ao pluralismo político, valor fundamental e exigência do Estado democrático.

Neste contexto, é necessário sublinhar que são constitucionalmente verazes as informações quando a notícia: a) é baseada em *fatos*, não em simples rumores; (b) que se pode verificar o dever de *diligência* do repórter sobre as afirmações que realiza;¹²⁰ e c) que este dever de diligência sobre os fatos que se irá informar exige que tenha havido um prévio contraste com dados objetivos. Assim se priva da proteção constitucional do direito à informação aquele que, fraudando o direito de todos à informação, age com desprezo da veracidade ou distorce o que quer comunicar.

A veracidade é, portanto, um importante critério para avaliar se houve ou não negligência na transmissão de notícias. Com a veracidade se pretende esclarecer se houve ou não deturpação e/ou distorção da identidade pessoal, quando se procura tutelar tal direito com a proteção dada ao direito à honra. Não tão decisiva, no entanto, é o uso da veracidade para a proteção da “*auto-apresentação*” do indivíduo sob a égide do direito à intimidade pessoal.¹²¹ O critério decisivo para determinar a legitimidade ou ilegitimidade da interferência na intimidade dos indivíduos não é se

¹²⁰ Acórdãos do Tribunal Constitucional Espanhol: SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ 5; 46/2002, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 6; 148/2002, de 15 de julio, FJ 5; 53/2006, de 27 de febrero, FJ 6.

¹²¹ Acórdãos do Tribunal Constitucional Espanhol: SSTC 171 y 172/1990, 197/1991, 20/1992 y 134/1999

o fato é verdadeiro ou falso, mas a *relevância pública* da divulgação, ou seja, que a comunicação do fato ao público, mesmo veraz, resulte ser necessária do ponto de vista do interesse público na matéria publicizada.¹²²

O Tribunal Constitucional da Espanha já decidiu em algumas ocasiões sobre a gravidade da ofensa ao “derecho a ser uno mismo”, entendido como o respeito à identidade pessoal e a qualidade de membro da vida em sociedade, com a aquisição de ideias e experiências, com convicções ideológicas, religiosas, morais e sociais que diferenciam e ao mesmo tempo singularizam o indivíduo. Parece que tal e como nos Estados Unidos, a casuística pode excluir as pretensões do sucesso de uma demanda que verse sobre esta perspectiva do direito à identidade pessoal, se estas se baseiam no direito de honra. A jurisprudência constitucional espanhola menciona que talvez não seja considerada uma ilegítima interferência no direito à honra e, portanto, não estaria protegido o direito à identidade pessoal, se não aparecem na notícia expressões insultuosas, insinuações insidiosas e ataques desnecessários (*ofensividade muito grave*), entendidos flagrantemente como insultos ou desqualificações, e que não tem o fito de querer informar. Em resumo, o caráter nefasto, ofensivo ou pernicioso das informações não constitui em si um limite ao direito à informação, porque para exceder o limite máximo do tolerável, as expressões/afirmações inexatas têm de ser consideradas como expressadas com uma *malícia qualificada*, por um ânimo vexatório ou por *inimizade pura e simples*.¹²³

Alguns exemplos podem ser invocados para sustentar este entendimento, como no caso do “Piloto do Boeing” (STC 171/1990, de 11 de novembro). Ao transmitir uma informação sobre um acidente aéreo ocorrido nas proximidades do aeroporto de Sondica (Bilbao), que ocasionou o falecimento de 148 pessoas, um periódico publicou um *perfil individual-social* do piloto expondo uma série de *qualidades positivas* (ser um excelente piloto, muito capacitado, experiente, de caráter jovial e extrovertido) e *outras negativas* (exaltado, humor lábil, que passa da euforia à ira em um instante, que estava deprimido) de sua personalidade. O modo como foi redigida a matéria jornalística levou os filhos do piloto a propor uma demanda civil para solicitar a condenação do jornal por ofensa à honra e intimidade do pai, pois consideraram que as expressões eram desnecessárias para a notícia e haviam vulnerado o *bom nome e a fama* do falecido.

O Tribunal Constitucional Espanhol decidiu que:

[...] *no cabe considerar que las expresiones utilizadas fueran innecesarias y gratuitas en relación con la información, ni que por su contenido y forma tuvieran una finalidad vejatoria o fueran producto de una enemistad personal. No eran así irrelevantes las informaciones publicadas sobre las cualidades personales del piloto, ponderándose, como se precisa en la demanda, tanto las innegables cualidades positivas, tratarse de un piloto muy capacitado, experimentado y de los más expertos, su carácter jovial y extrovertido, como también sus defectos, en sí mismos, además, no contrarios a la honra o a la buena fama, como el carácter irascible, o el que estuviese pasando una mala racha personal y hubiese sufrido depresiones. Ello se expone, además, para cuestionar la diligencia de la dirección de la compañía al permitirle volar en esa situación. Se trataba de datos y cali-*

¹²² Acórdãos do Tribunal Constitucional Espanhol: SSTC 172/1990, de 11 de noviembre, FJ 3; 197/1991; 28/1996, 22/1995; 67/1998; 115/2000.

¹²³ Neste sentido: STC 105/1990, STC 171/1990, STC 240/1992.

*ficaciones relevantes para la información y, además, presentados dentro de los límites de lo tolerable, al no utilizarse expresiones vejatorias ni suponer un propósito de descalificación o descrédito global de la persona. El órgano judicial debe examinar las expresiones utilizadas dentro del contexto general de la información en que se realizan, y en ese contexto, teniendo en cuenta el interés público de la información efectuada, tales expresiones no pueden considerarse como afirmaciones absolutamente innecesarias ni que utilicen términos reprobables y vejatorios para el afectado.*¹²⁴

Outro caso que exemplifica o direito a identidade pessoal absorvido pelo direito à honra é o “Cura de Hío” (STC 240/1992, de 21 de dezembro). Publicou-se um artigo com o título «Un cura de Cangas de Morrazo inicia la cruzada contra los nudistas gallegos» em que se afirmou que o “El cura párroco de Hío” havia encabeçado um grupo de vizinhos que, armados de paus e estacas, haviam ameaçado os nudistas acampados na praia de Barra. Os nudistas “[...] *consideran que la campaña en contra de su permanencia en la zona está instigada por don Andrés, el párroco, cuya presencia se hizo ostensible en la operación de desalojo.*” Posteriormente se publicou uma retificação com o título «No tengo arte ni parte en el conflicto de los bañistas, afirma el párroco de Hío», em que se nega a participação deste padre nos acontecimentos pelas palavras dele e dos vizinhos. O fundamento da demanda se centrou na veracidade da informação, pois o erro informativo havia produzido uma *alteração na identificação* da pessoa à que se referia o fato noticiável. O argumento era que o periódico não havia observado a diligência que lhe era exigível para a verificação da informação transmitida. O Alto Tribunal espanhol decidiu que:

[...] el error en la identificación de la persona a la que se refería el hecho noticioso, con independencia de la importancia que sin duda tiene para quien aparece erróneamente implicado en la noticia, no puede considerarse, sin embargo, que afecte de modo determinante al contenido esencial de la información ni alterar la relevancia pública y social de los hechos comunicados, ya que era, sin duda alguna, la condición de sacerdote de la persona que se había visto involucrada en los referidos acontecimientos y su destacada participación en los mismos, dada la posición que asume en la comunidad, lo que constituía extremo relevante de la información, como por lo demás ponen de manifiesto los titulares del artículo en cuestión. [...]

Debe concluirse, pues, que la inveracidad o inexactitud parcial de la información, como consecuencia del error de identificación en que se incurrió, no alcanza, en el presente supuesto, trascendencia suficiente como para entender quebrantado su carácter de información veraz y, en consecuencia, privarla de protección constitucional, por no afectar el mencionado error al contenido esencial del mensaje que se transmite (...) una rectificación cuando se produce de modo espontáneo por el propio autor de la información o el medio que la divulgó, por su propia iniciativa o a indicación del interesado -como aquí ha ocurrido- es sin duda reveladora de la actitud del medio de información o del periodista en la búsqueda de la veracidad de lo informado. Y aunque la rectificación de las informaciones no suplanta ni, por tanto, inhabilita ya, por innecesaria, la debida protección del derecho al honor, sí la matiza o modula en supuestos como el presente, pues constituye un mecanismo idóneo para corregir y aclarar los errores que in-

¹²⁴ STC 171/1990, FJ 10.

*voluntariamente, y a veces de manera inevitable, se deslizan en una información rectamente obtenida y difundida, y que no afecten a la esencia de lo informado.*¹²⁵

Um precedente espanhol em que se entremesclaram o direito à identidade pessoal e o direito à intimidade foi o caso “*Niñera de Isabel Preysler*” (STC 292/2000, de 30 de novembro). Uma revista publicou várias reportagens com o título “La cara oculta de Isabel Preysler”, com abundante informação gráfica, em que María Alejandra Martín Suárez, que havia trabalhado durante certo tempo no domicílio de Isabel Preysler Arrastia cuidando de uma de suas filhas, expressava suas opiniões e expunha diversos fatos e situações relacionadas com sua ex-contratante, seus familiares e seus amigos, assim como sobre o lar e os hábitos de quem ali convivia. O Tribunal afirmou que:

*[...] se desprende con claridad que las declaraciones que se contienen en el mismo han invadido ilegítimamente la esfera de la **intimidad personal y familiar de la recurrente**, al dar al público conocimiento de datos y circunstancias que a este ámbito indudablemente pertenecen. Como es el caso, entre otros extremos relativos a la esfera de la intimidad personal, de la divulgación de **ciertos defectos, reales o supuestos, en el cuerpo o de determinados padecimientos en la piel, así como de los cuidados que estos requieren por parte de la Sra. Preysler Arrastia o los medios para ocultar aquéllos; al igual que la divulgación de los efectos negativos de un embarazo sobre la belleza de ésta. A lo que cabe agregar, asimismo, la amplia descripción que se ha hecho pública de la vida diaria y de los hábitos en el hogar de la recurrente, junto a las características de ciertas prendas que usa en la intimidad. Y en lo que respecta a la esfera familiar de la intimidad, también cabe apreciar que se han divulgado datos sobre las relaciones de la recurrente tanto con sus dos anteriores maridos como con el actual, con sus padres y, muy ampliamente, sobre el carácter y la vida de sus hijos [...]***

Neste julgado, ainda que de modo reflexo, também se protegeu a *verdade pessoal* da demandante e de seus familiares, junto com outros aspectos de sua intimidade. De fato, talvez seja realmente o direito de retificação a garantia que mais se aproxime ao conteúdo *afirmativo* do direito à identidade pessoal, que estaria reforçado com a doutrina da *autodeterminação informativa*, mesmo que limitado ao terreno da proteção de dados de caráter pessoal, pois o derecho fundamental à proteção de dados não se reduz exclusivamente aos dados íntimos da pessoa, mas sim a qualquer tipo de dado pessoal, seja ou não íntimo, cujo conhecimento ou emprego por terceiros possa afetar seus direitos, sejam ou não fundamentais.¹²⁶

No Brasil, a maioria da doutrina que se dedica a estudar o direito à identidade pessoal, conecta-o ao o nome e/ou à história pessoal. Adverte Bittar (2004, p. 125), por exemplo, que sobre o objeto do direito ao nome o bem jurídico tutelado é a identidade, considerada como atributo inerente à personalidade humana. O direito ao nome é tão essencial que recebem também proteção seus acessórios como o pseudônimo, a alcunha e o hipocorístico, este a designação carinhosa, geralmente pelos íntimos. Destaca Bittar (2004) que esta proteção também envolve a defesa da pessoa jurídica, para distingui-la do meio empresarial. Por seu turno, Beltrão (2005, p.

¹²⁵ STC 240/1992(FJ 6)

¹²⁶ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

117) pondera que a pessoa, para ser capaz de gerenciar sua personalidade, supõe por natureza uma identidade pessoal e o reconhecimento social dessa identidade. A identidade pessoal somente é alcançada quando se atribui à pessoa um nome o qual deve ser admitido juridicamente como direito da personalidade. Informa Duval (1988, p. 33-36) que o debate sobre o *direito ao nome* no Brasil teve seu impulso com a monografia de Spencer Vampré, seguido por França (1958). Duval (1988) aponta a função identificadora do nome civil (e do comercial) e o relaciona com os problemas da sua alteração, modificação ou exclusão ou concorrência desleal.

Por outro lado, está muito em voga, como já visto entre os autores que compõem a doutrina *familista*, a vinculação do direito à identidade pessoal com a *história pessoal* que incluiria a investigação de paternidade ou maternidade (a identidade genética - direito fundamental ao conhecimento da própria ancestralidade RE 649154) e a transexualidade (verdade pessoal).¹²⁷

A proteção da identidade pessoal, nesta vertente do direito ao reconhecimento da verdade biológica, foi a tese prevalente no *leading case* sobre a ação de investigação de paternidade e a relativização da coisa julgada, o RE 363889. Na espécie, um menor representado por sua mãe ajuizou demanda com pedido de que fosse reconhecida a relação de filiação e, ainda, a condenação de seu suposto pai a fornecer-lhe alimentos. Na própria inicial há registro de que, anteriormente, já havia sido proposta lide idêntica, julgada improcedente, contudo, por insuficiência de provas, o que se deveu à falta de recursos financeiros para que, à época, pudesse custear exame de DNA. O Plenário, por maioria, proveu o recurso extraordinário. Decretou-se a extinção do processo original sem julgamento do mérito e permitiu-se o trâmite da ação de investigação de paternidade.

Ainda que o Ministro Relator Dias Toffoli tenha evitado justificar seu voto com fulcro na dignidade da pessoa humana, pois forte no argumento de que esta invocação acaba por desnaturalizar o aludido primado, o Ministro Luiz Fux exalta que o *direito fundamental à identidade pessoal do indivíduo*, que se desdobra, dentre outros aspectos, na *identidade genética no núcleo essencial* está sim fulcrado na dignidade da pessoa humana. Pode-se afirmar que Supremo Tribunal Federal, pois, encampa o conceito constitucional do direito à própria identidade no art. 1º, da CF.

Nada obstante, urge questionar se pode também ser incluído o “*direito a ser você mesmo*” no conceito de direito à própria identidade declarado pelo Alto Tribunal Brasileiro. Há de se ressaltar que no seu bem lançado voto, o Min. Luiz Fux, para robustecer suas razões, adverte que:

“A inserção de cada pessoa no mundo, para que possa realizar todas as suas potencialidades, é feita em função de sua história, projetando a auto-imagem e a identidade pessoal a partir de seus dados biológicos inseridos em sua formação, advindos de seus progenitores [...] A identidade, nesse novo contexto, passa a ser concebida como o complexo de elementos que individualizam cada ser humano, distinguindo-o dos demais na coletividade, conferindo-lhe autonomia para que possa se desenvolver e se firmar como pessoa em sua dignidade, sendo, portanto e nessa medida, expressão objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana. (BARBOZA, 2010, p. 84).

¹²⁷ Vid. Dias (2006), Donizetti (2007), Farias (2007), Nicolau Junior (2006), Queiroz (2001), Feijó (2007), Petterle (2007), Vieira (2006), Barboza (2004), Maluf (2004), Hironaka (2001, 2002), Peres (2001), Baracho (2000), Moraes (2002) e Almeida (2001).

Já existem vozes que argumentam que se o “*direito de ser você mesmo*” - entendido como o respeito pela identidade e a qualidade de ser um membro da vida em sociedade, com a aquisição de ideias e experiências, crenças ideológicas, religiosas, morais e sociais que diferenciam e, ao mesmo tempo, qualificam o indivíduo - tem sido reconhecido na experiência jurídica de outros países, não há nenhuma dúvida de que no Brasil também se encontre uma tutela, ainda que sob a forma genérica de intromissão ilegítima na personalidade, para proteger a identidade pessoal quando se publicam fatos *falsos, imprecisos e não desonrosos* que alteram, distorcem, deturpem e afetem a personalidade do indivíduo. Essa proteção, no entanto, não pode ser enquadrada no direito à própria imagem, o qual protege juridicamente a representação gráfica do *aspecto visual físico externo*, não suas *qualidades/atributos sócio-culturais*.

Sobre essa controvérsia, acredita Szaniawski (2005, p. 223) que o ordenamento jurídico brasileiro não tem bem delimitados os contornos do direito à própria imagem, em relação ao direito de desfrutar comercialmente da própria imagem e do direito à vida privada, mas indica que a jurisprudência não é omissa sobre esta diferença. Além disso, afirma que deixam de distinguir cenários em que ocorre uma violação do direito ao resguardo, dos casos onde é praticada uma *alteração pública da personalidade alguém*. Advoga que estas duas figuras não se confundem. Enquanto o direito ao resguardo (intimidade) objetiva a proteção do indivíduo contra uma intrusão na sua vida pessoal ou familiar, salvaguardando- o igualmente contra a realização de investigações em sua vida privada, a tutela contra a *alteração pública da personalidade* de alguém tem por escopo proteger as pessoas contra a *apresentação inexata de sua personalidade ao público pelos meios comunicação*.

Na visão de Szaniawski (2005), distinguem-se, pois, tais situações por possuírem interesses jurídicos diversos. Com o direito ao resguardo se pretende proteger a intimidade indivíduo, impedindo que terceiros venham a conhecer segredo e aspectos íntimos de sua vida privada e familiar. O interesse na tutela da alteração da personalidade por outrem está relacionado com o respeito à *identidade da pessoa, à veracidade de sua personalidade física, moral e intelectual*, possuindo, via de consequência, a vítima de um atentado de alteração pública de sua personalidade o direito de retificação/resposta, por meio do qual, o agente causador da vulneração deverá retificar o equívoco accidental ou proposital, a fim de trazer ao público a verdadeira personalidade do ofendido. Insta registrar que Szaniawski (2005) projeta uma independência da proteção da *“alteração de personalidade pública”* do conceito do direito à privacidade, embora não tenha indicado uma norma jurídica, expressamente, para fazer tal alegação.

Com raciocínio semelhante, Enéas Costa Garcia (2001) vê de forma mais nítida a configuração do direito à identidade pessoal a partir desta perspectiva de alteração, distorção ou tergiversação do *“perfil”* da pessoa. Baseado na experiência italiana, argumenta que o ser humano, na sua vida em sociedade, cria determinados perfis, uma verdadeira *imagem espiritual ou ideal*, pelos quais passa a ser reconhecido e identificado no seio da sociedade. Essa *imagem ideal* deve ser preservada pelo direito. Deste modo, a conduta que tergiverse o *perfil social* do ofendido, que contrarie a sua *“imagem ideal”*, deve ser considerada ilícita, facultando ao lesado o direito de reagir para restabelecer a sua *verdadeira identidade*.

Aduz Costa Garcia (2001) que o objeto deste novo direito é, pois, salvaguardar o *perfil ideal da pessoa* por meio das representações que a *mass media*, agências de informações, *opinion makers*, e outros sujeitos que divulgam as notícias possam propor. No entanto, salienta que se

poderia argumentar que seria desnecessária a criação desse novo direito da personalidade, pois outros direitos poderiam tutelar o interesse em foco. Isso porque quando houver alteração da personalidade por meio da utilização da imagem, o direito à própria imagem seria invocado. De outro lado, poder-se-ia se socorrer do direito à honra, ou mesmo ao direito ao nome. Todavia, Costa Garcia (2001) defende que há de se reconhecer autonomia ao direito à identidade pessoal, afastando-o de outras figuras próximas. Advoga, portanto, que com o direito à identidade pessoal, se objetiva proteger os componentes da personalidade que distinguem a pessoa no meio social. Não apenas o nome, mas também o seu perfil, as variadas manifestações da sua personalidade no campo profissional, social, familiar, filosófico, religioso, etc.

Numa distinção mais precisa sobre imagem e identidade pessoal conclui que:

[...] o direito à própria imagem protege a representação física da personalidade, enquanto que o direito à identidade pessoal protege os *elementos morais* (os perfis) da pessoa. A imagem é constituída de um elemento materialmente perceptível e reproduzível que identifica o sujeito na sua aparência física, enquanto a identidade pessoal atém-se aos aspectos morais, intelectualmente representáveis da personalidade. Neste sentido, apenas por força da figura de linguagem se diz que o direito à identidade cuida da imagem moral. Na verdade, o referido direito tem por objeto as manifestações dinâmicas da personalidade, aspectos que não se confundem com a simples representação física. Enquanto a imagem é a reprodução identificável dos traços físicos de uma pessoa sobre qualquer suporte material, a identidade pessoal abarca um perfil mais amplo da imagem projetada a terceiros, reveladora de uma bagagem cultural que não encontramos no direito à imagem. (GARCIA COSTA, 2001, p. 167-168).

Garcia Costa (2001) fundamenta sua concepção de direito à própria identidade, de forma adequada, no princípio da dignidade da pessoa humana, defende o reconhecimento de um direito geral da personalidade, estabelece a base normativa para a conformação do direito à identidade pessoal no *direito de resposta* do art. 5º, V, no *habeas data*, art. 5º, LXXII, “b”, ambos da Constituição Brasileira de 1988. Define o direito à identidade pessoal como

[...] o interesse juridicamente protegido de exigir que a personalidade não seja representada de maneira infiel, desnaturada ou alterada por meio da atribuição de condutas, atributos ou qualidades que não guardam relação com ela ou pela omissão daqueles que são determinantes da sua configuração. O direito de não ver desnaturado ou alterado o próprio perfil externo, psicossomático, intelectual, político, social, religioso, ideológico e profissional. (GARCIA COSTA, 2001, p. 167-168).

Esta tese, ainda embrionária no Brasil, pode ser reforçada com a doutrina de Choeri (2010) e com a semelhança entre o conceito do direito à própria identidade exposto ao longo deste tópico e a concepção de “imagem-atributo” defendida por Araújo (1996, 2003, 2006) em seus trabalhos relacionados ao tema. O autor divide o direito à própria imagem em dois: a) *imagem-retrato*, que coincide com a proteção do aspecto físico exterior da personalidade humana; e b) a

imagem-atributo, que consiste na tutela do conceito de *imagem social* do indivíduo, que provém do desenvolvimento de suas relações sociais.¹²⁸

Ao meu juízo, apesar de não desenvolver neste espaço o raciocínio de refutação desta bipartição conceitual, este último conceito pode se amoldar ao conceito do direito à própria identidade suscitado como o direito de exigir que sua personalidade não seja representada de maneira infiel, distorcida, desnaturada ou alterada por meio da atribuição de condutas, *atributos ou qualidades* que não têm relação com a pessoa, ou para a omissão dos caracteres que são essenciais para sua configuração.

Com efeito, convém ressaltar que com este breve relato sobre a construção jurídica do direito à identidade pessoal não se quer oferecer um fidedigno conceito a respeito, tampouco teorizar sobre sua configuração jurídico-constitucional, pois este trabalho demandaria um estudo próprio e mais exaustivo desse que agora se levou a cabo. Na verdade, o objetivo em expor a existência deste direito se circunscreve, unicamente, a estabelecer e assinalar a filiação a tese das progressistas e confluentes opiniões da maioria dos autores citados neste tópico.

Contudo, o argumento principal aqui defendido é que o direito da pessoa exigir que sua personalidade não seja representada de maneira infiel, tergiversada, desnaturalizada ou alterada por meio da imputação de condutas, atributos ou qualidades que não tem relação com ela ou pela omissão das características que são determinantes em sua configuração; o direito a não ver alterado o próprio *perfil* psicossomático, intelectual, político, social, religioso, ideológico e profissional, *não pode se confundir* com a faculdade de aproveitar ou de excluir a possibilidade de representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana. São decisiva e peremptoriamente bens jurídicos distintos, com conformação e objeto divergentes.

Efetivamente, a importância do direito à identidade pessoal, como matriz do direito à própria imagem tem uma lógica conceitual-instrumental. A imagem humana, como argumentado, é atualmente a melhor forma de identificar uma pessoa. Tanto é verdade que se uma imagem não é capaz de identificar o seu titular, sua publicação não será ilícita. Os teóricos que relacionam o direito à própria imagem com a teoria do direito à identidade defendem que a imagem pessoal constitui um bem tutelado pelo ordenamento jurídico enquanto é fator de identificação individual. Seguramente, é inevitável constatar este valor identificador da imagem, o qual, como já definido em momento anterior, forma parte de suas características. É inegável, portanto, que a *aparência física* serve de instrumento para a identificação de qualquer pessoa, pois a imagem individualiza a pessoa e dá forma concreta *visual* da personalidade. É o primeiro e mais perceptivo signo natural corporal que diferencia e, por conseguinte, identifica a pessoa (ROYO JARA, 1997, p. 22).

Sem embargo, para compreender a separação desses bens jurídicos, afirma Moraes (1972a) que não cabe confundir a identificação com a individuação. A imagem, por certo, realiza as funções de individuar e identificar a pessoa, mas para entendê-la como objeto de um direito, deve intenvir outro fator: a mediação de um processo de percepção *visual* da imagem (AZUR-

¹²⁸ Para Araújo (1996, p. 31): “O homem moderno, quer em seu ambiente familiar, profissional ou mesmo em suas relações de lazer, tende a ser visto de determinada forma pela sociedade que o cerca. Muitas pessoas não fazem questão de serem consideradas relaxadas, meticulosas, organizadas, estudiosas, pontuais, ou impontuais. São características que acompanham determinada pessoa em seu conceito social. Incorpora as relações com a sociedade, o contexto social.”

MENDI ADARRAGA, 1997, p. 43). Impõe-se, além disso, uma distinção entre o objeto e o objetivo de tais direitos. A imagem humana se presta, *ab initio*, à *individualização do aspecto físico e visível* da pessoa humana e, em conseqüência, *um dos objetivos* do direito à própria imagem *pode ser* a identificação. O objeto do direito à própria imagem, portanto, interrelaciona-se com um interesse pessoal do titular a individualizar-se ou não, a destacar ou a excluir a possibilidade da manifestação da própria *individualidade* por meio da representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e fazem reconhecível sua figura humana. A identificação por intermédio da imagem pode, deste modo, configurar-se como um objetivo de tal direito, mas não um *fito principal*.

Neste contexto, como já alertava De Cupis (1961), a necessidade de proteger a pessoa contra a arbitrária difusão de sua imagem deriva de uma exigência individualista, segundo a qual a pessoa deve ser quem decide consentir ou não a publicização de suas próprias evocações ou expressões, pois o sentido da própria individualidade cria uma exigência de autodeterminação. Por sua vez, a identificação, objeto principal da identidade pessoal, pode ser realizada por outros meios, como o psicológico, o sociológico; de modo que não é obrigatória e unicamente alcançada pelo uso da imagem (representação do aspecto *físico externo*). De fato, o objeto do direito à identidade pessoal se desenvolve dentro de um contexto de uma atuação *positiva*, de se identificar, que provém da conjugação da *história* e da *verdade pessoais*, como exigência da “identidade individual” e da “identidade relacional”.¹²⁹ Há de se deduzir que a identificação conota um matiz de *afirmação da personalidade (verdade pessoal)*, procedente do direito de cada pessoa a viver em concordância consigo mesma, uma manifestação da liberdade de consciência projetada exteriormente em determinadas opções de vida e, do mesmo modo, um matiz de constatação da própria exterioridade-relacional (*história pessoal*), resultado da exigência relacional de conferir identidade aos indivíduos. Para isso, o direito à identidade pessoal utiliza como “instrumentos” o direito ao nome, o direito à palavra (*voz*), o direito à própria imagem e outros que conformem os signos distintivos identificadores de uma pessoa humana. Na realidade, a imagem serve, de fato, como um *meio* para a manifestação da identidade pessoal, como também, de maneira análoga, “utilizam-na” a intimidade ou a honra, como já examinado. Não obstante, esta característica de “*instrumental*” não pode impedir a autonomia do direito à própria imagem, pois seu objeto jurídico, como concluído, está bem delimitado e se refere ao direito a decidir sobre a possibilidade da representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana.

Neste sentido, Trabuco (2001, p. 398) sustenta que:

[...] Da mesma forma, do conceito de imagem física, que faz parte da «configuração somático-psíquica de cada indivíduo», deve ser distinguido o seu retrato ou *imagem moral*. Esta é uma noção que se refere à sua *identidade psíquica*, às suas capacidades, instintos, talentos intelectuais e artísticos, objectivos e traços de carácter que podem ser, em alguns casos, apreensíveis por intermédio de testes psicológicos, análises de personalidade ou exames de aptidões e competência para o desempenho de determinadas funções ou actividades. Simultaneamente, o direito à imagem afasta também do seu núcleo de protecção a *história pessoal* dos

¹²⁹ Utilizando os conceitos de Otero (1999).

indivíduos, a identidade que estes assumem perante a sociedade construída com base nas suas acções, omissões e circunstâncias que em cada momento rodearam o curso das suas vidas. Esta representação de carácter sócio-ambiental do ser humano, a imagem da sua vida, pode ser atingida sem que, concomitantemente, seja detectada uma violação da sua honra, bom nome ou reputação. Isto porque, numa época em que a construção da “imagem” de diversos indivíduos, nomeadamente políticos ou membros do mundo do espetáculo, se tornou algo vulgar, a atribuição de determinadas características ou qualidades a alguém que não correspondam exactamente à realidade, pode constituir apenas um desvio à representação que os outros têm desse indivíduo sem que, no entanto, a sua honra ou reputação cheguem efectivamente a ser afectadas.

A propósito, a jurisprudência do Tribunal Constitucional lusitano reiteradamente afirma que o direito à própria imagem “[...] não consiste, por isso, num direito de cada pessoa a ser representada publicamente de acordo com aquilo que ela realmente é ou pensa ser.”¹³⁰ Por esta razão, é inquestionável afirmar que o direito à própria imagem se destina exclusivamente a possibilidade da representação gráfica das evocações ou expressões do aspecto físico externo da pessoa humana, enquanto que o direito à identidade se presta, em definitivo, ao reconhecimento *psicológico* ou *psíquico*. O direito à própria imagem, insiste-se, pode ter como objetivo a identificação, que é objeto do direito à identidade pessoal, mas seu objeto sempre diferirá desta, por estar focado na proteção da exposição *visual cognitiva* da individualidade de seu titular, conformada na faculdade de excluir ou permitir a possibilidade de representação gráfica das evocações ou expressões pessoais visíveis do aspecto físico externo que lhe singularizam e fazem reconhecível sua figura humana.

Talvez um exemplo possa melhor aclarar esta delimitação teórica. Se publicada, com critério inadequado, desnecessário e desproporcional uma fotografia de uma pessoa, que tem um papel de protagonista em uma notícia que não é publicamente relevante, não se vulnerará, em absoluto, o *direito à identidade pessoal*, pois a imagem seria verdadeira. Seria sim, é verdade, uma ofensa ao direito à própria imagem do titular retratado. Outro exemplo mais nítido é o de uma modelo que permite o uso de sua imagem por uma empresa para uma específica revista. Esta empresa publica a imagem da modelo em outras revistas, de sua propriedade ou não, sem o necessário e prévio consentimento da retratada. Haverá, indubitavelmente, uma conspurcação ao direito à própria imagem da modelo, mas não necessária e impreterivelmente uma ofensa ao seu direito à identidade pessoal.

9 CONCLUSÕES

Da pesquisa que se acaba de realiza, algumas conclusões podem ser extraídas:

1. O direito à própria imagem é um dos direitos da personalidade. Contém todas as características a estes inerentes, ou seja, é um direito personalíssimo, inato (originário), absoluto,

¹³⁰ AcTC *Português* N.º 6/84, Processo n.º 42/83, AcTC *Português* N.º 130/88, Processo 110/86, AcTC *Português* N.º 128/92, Processo 260/90, 2ª Secção; AcTC *Português* N.º 129/92, Processo 329/90; 2ª Secção; AcTC *Português* N.º 319/95, Processo 200/94, 2ª Secção; AcTC 436/00, Processo AcTC *Português* N.º 628/2006, Processo n.º 502/2006, 2ª Secção.

extrapatrimonial (abstrato), intransmissível, irrenunciável, inalienável, indisponível (abstrato), vitalício, necessário e oponível *erga omnes*. A necessidade de proteção contra a arbitrária difusão da imagem deriva de uma exigência da individualidade pessoal, segundo a qual a pessoa deve ser quem decide consentir ou não a representação de sua própria imagem. O sentido de individualidade cria duas perspectivas na configuração jurídica de tal direito: de um lado, uma de exigência de circunspeção, de reserva, de exclusão, e, de outro, estabelece a autonomia jurídica individual e a autodeterminação do sujeito para se projetar socialmente. A primeira assegura a exclusão dos demais deste âmbito individual, garantindo a inviolabilidade pessoal. A segunda perspectiva permite a exteriorização da liberdade do indivíduo de se projetar nas relações sociais. O direito à própria imagem emerge, deste maneira, como uma expressão concretizada da autonomia pessoal (privada). Configura-se, assim, uma realidade jurídica na que a imagem se afirma como um bem jurídico eminentemente pessoal no plano teleológico e no material-axiológico, com estrutura de direito fundamental, que reserva à pessoa uma posição de domínio sobre uma característica pessoal, ambos os planos convergentes com a dignidade da pessoa humana e protegidos pela tutela constitucional dos direitos fundamentais.

2. O que o ordenamento jurídico protege é a representação, a manifestação e não a imagem humana em si. O Direito não poderia impedir que terceiros conheçam nossa imagem, pois o ser humano, dado seu caráter comunicativo-relacional, tem que necessariamente se relacionar com os demais de sua espécie. O que o direito à própria imagem se propõe a proteger é a *representação gráfica do aspecto físico externo de uma pessoa humana*. A imagem deve ser visível e reconhecível. O sujeito deve ser visto e reconhecido, pois sem esta peculiaridade não se poderia configurar o conceito jurídico-constitucional da proteção da imagem humana. O direito à própria imagem tutela a pessoa singular, reconhecível e individual, pois a representação de uma imagem não identificável ou não reconhecível é lícita. A utilização de uma imagem de uma pessoa tampouco se torna ilícita se, sendo a imagem anônima, o titular possa ser reconhecido, mas não individualizado. A imagem individualiza, pois mediante ela, considera-se a pessoa em si mesma, determina-se alguém concreto, único, diferente e diferenciável de todos os demais seres humanos, que expressa sua necessária individualidade no entorno social. A imagem também há de ter como resultado a possibilidade de reconhecer a pessoa, pois apesar da exigência da individuação, a imagem intervém como um elemento ainda mais especificador, e permite saber a quem corresponde a representação gráfica da figura humana na forma visível.

3. As pessoas jurídicas, dada sua artificialidade, não tem existência corporal, são “fungíveis”, carecem de figura, de fisionomia, desta parte que integra a dignidade humana. O conceito do direito à própria imagem não tem que incluir qualquer mediação metafórico-fictícia, para poder ser juridicamente autônomo. Não se pode, por exemplo, inserir neste conceito jurídico de imagem a consideração que de uma pessoa se tem no círculo social, econômico e político ao qual pertence. Esta “imagem social”, a reputação, a fama, são objeto de proteção do direito à honra. A expressão que define esta proteção jurídica é “direito a própria imagem”, pois as outras denominações convertem o âmbito de aplicação de tal direito em demasiado amplo e o estenderiam a outras formas externas diferentes de referência à personalidade.

4. Há dois aspectos no conceito do direito à própria imagem. Um positivo (faculdade de fruir de uma imagem concreta) e outro negativo (faculdade de exclusão, direito abstrato). O conteúdo positivo do direito à própria imagem é a faculdade de excluir a possibilidade de captação,

reprodução, publicação por fotografia, filme ou qualquer outro procedimento. O conteúdo positivo é a possibilidade de fruição da figura humana, é o direito a que se venda a imagem concreta, que seja usada com seu exclusivo consentimento, em benefício próprio, com a potencialidade mercantil.

5. O conceito do direito à própria imagem se identifica com a faculdade de aproveitar (positiva) ou de excluir (negativa) a possibilidade da representação gráfica das expressões ou evocações pessoais visíveis do aspecto físico externo que singularizam e tornam reconhecível a figura da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ABREU, Luis Vasconcelos. A violação de direitos de personalidade pela comunicação social e as funções da responsabilidade civil: recentes desenvolvimentos jurisprudenciais, uma breve comparação luso-alemã. In: MOURA, Ramos; MANUEL, Rui. *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 457-475. v. 2.

ABREU, Luis Vasconcelos. Limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada mediante o acordo do seu titular: o caso do *big brother*. *Revista do Ministério Público*, a. 26, n. 101, p. 113-118, jan./mar. 2005.

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem: a posição do novo código civil (Lei n. 10.406 de 10.01.2002), o direito à imagem e a atuação da mídia, o dano à imagem e sua reparação, principais defesas opostas, jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2003.

ALCARAZ, Hubert. El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de la Información: Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas... peut-être jamais, peut être demain! *ARAUCARIA - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, a. 9, n. 18, p. 6-28, 2007.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *El derecho a la propia imagen*. Madrid: Tecnos, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. *Do nome da mulher casada: direito de família e direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ALONSO ALAMO, M. Mercedes. Protección penal del honor: sentido actual y límites constitucionales. *Anuario de derecho penal y ciencias penales (ADPCP)*, t. 36, n. 1, p. 127-152, 1983.

AMAT LLARI, Maria Eulalia. *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. Madrid: La Ley, 1992.

AMAT LLARI, María Eulalia. El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial. *Revista jurídica de Catalunya*, v. 102, n. 2, p. 459-475, 2003.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *El derecho a la propia identidad: la acción en favor de los derechos humanos de gays y lesbianas*. Madrid: EDAI, 1999.

- ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais do século XXI. In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL: DERECHO CONSTITUCIONAL PARA EL SIGLO, 8., 2006, Sevilla. *Anais...* Navarra: Aranzadi, 2006. p. 1052-1055.
- APPIAH, Kwame Anthony. *O código de honra: como ocorrem as revoluções morais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Carmargo. *Crimes contra a honra*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. A imagem-retrato e a imagem-atributo: conceitos distintos na Constituição Federal de 1998. In: COSTA, José de Faria; DA SILVA, Marco Antônio Marques (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 515-531.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. *Revista do Advogado - Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos*, a. 23, n. 73, p. 119-126, nov. 2003.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria Geral*. Introdução as Pessoas, Os bens. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1.
- ATHENIENSE, Alexandre. As transações eletrônicas e o direito de privacidade. *Fórum administrativo*, v. 2, n. 19, p. 1170-1177, set. 2002.
- AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Madrid: Civitas, 1997.
- BALAGUER CALLEJÓN, Maria Luisa. *El derecho fundamental al honor*. Madrid: Tecnos, 1992.
- BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. *Os Povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A identidade genética do ser humano: bioconstituição; bioética e direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 8, n. 32, p. 88-92, jul./set. 2000.
- BARBAS, Stela Marcos De Almeida Neves. *Direito ao património genético*. Coimbra: Almedina, 1998.
- BARBAS, Stela. Direito à identidade genética. *Forum Iustitiae - Direito & Sociedade*, v. 1, t. 6, p. 39 e ss, 1999.
- BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. *Juris Poiesis: revista do curso de direito da Universidade Estácio de Sá*, v. 7, n. 1, p. 123-132, 2004.

BARNETT, Stephen R. El derecho a la propia imagen: el *right of publicity* norteamericano y su correspondencia con el Derecho español. *Revista de Derecho Mercantil*, n. 237, p. 1225-1250, jul./sept. 2000.

BARROSO ASENJO, Porfirio; LÓPEZ TALAVERA, María del Mar. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. Madrid: Fragua, 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Guidicini eAlessandro Berti Contessa. Revisão Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BEJAR, Helena. *El ámbito íntimo*. Madrid: Alianza Editorial, 1990.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BENJAMIM, Walter. et al. *Passagens*. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

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

BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte especial. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

BITTAR; Carla Bianca. A Honra e a Intimidade em face dos direitos da personalidade, In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 121-132.

BITTAR, Carlos Aberto. *Direitos de autor*. 4. ed. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BLOUSTEIN, Edward J. Privacy as an aspect on human dignity: an answer to Dean Prosser. *New York Law Review*, v. 39, p. 962-1007, 1964.

BONJARDIM, Estela Cristina. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: M. Limonad, 2002.

BRANT, Cássio Augusto Barros. Os direitos da personalidade na era da informática. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 9-29, abr./jun. 2010.

BRASIL LIMA, Marco Aurélio. A responsabilidade civil do site que publica conteúdo de terceiros. In: RIBEIRO DO VALLE, Regina (Org.). *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*. São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 283-290.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1071158*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. **Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em: 07 nov. 2008.**

BUSTOS PUECHE, José Enrique. *¿Prevalece la libertad de expresión sobre el derecho al honor?* Tecnos: Madrid, 1992.

CABALLERO GEA, José-Alfredo. *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e Injurias*. Madrid: Dykinson, 2004.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. *Derecho a la intimidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 1, p. 1577-1586, 1999.

CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada. *Separata de “Estudos em Homenagem ao Prof. Paulo Cunha”*. Lisboa, 1988.

CACHAPUZ, Maria Claudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. *Separata do vol LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 67, p. 129-223, 1991.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós: estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.

CAMPS MERLO, Marina. *Identidad sexual y derecho: estudio interdisciplinario del transexualismo*. Pamplona: Eunsa, 2007

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *“Reality shows” e Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARRILLO, Marc. El derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la CE. In: O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 63-90.

CARRILLO, Marc. El derecho a la propia imagen como derecho fundamental. *Revista Jurídica de Asturias*, n. 18, p. 7-30, 1994.

CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito da Comunicação Social*. 2. ed. rev. e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005a.

CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação Anotada da Comunicação Social*. Lisboa: Casa das Letras, 2005b.

- CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de direito do consumidor*, n. 46, p. 77-119, abr./jun. 2003.
- CASADO CERVIÑO, Alberto. Interrelación entre la Propiedad Industrial y Propiedad Intelectual: su tratamiento en la vigente legislación española. In: ASOCIACIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (Ed.). *Homenaje a H. Baylos: estudios sobre derecho industrial: colección de trabajos sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*. 1992. p. 97-110.
- CASTÁN TOBEÑAS, José Maria. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. t. 1, v. 2. Reus: Madrid, 1978.
- CASTÁN VAZQUEZ, José Maria. La protección al honor en el derecho español. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Reus, Madrid, 1958, p. 4.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 57. v.1 (A sociedade em rede).
- CASTRO, Luiz Fernando. Martins. Proteção de dados pessoais: panorama internacional e brasileiro, *Revista CEJ*, v. 6, n. 19, p. 40-45, out./dez. 2002.
- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CAVALIERI FIHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Malheiros: São Paulo, 1996.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores. Reflexiones en torno al nuevo derecho a la identidad sexual. *Revista General de Derecho*, Valencia, n. 89, p. 4947-4962, 2001.
- CHAVES, Antônio. Direito à imagem e direito à fisionomia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 76, n. 620, p. 7-14, jun. 1987.
- CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 67, p. 45-75, 1972.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen. El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In: O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Honor, intimidad y propia imagen*. Cuadernos De Derecho Judicial, Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 105-148.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen. Sobre el derecho de rectificación. *Poder Judicial*, n. 6, p. 71-82, 1987.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1996.
- CONGRESO IBEROAMERICANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL. *Derechos de autor y derecho conexos en los umbrales del año 2000*. Madrid, 1991. v. 1-2.

- CONSTANT, Benjamin. *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*. Escritos Políticos. Tradução Estudio preliminar y notas de María Luisa Sánchez Mejías. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- CORDEIRO, António Meneses. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, v. 1, t. 3, 2004.
- CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação social*. Coimbra: Almedina, 2000. v1.
- COSSÍO, Manuel de. *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*. Valencia: 1993.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- COUTO, Ana Cláudia Felipe do. Os cadastros restritivos de crédito. *Informativo jurídico Consu-lex*, v. 17, n. 42, p. 11, 20, out. 2003.
- COUTO GÁLVEZ, Rosa de et al. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica, consideración especial del derecho a la propia imagen y de otros activos inmateriales*. Madrid: Trama, 2005.
- CREMADES, Javier. *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: La Ley, 1995.
- CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia*. Madrid: Actualidad Editorial, 1995.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Há um direito à autodeterminação informativa no Brasil? In: MUSSI, Jorge; SALOMÃO, Luis Felipe; MAIA FILHO, Napoleão Nunes (Org.). *Estudos jurídicos: em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. v. 3. p. 220-241. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/48406>>. Acesso em: 23 ago. 2015.
- CURY JUNIOR, Darcy. *A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente*. 2006. 2006. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011640.pdf>>. Acesso em 20 set. 2015.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.
- DELGADO, Reyes; GÓMEZ LANZ, Javier. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica, consideración especial del derecho a la propia imagen y de otros activos inmateriales*. Madrid: Trama, 2005.
- DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DIAS, Jaqueline Sarmiento. *O direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DICIONÁRIO MICHAELIS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=vkAAV>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

DINIZ, Maria Helena. Direito à imagem e a sua tutela. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (Org.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 79-106.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, Maria Candelaria. Sobre los derechos de la personalidad. *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, Universidad de la Sabana, n. 12, 2003. Disponível em: <<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1248/1360>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONIZETTI, Leila. *Filiação socioafetiva e Direito à Identidade Genética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1980.

DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

DUARTE DE QUEIROZ, Danilo. Privacidade na Internet. In: REINALDO FILHO, Demócrito (Coord.). *Direito da Informática, Temas polêmicos*. Bauru: Edipro, 2002, p. 81-96.

DUARTE, Fernanda et al. *Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

ENRICH, Enric. El derecho a la propia imagen frente al derecho a la libertad de expresión. *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, Academia de Jurisprudencia y Legislación, n. 3, p. 795-812, 2004.

ESPINAR VICENTE, José María. La primacía del Derecho a la información sobre la intimidad y el honor. In: SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis García (Ed.). *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 46-67.

ESTRADA ALONSO, Eduardo. El derecho a la imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 05 de mayo. *Actualidad Civil*, n. 25, p.3 47-364, jun. 1990.

ESTRADA ALONSO, Eduardo. *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo*. Madrid: Civitas, 1989.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Strasbourg Case of Von Hannover V. Germany, 24 June 2004, Third Section, *Application no. 59320/00*.

FACHIN, Zulmar Antonio. *A Proteção Jurídica da Imagem*. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Escritos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

- FARIÑAS MATONI, Luis. *El derecho a la intimidad*. Madrid: Trivium, 1983.
- FAYÓS GARDÓ, Antonio. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos. *A prova pericial no DNA e o direito à identidade genética*. Caxias do Sul: Plenum, 2007
- FELIU REY, Manuel Ignacio. *¿Tienen honor las personas jurídicas?* Madrid: Tecnos, 1990.
- FERRARI, Amauri Pinto. *Calúnia, injúria e difamação*. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.
- FERRARI, Vincenzo. Entre imagen e identidad. Hipótesis sobre la construcción social de derechos. In: DE LA SERNA, Luis Escobar et al. *Jornadas sobre la protección del derecho a la propia imagen en los medios de comunicación*. Pamplona: Consejo Audiovisual de Navarra, 2005, p. 23-36.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958.
- GARCIA, Enéas Costa. Direito à identidade pessoal. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 165-197.
- GARCÍA GARCÍA, Clemente; GARCÍA GOMEZ, Andres. *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*. Murcia: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia e Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, 1994.
- GARCÍA VITORIA, Aurora. *El derecho a la intimidad, en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1983.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. Datos personales y protección del ciudadano, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 87, p. 71-97, 1997.
- GINESTA AMARGOS, Josep. Ius imaginis. *Revista jurídica de Catalunya*, v. 82, n. 4, p. 897-916, 1983.
- GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. El derecho a la propia imagen hoy. In: JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA. *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*. Madrid: Consejo General del Notariado, 1988, p. 203-252. v. 6.
- GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. Imagen (derecho a la propia). *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, v. 11, p. 301-376, 1962.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. *Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*. Madrid: Dykinson, 2007.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *La intimidad como objeto de protección penal*. Madrid: Ediciones Akal, 1989.
- GONÇALVES, Leonardo de Carvalho Ribeiro. Abordagem constitucional do banco de dados. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, v. 2, n. 7, p. 56-68, fev./mar. 2006.

GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa. *El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales*. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1994.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La degradación del derecho al honor - honor y libertad de información*. Madrid: Civitas, 1993.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, José Luis. El derecho al valor comercial de la identidad (*right of publicity*) y el ilícito del desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*). *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, 2004. Disponible em: <http://www.indret.com/pdf/243_es.pdf>. Acceso em: 21 ago. 2015.

GONZÁLEZ VEGA, Javier. Derecho a la identidad sexual: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Europeo*, Madrid: Portalderecho, 2003.

GORROTXATEGI AZURMENDI, Miren. El derecho a la imagen, objeto de la jurisprudencia constitucional. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 42, p. 349-374, mayo/agosto 1995.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004

GUERRERO LEBRON, Macarena. La protección jurídica del honor “post mortem”. In: GUERRERO LEBRON, Macarena. *Derecho Romano y en Derecho Civil*. Editorial Comares, Granada: 2002.

GUERRERO, Manuel Medina. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

GUSSO, Moacir Luiz. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

HERCE DE LA PRADA, Vicente. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Barcelona: Jose María Bosch Editor, 1994.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores. Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica. *Revista de Derecho Privado*, p. 19-74, jul./agosto 2005.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Madrid: Colex, 1994.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai... (direito à identidade genética). *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, v. 2-3, n. 2-3, p. 121-134, 2001, 2002.

HOMEM, António Pedro Barbas. O preço da honra. *Boletim da Ordem dos Advogados*, n. 30, p. 04-09, jan./fev. 2004.

IGARTUA ARREGUI, Fernando. Derecho a la imagen. Utilización de fotografía para fines electorales. Indemnización del daño moral; revisión del quantum. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n. 14, p. 4561-4578, 1987.

IGARTUA ARREGUI, Fernando. El derecho a la imagen en la jurisprudencia española. In: SALVADOR CODERCH, Pablo (Dir.). *El Mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. p. 319-338.

IGARTUA ARREGUI, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Madrid: Tecnos, 1991.

- IGUARTUA ARREGUI, Fernando. Responsabilidad civil extracontractual. Ofensa al honor. Congruencia. Estipulación en favor de un tercero. Contrato de publicidad con la Compañía Telefónica. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n. 7, p. 2235-2252, 1985.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- KOHLER, Josef. A própria imagem no direito. Tradução Walter Moraes. *Revista Interamericana de derecho intelectual*, v. 2, n. 2, p. 50-67, jul./dic. 1979.
- LAMA AYMÁ, Alejandra de. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. El derecho a la imagen de las cosas propias. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n. 2, p. 215-236, 2007.
- LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2012/01/mltpi.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2015.
- LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. 15. reimpr. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2008.
- LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada, *Revista Trimestral de Direito Civil RTDC*, v. 7, n. 27, p. 211-219, jul./set. 2006.
- LIMA, Arnaldo Siqueira de. *O direito à imagem: proteção jurídica e limites de violação*. Brasília: Universa, 2003.
- LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 8, n. 33, p. 110-124, out./dez. 2000.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. *Derecho de la Libertad de Conciencia II - libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*. Madrid: Civitas, 1999.
- LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina*. Madrid: Dykinson, 1996.
- LÓPEZ MINGO TOLMO, Ataúlfo. *El derecho a la propia imagen de los modelos - actores y actrices - publicitarios: veintiún años de pleitos que podían haber sido evitados*. Madrid: Vision Net, 2005.
- LÚCIO, Álvaro Laborinho. A genética e a pessoa - o direito à identidade. *Revista do Ministério Público*, v. 22, t. 88, p. 7 e ss, 2001.
- MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a vídeo-vigilância (Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães de 31.3.2004, Proc.415/04). *Cadernos de Direito Privado*, v. 11, p. 47-62, jul./sept, 2005.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MADRID CONESSA, Fulgencio. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*. Universidad de Valencia, 1984.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito da personalidade no novo código civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 45-90. v. 1.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luís. El Derecho a la Propia Imagen en el Derecho Alemán. *Boletín de información*, Madrid, a. 45, n. 1619, p. 6124-6130, dic. 1991.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. Apropiación comercial del derecho al nombre y a la propia imagen. Identificación indirecta de actor en anuncio publicitario. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n. 47, p. 705-724, ene. 1998.

MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira. *O direito à honra e a sua tutela penal*. Almedina: Coimbra, 1996.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. t. 1.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A tutela do nome da pessoa humana. *Revista forense*, v. 98, n. 364, p. 217-228, nov./dez. 2002.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem (I). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 443, p. 64-81, set. 1972a.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem (II). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 444, p. 11-28, out. 1972b.

MORALES PRATS, Fermín. Protección de la intimidad: delitos e infracciones administrativas. *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 13, Madrid, p. 39-86, 1997. (Dossiê: *La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)*). Dir. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez).

MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. A protecção da vida privada e a Constituição. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 76, p. 153-203, 2000.

MOTA PINTO, Paulo Mota. A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional (relatório elaborado com a colaboração da Assessora do Tribunal Constitucional, Dra Raquel Reis). *Conferência Trilateral Espanha, Itália, Portugal*, out. 2006.

MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-83.

MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 69, p. 479 e ss, 1993.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2005.

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos, 1990.

NERSON, Roger. *Les droits extrapatrimoniaux*. Lyon, 1939.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. *Paternidade e coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2006

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. In: *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio sobre la Constitución Española*, v. 1, p. 543-625, 1992.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Honor, Intimidad y Propia Imagen en la Jurisprudencia de la sala 1a del Tribunal Supremo. In: *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 151-205.

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

OPICE BLUM, Renato M. S.; CARDOSO, Taysa Elias. Políticas de segurança, privacidade e os tribunais. In: RIBEIRO DO VALLE, Regina (Org.). *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*. São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 153-157.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Ministerio de Educación y Cultura. Instituto Interamericano de Derecho de Autor. *110 años de protección internacional del derecho de autor: Berna 1886-Ginebra 1996: III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Berna, 1886; Ginebra, 1996; Montevideo, 1997.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PACE, Alessandro. El derecho a la propia imagen en la sociedad de los *mass media*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, a. 18, n. 52, p. 33-52, ene./abr. 1998.

PAIVA, Mario Antônio Lobato de. Autodeterminação informativa. In: PAIVA, Mario Antônio Lobato de. *Direito administrativo: temas atuais*. Leme: LED, 2003, p. 675-705.

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

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid: 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Sobre la igualdad en la Constitución Española. *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 4, p. 133-152, 1987.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIERINI, Alicia; LORENCES Valentín; TORNABENE, María Inés. *Hábeas data: derecho a la intimidad: derecho a informar, limites, censura*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1999.

PINTO, António Marinho e. Uma questão de honra ou o outro lado dos direitos de expressão e de informação. *Sub Judice*, t. 15-16, p. 75-81, 1999.

PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de Imprensa e vida privada. *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 54, p. 27-147, abr. 1994.

- PORTO MACEDO JUNIOR, Ronaldo. Privacidade, Mercado e informação, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 31, p. 13-24, jul./set. 1999.
- PROSSER, William L. Privacy. *California Law Review*, v. 48, n. 3, p. 383-423, 1960.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RAMOS, A. de Carvalho. O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil. *Revista de direito do consumidor*, n. 53, p. 39-53, jan./mar. 2005.
- RAVANAS, Jacques. *La protection des personnes contre la realisation et la publication de leur image*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978.
- REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão*. Lisboa: Lex, 1998.
- REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. A central de risco de crédito do Banco Central: considerações sobre sua natureza e os riscos à proteção dos dados pessoais dos clientes bancários. *Consumex Revista Jurídica*, v. 9, n. 192, p. 52-58, jan. 2005.
- REINALDO FILHO, Demócrito. A privacidade na sociedade da Informação. In: REINALDO FILHO, Demócrito (Coord.). *Direito da Informática, Temas polêmicos*. Bauru: Edipro, 2002. p. 25-40.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODRIGUEZ GUITIAN, Alma Maria. *El derecho al honor de las personas jurídicas*. Madrid: Editorial Montecorvo S. A., 1996
- RODRIGUES, Nilce Cunha. Direitos do consumidor e os arquivos de consumo. *Boletim dos Procuradores da República*, v. 5, n. 64, p. 21-31, ago. 2003.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Madrid: McGraw-Hill-Interamericana de España, 1998.
- RODRIGUES, Sílvio. Direitos da Personalidade. *Revista do Advogado*, n. 19, p. 54-60, out. 1985.
- ROGEL VIDE, Carlos. *Autores, coautores y propiedad intelectual*. Editorial Tecnos, 1984
- ROGEL VIDE, Carlos. *Derecho de autor*. Barcelona: Cálamo, 2002.
- ROGEL VIDE, Carlos. El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la del Tribunal Constitucional. *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, v. 2, p. 1913-1946, 1993.
- ROVIRA SUEIRO, Maria E. *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Barcelona: CEDECS Editorial, 1999.
- ROYO JARA, José. *La protección del derecho a la propia imagen*. Madrid: Colex, 1987.
- RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995.
- RUIZ Y TOMAZ, Pedro. *Ensayo de un estudio sobre el derecho a la propia imagen*. Madrid: Reus, 1931.

- SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002.
- SAHM, Regina. O Direito Moral de autor e o Fundamento do Direito à Intimidade. In: *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: em homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 41-51.
- SAIZ VALDIVIELSO, Alfonso Carlos. El honor, o la crisis de un derecho fundamental. In: DE VEGA, Pedro; MORODO, Raúl (Coord.). *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2002, p. 1911-1927. v. 3.
- SALDAÑA DÍAZ, María Nieves. La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica. *Araucaria: Revista Iberoamericana Filosofía, Política y Humanidades*, a. 8, n. 18, p. 85-115, 2007.
- SALVADOR CODERCH, Pablo (Dir.). *El Mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- SAMPAIO, José Adérlio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luís García et al. (Ed.). *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1992.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3. ed. São Paulo, Método, 2001.
- SARAZÁ JIMENA, Rafael. *Libertad de expresión e Información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Pamplona: Aranzadi, 1995.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SILVA, Fernando; SILVA, Fernando Cinci A.; RIBEIRO DO VALLE, Regina. Direito Institucional: autor-regulação da internet. In: RIBEIRO DO VALLE, Regina (Org.). *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*. São Paulo: Usina do Livro, 2005. p. 245-254.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. Noção e importância das limitações aos direitos do autor. In: CHINELATO, Silmara Juny (Coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: em homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 25-40.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. Conteúdo dos direitos do autor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 806, p. 11-27, dez. 2002.
- SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores, socialites*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.
- SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos a personalidade*. Barueri: Manole, 2002.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à própria imagem*. São Paulo: LTR, 1998.

TRABUCO, Cláudia. Dos contratos relativos ao direito à imagem. *O Direito*, a. 133, p. 389-459, abr./jun. 2001.

UICICH, Rodolfo Daniel. *Los bancos de datos y el derecho a la intimidad*. Buenos Aires: AD-HOC, 1999.

URÍAS MARTÍNEZ, Joaquin Pablo. *Lecciones de derecho de la información*. Madrid: Tecnos, 2003.

VEGA VEGA, José Antonio. *Derecho de autor*. Madri: Tecnos, 1990.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 4, p. 1390-1402, 2007.

VIDAL MARÍN, T. *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*. Madrid, 2000.

VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002

VIEIRA, Tereza Rodrigues. O cérebro e o direito à identidade sexual. *Consulex: revista jurídica*, v. 10, n. 219, p. 13, fev. 2006.

VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Delia. Protección de la propia imagen. *Revista Interamericana de derecho intelectual*, v. 2, p. 68-103, jul./dic. 1979.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *El derecho a la intimidad*. Madrid: Civitas, 1995.

WHITMAN, James Q. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty. *Faculty Scholarship Series*, Paper 649. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/649>. Acesso em: 07 ago. 2015.

ZANON, João Carlos. *Direito à proteção dos dados pessoais*. São Paulo: RT, 2013.

ZOCO ZABALA, Cristina. *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias*. Barcelona: J. M. BOSCH Editor, 2003.