

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO” -
UNESP**

ABEL BALBINO GUIMARÃES

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANO CAUSADO À IMAGEM

FRANCA

2004

ABEL BALBINO GUIMARÃES

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANO CAUSADO À IMAGEM

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito na Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”- UNESP, como exigência final, sob a orientação do Prof. Dr. José Carlos de Oliveira.

FRANCA

2004

Guimarães, Abel Balbino

A Responsabilidade do Estado por Dano Causado à Imagem/Abel Balbino Guimarães. - Franca: UNESP, 2004.

Dissertação – Mestrado – Direito – Faculdade de História, Direito e Serviço Social – UNESP.

1. Direito Civil – Indenização – Danos morais. 2. Responsabilidade – Direitos – Dano à imagem.

342.1513

À Deus, aos meus saudosos pais (Manoel Raimundo Guimarães e Orlinda Balbino Guimarães), aos meus queridos filhos (Clélio Fonseca Guimarães Balbino e Leslie Balbino Guimarães Fonseca) e a professora Edilene Dias Virmieiro Balbino, minha amada esposa.

O presente trabalho intelectual é resultado da minha inquietação e angústia frente ao tema investigado. Sendo que contei com a ajuda especial da professora universitária, na área de Direito, Edilene Dias Virmieiro Balbino, minha diletta esposa; da secretária Josilaine Dias Virmieiro de Carvalho, acadêmica de Direito; e do Prof. Dr. José Carlos de Oliveira, o qual como orientador, repassou sua experiência científica e sua técnica em pesquisa.

"A Justiça do futuro deverá estar mais presente e mais atuante. Ágil a responder de imediato quando invocada. Forte para cumprir suas decisões. Tecnicamente preparada a penetrar no âmago das questões que lhe são submetidas, não arranhá-las perifericamente num estéril formalismo processual".

José Renato Nalini

RESUMO

GUIMARÃES, Abel Balbino. A Responsabilidade do Estado por Dano Causado à Imagem. 2004. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade do Estado de São Paulo “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP, Franca, 2004.

A Responsabilidade do Estado por Dano Causado à Imagem. O objetivo do trabalho é realçar a importância do direito à imagem, o qual trata-se de direito da personalidade. Colocando o bem imagem na salvaguarda da própria dignidade da pessoa humana. Inicia-se tratando dos direitos da personalidade, em seguida, abre espaço para o direito à imagem, o qual é o centro da pesquisa. Por conseguinte, a violação da imagem gera dano moral e material, cuja consequência, é a responsabilidade. Aqui se direcionou para a responsabilidade do Estado. O direito à imagem para ser mais bem compreendido teve o seu objeto dividido em imagem objetiva e imagem subjetiva, a primeira a significar visual, material, como fotografia, pintura etc, a segunda a dizer mental, imaterial, como a concebida a partir de certas condutas ou comportamentos esperados ou praticados no âmbito da vida em sociedade. Conclui-se que o Estado Democrático de Direito tem muito que se esforçar para garantir e resguardar o direito à imagem contra os abusos de seus agentes; e, a responsabilidade objetiva do Estado, alcunhada de risco administrativo, é a que encontra amparo na Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Direito da personalidade, direito à imagem, dignidade da pessoa humana, dano moral e material, responsabilidade do Estado, imagem objetiva, imagem subjetiva, responsabilidade objetiva, risco administrativo.

ABSTRACT

GUIMARÃES, Abel Balbino. The Responsibility of the State for Actual damage to the Image. 2004. Mestrado Dissertação of in Right. University of the State of São Paulo "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP, Franca, 2004.

The Responsibility of the State for Actual damage to the Image. The objective of the work is to enhance the importance of the right to the image, which is about right of the personality. Placing well the image in it safeguards of the proper dignity of the person human being. It is initiated treating to the rights of the personality, after that, opens space for the right to the image, which is the center of the research. Therefore, the breaking of the image generates pain and suffering and material, whose consequence, is the responsibility. Here it was directed for the responsibility of the State. The right to the to be understood image most had its object divided in objective image and subjective image, the first one to mean appearance, material, as photograph, painting etc, second to say mental, incorporeal, as conceived from certain behaviors or behaviors waited or practised in the scope of the life in society. One concludes that the Democratic State of Right has much that if to strengthen to guarantee and to protect the right to the image against the abuses of its agents; e, the objective responsibility of the State, alcunhada of administrative risk, are the one that finds support in the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

Word-key: Right of the personality, right to the image, dignity of the person human being, pain and suffering and material, responsibility of the State, objective image, subjective image, objective responsibility, administrative risk.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	13
1.1 Do início da personalidade natural	13
1.2 Dos atributos da personalidade natural	15
1.3 Do fim da personalidade natural.....	18
1.4 Denominação	20
1.5 Conceito	21
1.6 Natureza dos direitos da personalidade	23
1.7 Classificação dos direitos da personalidade.....	25
1.8 Caracteres.....	28
1.9 Da tutela dos direitos da personalidade no Brasil	32
1.10 Os direitos da personalidade na constituição vigente	35
1.11 Os direitos da personalidade em espécie.....	36
1.12 O direito à imagem como direito da personalidade	38
O DIREITO À IMAGEM	40
2.1 Conceito de imagem.....	40
2.2 Duplo conceito fundamental da imagem	43
2.2.1 Sentido objetivo da imagem	49
2.2.2 Sentido subjetivo da imagem	51
2.3 Definição de imagem.....	53
2.4 A importância da imagem.....	57

2.5	A individualização do direito à imagem	59
2.6	Imagem e direito à honra.....	61
2.7	Honra, imagem e vida privada: diferenciação	64
2.8	A liberdade de imprensa e o direito à imagem	69
2.9	O direito à imagem nas constituições brasileiras	74
2.10	A comunicação, a ilusão e a imagem.....	79
2.11	A aplicabilidade e a eficácia das normas de proteção à imagem.....	82
2.12	Violação do direito à imagem	85
2.13	Extinção do direito à imagem	87
O DANO		92
3.1	Considerações sobre o dano.....	92
3.2	A reparação de danos por violações a direitos de personalidade	96
3.3	Do dano à imagem	98
3.4	Dano moral causado pelos meios de comunicação	103
3.5	Dano moral por violação à imagem.....	107
3.6	Mensuração do dano moral.....	113
3.6.1	Considerações iniciais.....	113
3.6.2	Prudente arbítrio do julgador	114
3.6.3	As várias formas de reparação do dano.....	114
3.6.4	Indenização: ressarcimento ou punição?	115
3.6.5	Tarifar a indenização?	117
3.6.6	Teoria da regulação.....	120
3.6.7	Jurisprudência pátria	120
3.6.8	O dano moral em medidas	122
3.6.8.1	Critérios gerais	123
3.6.9	Critérios particulares.....	128
3.6.10	Conduta reprovável	128
3.6.11	Intensidade e duração do sofrimento	129
3.6.11.1	Capacidade econômica dos protagonistas do dano.....	130
3.6.11.2	Condições pessoais do ofendido.....	131
3.6.12	Precedentes judiciais consolidados.....	132
3.6.13	O sistema de dias-multas do código penal pode ser aproveitado na indenização do dano moral	133

3.6.14	Resumo.....	133
A RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....		134
4.1	A responsabilidade do Estado e não responsabilidade civil do Estado.....	134
4.2	Teorias aplicadas à responsabilidade do Estado	137
4.2.1	Teoria da irresponsabilidade	137
4.2.2	Teorias da responsabilidade pela culpa	138
4.2.2.1	Teorias dos atos de império e de gestão	138
4.2.2.2	Teoria da culpa	140
4.2.2.3	Teoria do acidente administrativo	141
4.2.3	Teorias do risco	144
4.2.3.1	Teoria do risco integral	144
4.2.3.2	Teoria do risco administrativo	148
4.3	A responsabilidade do Estado nas constituições	149
4.4	Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade do Estado	154
4.4.1	A força maior e o caso fortuito.....	155
4.4.2	A culpa da vítima.....	156
4.4.3	A culpa de terceiro.....	157
4.4.4	Agente fora das atividades funcionais.....	158
4.4.5	Estado de necessidade	158
4.5	Litisconsórcio.....	159
4.6	Denúnciação da lide	161
4.7	Prescrição e decadência	162
CONCLUSÃO.....		165
OBRAS CONSULTADAS		168

INTRODUÇÃO

O tema A Responsabilidade do Estado por Dano Causado à Imagem passou a ser abordado, antes de tudo, por ser atual e exigir a aplicação prática no dia-a-dia da agitada vida moderna.

É verdade, a imagem por ser direito da personalidade, assim, ligado diretamente à pessoa, leva a indagações: Como anda seu resguardo? Sobretudo pelo Estado? Em caso de dano, quais as formas mais corriqueiras de violação? E a mensuração do dano? E a responsabilidade do Estado?

Há de se deixar bem evidenciado que o objeto de estudo no presente trabalho é o direito à imagem. Daí, a preocupação maior restou voltada para o bem imagem, seu delineamento no campo dos Direitos da Personalidade e, posteriormente, como não poderia deixar de ser, fora estudado o dano e sua conseqüente responsabilidade por parte do Estado. Frise-se, o que se buscou na presente pesquisa foi realçar a importância do Direito à Imagem no Estado Democrático de Direito.

Por questões metodológicas e didáticas, dividiu-se o assunto em quatro capítulos, lógico, interdependentes entre si. São indissociáveis e se completam nas respostas as indagações, atinentes ao tema investigado.

O primeiro capítulo trata dos Direitos da Personalidade. Além, de trazer uma visão moderna e atualizada sobre este importantíssimo ramo da ciência jurídica, serviu, sobretudo, para realçar e individualizar o direito à imagem enquanto direito da personalidade. Identificando seus caracteres.

O segundo capítulo, O Direito à Imagem, diz respeito ao centro e trata diretamente do objeto em estudo neste trabalho, qual seja, a imagem. Preferiu-se a terminologia imagem objetiva (material, visual) e imagem subjetiva (imaterial, mental), por entender ser mais prática quanto a sua compreensão.

O terceiro capítulo, O Dano, tem como ponto de destaque a procura por identificar o dano à imagem e a mensuração do dano moral.

O quarto capítulo, A Responsabilidade do Estado, onde não só a responsabilidade objetiva do Estado, com base no risco administrativo, mas também,

falou-se da responsabilidade subjetiva de seu servidor, com nuances para a ação prática do direito.

A metodologia, propriamente, permeou entre os métodos dedutivo e o dialético. Estes utilizados com propósito de distinguir o problema no geral e trazê-lo a luz da confrontação das idéias, muitas vezes conflitantes, porém, cada qual a desanuviar um ângulo do objeto sob investigação. Lógico, é impossível não se lançar mão de outros métodos, entretanto, em menor escala de utilização.

Devido o grande número de obras atinentes ao assunto sob investigação, buscou-se fazer remissão, por vezes, completa nas notas de rodapé e a utilização de op. cit. (obra citada), quando tal obra já fora aludida, bem como “idem”, a significar que o autor e obra são iguais à anterior, e “ibidem” quando é na mesma obra mencionada imediatamente antes.

Relativamente às várias citações que se fizeram no trabalho, foram feitas entre aspas as que não ultrapassam três linhas. As demais foram feitas em separado do texto com quatro centímetros de distância do texto normal. O formato itálico foi reservado a palavras estrangeiras. O negrito só foi mantido em trechos citados para manter a originalidade dos mesmos.

Por fim, acredita-se que os objetivos foram alcançados, com atualização dos aspectos mais importantes sobre o tema, inclusive com estudo dos dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil e do Código Civil Brasileiro aplicáveis ao assunto. E, sobretudo, mantido o incentivo na busca incessante para a materialização dos direitos, só assim, “A Justiça é a Esperança”.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.1 DO INÍCIO DA PERSONALIDADE NATURAL

O art. 2º do Código Civil Brasileiro de 2002, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, serve de baliza para a teoria natalista, a qual apregoa que a personalidade inicia-se a partir do nascimento com vida, ressaltando-se os direitos do nascituro.

No Brasil, portanto, basta o nascimento com vida, por um só instante, e está caracterizada a personalidade. A perícia médico-legal desfaz qualquer dúvida quanto ao efetivo nascimento e se com ou sem vida.

Não se exige interstício de tempo com vida, também, o Código Civil Brasileiro, ao contrário do espanhol, por exemplo, não exige que o recém-nascido tenha figura humana.

Tais assertivas acima permaneceram intactas mesmo depois de janeiro de 2003, com o advento do novo Código Civil do Brasil, Lei n. 10.406, de 10.1.2002, pois o seu artigo 2º corresponde, na íntegra, ao artigo 4º, do Código Civil Brasileiro de 1916, ora revogado.

Clóvis Beviláqua era partidário da teoria da personalidade condicional, reconhecendo a personalidade a partir da concepção, desde que o nascimento ocorra com vida.

Por último, tem-se uma terceira teoria, chamada de concepcionista, e esta afirma que a personalidade tem início desde a concepção e extingue-se com a morte do indivíduo.

Então, qual é a condição jurídica do nascituro? A controvérsia doutrinária, visualizada nas três teorias citadas acima, se digladiam em duas correntes: a) a primeira a sustentar que a personalidade começa desde a concepção, sob a condição de nascer com vida (Projeto Beviláqua, art. 3º); b) a segunda defende a tese de que a personalidade só tem início a partir do nascimento.

É de bom alvitre que se espouse entendimento que o nascituro é detentor de personalidade, pois, capaz que é de ter direitos ressaltados desde a concepção, no dizer do art. 2º, *in fine*, do Código Civil Brasileiro.

No Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), artigo 26, parágrafo único, estabelece que o nascituro pode ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação; de acordo com o artigo 542 do Código Civil pode receber doação; e nos moldes do art. 1.799, I, do Código Civil o nascituro pode ser sucessor testamentário. O artigo 1.779 do Código Civil prevê, ainda, a curatela do nascituro que, por sinal, deve ser a mesma da gestante.

Em sede de direito penal, a tutela dos concebidos está essencialmente na punição do aborto (Cód. Penal, art. 124 a 128) e do infanticídio (CP, art. 123), crime este onde se prevê também o assassinato da criança durante o parto. Não é difícil incluir, outrossim, a sua tutela na definição dos crimes de periclitación da vida e da

saúde, especialmente os de contágio venéreo (CP, art. 130) e maus tratos (CP, art. 136).

Oportuno assinalar que todos esses delitos, no Código Penal Brasileiro, encontram-se sob a rubrica “Dos Crimes Contra a Pessoa”.

Afirmava Rubens Limongi França ou como ele preferia R. Limongi França: “O nascituro tem ainda capacidade jurídica para o direito fiscal, pois, p. ex., se é donatário de um imóvel, deve pagar os respectivos impostos”.¹

Pertinente a alimentos devidos ao nascituro e ao mesmo tempo à sua mãe, verifica-se julgamentos contrários (RT, 566:54, 560:220, 525:70) e favoráveis (RT, 625:172, 703:60). A tendência é acatar sua procedência, rumo a possibilitar a necessária assistência pré-natal.

Assim, tantas novas questões têm surgido, relativas a disputa entre a figura “mãe-óvulo” e a “mãe-útero”, com exigência de pronunciamentos judiciais em casos concretos, quando regras escritas a respeito do assunto, poderiam ser estabelecidas, preservando os direitos do nascituro.

1.2 DOS ATRIBUTOS DA PERSONALIDADE NATURAL

Estabelecido o início da personalidade natural, com esta passa a relacionar-se uma série de atributos. Isto é, há um conjunto de situações de significado jurídico que passa a dizer-lhe respeito.

¹ FRANÇA, R. Limongi. **Manual de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 145.

De forma que, como expressa R. Limongi França: “Assim, em direito, atributo de personalidade é toda característica, situação ou condição, suscetível de ser assumida pela personalidade, e que seja capaz de ocasionar uma repercussão jurídica”.²

Por esse ângulo de observação, são atributos da personalidade:

a) O estado das pessoas naturais: dentre os atributos da personalidade é o de conceituação mais vaga, segundo os autores, consiste no modo particular de existir das pessoas.

Esses modos de existir ou estados são de quatro ordens. Político: nacional ou estrangeiro, ainda, brasileiro nato ou naturalizado. A Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, *caput*, dispõe que todos são iguais perante a lei; profissional: funcionário público, empregador, empregado, sacerdote, trabalhador autônomo, militar, juiz de direito, professor universitário etc. E muitas são as particularidades ou prerrogativas inerentes a tais funções; familiar: casado, solteiro, viúvo, separado judicialmente, nascituro etc; e, individual ou físico: corresponde a vários estados especiais concernentes à idade, ao estado psíquico e à saúde em geral.

b) A capacidade das pessoas naturais: entende-se que a noção de capacidade não se identifica com o de personalidade jurídica.

² FRANÇA, op. cit., p. 145.

Como diz R. Limongi França: “Personalidade é a qualidade do ente que se considera pessoa. A pessoa a possui desde o início até o fim da sua existência”.³

A capacidade é um dos atributos da personalidade. A qual pode se modificar e até se extinguir sem afetar a personalidade.

Interessante, para fins deste trabalho, distinguir a capacidade quanto à natureza que pode ser de direito e de fato e quanto à extensão que se relaciona à incapacidade absoluta ou relativa da pessoa, nos moldes do Código Civil, artigos 3º e 4º.

Capacidade de direito ou gozo é aquela inerente a todo homem em virtude exclusiva da sua condição de pessoa (art. 1º do Código Civil). Por exemplo, o recém-nascido é incapaz não só de fato como de direito para o serviço militar e, no entanto, tem personalidade.

Capacidade de fato ou de exercício é a faculdade que tem a pessoa, por si mesma, de levar a efeito o uso e gozo dos diversos direitos. Exemplo: o nascituro é capaz de direito para assumir obrigações, mas não é capaz de fato para fazê-lo por determinação própria.

c) Da sede jurídica das pessoas naturais. Tal atributo da personalidade natural se relaciona com o domicílio, bastando indicar que o Código Civil trata do assunto nos artigos 70 a 78.

³ FRANÇA, op. cit., p. 147.

d) Dos direitos da personalidade. No Brasil, por inspiração do projeto francês, a matéria foi incluída por Orlando Gomes, nos artigos 29 a 44 do seu Anteprojeto do Código Civil.

Como já era esperado o Código Civil Brasileiro, cuja vigência se dera a partir de 11.01.02, Lei nº 10.406, de 10-1-2002, é aberto tratando desse assunto “Da personalidade e da capacidade”. A própria Constituição Federal trata dos mesmos, como se vê, por exemplo, nos incs. V e X do art. 5º, quando trata do direito à imagem.

1.3 DO FIM DA PERSONALIDADE NATURAL

O Código Civil Brasileiro, art. 6º, trata do assunto, possuindo dispositivo correspondente no Código Civil de 1916 (art. 10). Dispõe que: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”.

É interessante notar que para o direito civil há mais de uma espécie de morte, sendo importante ressaltar quais os seus principais efeitos jurídicos.

Espécies de morte. Duas espécies de morte se reconhecem no dispositivo transcrito acima: a morte natural e a presumida (*ficta mors*). Embora não reconhecida no sistema jurídico brasileiro, lembre-se, doutrinariamente, da morte civil, a qual seria uma terceira espécie.

Efeitos jurídicos da morte. A morte natural é o limite do ciclo vital do homem. Com a morte, portanto, se extingue a personalidade natural. Assim, nas relações jurídicas em que o extinto figurava como sujeito ativo e passivo de direitos, em princípio se desfaz por completo. Isso tem previsão em diversos artigos do Código Civil, por exemplo: art. 1.571, I; art. 1.635, I; art. 1.700; art. 1.410, I etc.

Entretanto, os principais efeitos da morte natural, no aspecto civil, se acham no livro das sucessões, a começar com a abertura da sucessão, que se dá com a morte do *de cuius* (CC, art. 1.788).

No campo do direito público, a morte natural, dentre outros, produz o efeito de extinguir a punibilidade (CP, art. 107, I), também, suspende a instância dos efeitos processuais (CPC, art. 265, I).

No condizente a personalidade natural terminar com a morte, sob alguns aspectos particulares ainda se nota a presença do falecido no mundo das relações jurídicas. Sendo a mais acentuada das afirmações desse gênero a permanência da sua vontade expressa em vida através do testamento (CC, art. 1.862 e segs.). Também, o falecido faz *jus* à revisão criminal, com o efeito exclusivo de absolvê-lo (CPP, art. 623), do mesmo modo que pode ser decretada a sua falência (Lei de Falência, art. 3º, I).

No campo penal depara-se no art. 138, § 2º, que diz: “É punível a calúnia contra os mortos”. Na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) o art. 24, expressa que: “São

puníveis, nos termos dos arts. 20 a 22, a calúnia, a difamação e injúria contra a memória dos mortos”.

Assim, se no âmbito do Direito Penal, fica acentuado que o direito de reprimenda cabe aos parentes do falecido, portanto, não estarão no exercício de direito do morto e, sim, por direito próprio, cuja legitimidade se exprime no art. 31 do Código de Processo Penal. Cabe indagar: e na esfera civil?

Os direitos da personalidade como, por exemplo, honra e imagem, no aspecto civil, caso manejados e colocados em prática numa ação de indenização por danos morais à honra e à imagem de pessoa falecida, seus parentes estarão agindo em direito próprio, o qual nasceu com a morte do ente querido, ou estarão agindo por direitos que lhes foram transmitidos?

Então, dentre os direitos da personalidade existe algum que é transmissível? Será correto afirmar em transmissibilidade do direito à imagem? São questões que serão enfrentadas no Capítulo II, item 13 deste trabalho. Por ora, cabe dizer que se instala controvérsia doutrinária sobre o assunto. Desde já se antecipa que neste trabalho há inegável tendência em se filiar ao entendimento da intransmissibilidade.

1.4 DENOMINAÇÃO

Inúmeras são as denominações empregadas pelos autores: direitos individuais (Kohler), direitos pessoais (Wachtem), direitos sobre a própria pessoa (Widscheid), direitos de Estado (Muhlemburch, Bruns), direitos personalíssimos (Pugliatti, Rodondi), direitos primordiais, direitos inatos, direitos extrapatrimoniais,

direitos fundamentais da pessoa, direitos subjetivos e essenciais, por último: Direitos da Personalidade. Como diz Aparecida I. Amarante:

Esta última é a proposição de Gierde, Ferrara e, entre nós, Orlando Gomes, Limongi França, Antônio Chances, etc., que ganha, na doutrina moderna, maior número de adeptos, embora muitas outras terminologias manifestem a essencialidade ou emanação da personalidade.⁴

Também, informa Jacqueline Sarmiento Dias:

A expressão 'direitos da personalidade' é de origem germânica. Antes da atual denominação, esses direitos foram conceituados das mais diversas formas. Os doutrinadores alemães, na Segunda metade do séc. XIX, os definiam como 'Individualbrechete', 'Personalitätsrechte', 'Individualitätsrechte' e 'Personlichkeitsrechte'.⁵

Mas tal preferência, ou seja, pela denominação “Direitos da Personalidade”, também, esposada por Adriano De Cupis, Orozimbo Nonato e Anacleto de Oliveira Faria, por ser moderna, é que melhor alcança a amplitude e vastidão de seu significado e, ademais, é a expressão que mais rápido conduz a pessoa ou ao ser humano na sua inteireza, donde advém a personalidade como fonte de direitos.

1.5 CONCEITO

Direitos da Personalidade dizem-se “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”.⁶ Assim, se expressa R. Limongi França.

⁴ AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 115.

⁵ DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 25.

⁶ FRANÇA, op. cit., p. 403.

Jacqueline Sarmento Dias afirma:

Os direitos da personalidade são aqueles direitos subjetivos cuja função é especial no que diz respeito à personalidade. Não nascem do direito positivo, mas sim com a concepção da pessoa. São apenas reconhecidos e sancionados por este. Seu primeiro fundamento está na pessoa.⁷

A propósito, Carlos Alberto Bittar, dizia:

Em nosso entender, pois, os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade).⁸

Tem-se, nitidamente, uma dualidade de conceito a partir de uma visão naturalista ou positivista. Enquanto os primeiros conduzem a direitos inatos, isto é, já preexiste à previsão no ordenamento jurídico, sendo esta positivação apenas um meio seguro e eficaz de efetivo controle e sancionamento, pois, há o pressuposto da personalidade natural. Já os positivistas, são estanques em dizerem que são direitos da personalidade somente os reconhecidos pelo Estado. Não existem sem expressa disposição legal. É a concepção de direitos da personalidade adquiridos.

É de ser acompanhada a posição naturalista (como R. Limongi França), contrariando o enfoque positivista (como De Cupis e Tobeñas). Isto mais claramente, porque os Direitos da Personalidade aí estão e, mesmo sem um texto de lei a albergá-los, podem ser invocados e aplicados como aconteceu com o direito à imagem.

⁷ DIAS, op. cit., p. 28.

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 10.

Então, os direitos da personalidade são inatos, preexistentes a sua capitulação legal, acompanham a pessoa humana, de sua concepção até sua morte, competindo ao Estado apenas reconhecê-los, trazendo-os para o direito positivo.

1.6 NATUREZA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A polêmica sobre a natureza dos Direitos da Personalidade basicamente se divide em duas controvérsias. Uma buscando responder a indagação se são ou não os direitos da personalidade pertencentes à categoria dos direitos subjetivos. A outra procura investigar com profundidade as próprias discussões sobre a natureza desses direitos.

Acentue-se que já se negou a existência dos direitos da personalidade como direitos subjetivos, como retratam os trabalhos de Thon, Unger, Jellinek, Ennecerus, Crome, Oertman, Von Thur, Ravà, Simoncelli, Cabral de Moncada e Orgaz. Esses autores fundamentam seus pontos de vistas na argumentação de que não poderia haver direito do homem sobre a própria pessoa, porque isso justificaria o suicídio. Acrescente-se a relação acima, o professor de Frankfurt, Savigny.

Muito embora, atualmente, ainda persistam discussões quanto à sua natureza, mas prosperou a tese do reconhecimento concreto dos direitos da personalidade, como o faz De Cupis, Tobeñas, Raymond Lindon, Ravanas, Perlingieri, Limongi França, Milton Fernandes, Orlando Gomes etc.

Ressoam indagações quanto à natureza dos direitos da personalidade, como: São direitos reais? São direitos pessoais? São direitos privados? São direitos públicos? São direitos sociais? Por fim, são mesmo direitos subjetivos? Por quê?

A doutrina italiana, francesa, espanhola ou a brasileira, veio pacificar a posição de que sim, são os direitos da personalidade enquadrados como direitos subjetivos. Afinal, tais direitos têm por objetivo dar conteúdo à personalidade. Esta advém com a concepção e se extingue com a pessoa. O que leva, por exemplo, G. Borda a classificar os direitos da personalidade como direitos subjetivos *sui generis*, com cuja posição é de se concordar.

Eis que os direitos da personalidade são direitos subjetivos, que reconhece e garante a pessoa através deles, além de darem amparo a bens fundamentais quanto à individualidade, no aspecto físico, moral e espiritual. No mais, percebe-se que os direitos da personalidade são bastante diversificados, o que não só dificulta a sua sistematização, como até mesmo inviabiliza a acolhida de uma das posturas clássicas da bipartição dos direitos, seja reais e pessoais ou públicos e privados. Os direitos da personalidade, dada sua complexidade, comportam uma categoria de direitos heterogêneos. Também, afaste deles a pecha de direitos sociais, tal expressão, não abarca natureza tão ampla.

Ora, se os direitos da personalidade, estão ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental, moral e espiritual, por certo que são detentores de certas particularidades, as quais lhes conferem posição singular no cenário dos demais direitos. Por exemplo, são dotados de intransmissibilidade e de

irrenunciabilidade, e estes caracteres lhes conferem natureza e posição autônoma e distinta no mundo dos direitos.

Linhas divisórias mais nítidas estão sobrevivendo frente ao intenso trabalho doutrinário e jurisprudencial. Daí, os direitos da personalidade vêm ganhando cada vez mais espaço, tendo, por exemplo, não só se expandido e se firmado, como o direito à imagem na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como também, o Código Civil Brasileiro de 2002, tratando especificamente dos mesmos, em seu capítulo primeiro.

1.7 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A divisão direitos da personalidade e liberdades públicas merece atenção, logo de início, de modo a delinear e melhor delimitar o próprio objeto em estudo.

Na visão que se adota aqui, qual seja, naturalista, direitos da personalidade são aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição. Como já foi consignado, são direitos naturais, inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado e pertinentes à natureza livre do homem.

Liberdades públicas são os direitos já reconhecidos pelo Estado, os quais passam do direito natural para o plano positivo.

Verifica-se que no presente trabalho rechaçou-se a divisão dos direitos da personalidade em reais, pessoais, públicos, privados e sociais. Até mesmo porque

se concluiu pela quase inutilidade prática, ante ao esforço expendido nesse sentido. A sistematização via classificação é o bastante para se visualizar o necessário.

Lógico, também, é uma tarefa árdua a busca por uma classificação dos direitos da personalidade que atenda e se atenha a sua natureza jurídica.

Muitos dos autores, filiados e militantes de visão positivista ou naturalista quanto aos direitos da personalidade e, por este ou aquele ângulo, é que desenham suas classificações.

Caso a classificação se esgueire segundo a Teoria Tipificadora, por certo, fica limitada no tempo e no espaço, eis a visão positivista. Segundo informa Elimar Szaniawski: “A teoria tipificadora dos direitos de personalidade limita a proteção do ser humano somente em relação aos aspectos expressamente regulados pela norma e não pelo todo indistintamente”.⁹

Já uma classificação dos direitos da personalidade seguindo índole naturalista, com certeza, ficará eternamente incompleta, afinal, tais direitos, por esta concepção, não se encontram todos tipificados, qual seja, previstos na legislação. Assim, como relacionar todos?

Importante destacar que a Teoria do Direito Geral da Personalidade ressurgiu e se firmou no direito alemão a partir da Lei Fundamental de Bonn.

⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 67.

Expressa que a proteção devida à personalidade e dignidade humana deve ser reclamada de todas as pessoas, tanto do Estado como do particular.

Quanto à classificação dos direitos da personalidade, na verdade, decorrente de sua natureza e caráter flexível, tem gerado uma gama variada de classificações pelos autores, buscando como parâmetros determinados critérios sem se aterem à ordem. E como tais direitos, às vezes, se acham protegidos por mais de uma classe, o que torna ainda mais difícil uma estruturação definitiva da matéria. O que ocorre, por exemplo, com o direito à imagem.

Variam os autores, geralmente agrupando os direitos da personalidade em duas ou três classes, entretanto, “para alguns autores existe apenas um direito geral da personalidade, como conceito global que abarca o direito à conservação, à inviolabilidade, à denominação reconhecida e à livre atuação da individualidade em todas as suas direções”, como assinala Jacqueline Sarmiento Dias.¹⁰

Até mesmo por questões didáticas há de se preferir a classificação proposta por R. Limongi França, quando realça três aspectos dos direitos da personalidade, como sendo físico, intelectual e moral e segue a natureza dominante dos mesmos.¹¹

¹⁰ DIAS, op. cit., p. 57.

¹¹ FRANÇA, op. cit., p. 411. Sua classificação: “I – Direito à integridade física: 1.direito à vida e ao alimento; 2.direito sobre o próprio corpo, vivo; 3.direito sobre o próprio corpo, morto; 4.direito sobre o corpo alheio, vivo; 5.direito sobre o corpo alheio, morto; 6.direito sobre partes separadas do corpo vivo; 7.direito sobre partes separadas do corpo, morto. II – Direito à integridade intelectual: 1.direito à liberdade de pensamento; 2.direito pessoal de autor científico; 3.direito pessoal de autor artístico; 4.direito pessoal de autor inventor. III – Direito à integridade moral: 1.direito à liberdade civil, política e religiosa; 2.direito à honra; 3.direito à honorificiência; 4.direito ao recato; 5.direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; 6.direito à imagem; 7.direito à identidade pessoal, familiar e social”.

Importante aduzir que R. Limongi França alargou tal classificação, como se constata em artigo de sua autoria na RT 567/13, sob a rubrica “Direitos da personalidade”, onde, de forma bastante extensa e minuciosa, se abarca quatro critérios (da extensão, da esfera do direito, dos aspectos fundamentais da personalidade e do estado), sendo oportuno apenas destacar que o direito à imagem persiste no campo dos direitos à integridade moral.

Por seu turno, Carlos Alberto Bittar, realça os direitos da personalidade quanto aos dotes físicos, psíquicos e morais.¹²

Assim, confrontando as classificações acima, atendo-se ao direito à imagem, percebe-se que o bem imagem pode e deve receber amparo, tanto quando se visa a proteção à integridade física, bem como, quando se busca a proteção à integridade moral.

1.8 CARACTERES

Os direitos da personalidade como já assentado têm a natureza jurídica de verdadeiros direitos subjetivos.

Como lembra Carlos Alberto Bittar: “constituem direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis,

¹² BITTAR, op. cit., p. 17. Dispõe: “Mas, não obstante isso, podemos distribuir os direitos da personalidade em: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos, c) direitos morais; os primeiros referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efígie), os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo) e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto)”.

vitalícios, necessários e oponíveis ‘*erga omnes*’, como tem assentado a melhor doutrina”.¹³

Com certeza, são direitos portadores de caracteres especiais, visando eficiente proteção à pessoa humana, pois versam sobre os seus bens mais elevados. Cujos caracteres passam-se a serem examinados, com enfoque maior é óbvio ao direito à imagem.

Unicidade. O múltiplo caráter da imagem, não é capaz de retirar sua unidade. Trata de um direito único, mesmo que se vislumbre imagem no sentido objetivo (visual ou material) ou imagem no sentido subjetivo (imaterial ou mental). O bem imagem gera um só direito, muito embora, na prática, a imagem possa se multiplicar e adentrar campos resguardados pelo intelecto ou pela moral, como se verá mais a frente neste trabalho.

Absolutismo. O direito à imagem se impõe exigindo integral respeito de todos, inclusive do próprio titular.

Inato (originalidade). O bem imagem por ser ligado diretamente a pessoa humana, tem início com a concepção e vai acompanhá-la até sua morte. Assim, o ser humano é detentor do direito à imagem, sem a necessidade de intervenção do ordenamento jurídico.

Extrapatrimonialidade. Óbvio que nada impede que a imagem seja fonte de ganho econômico, como poderá ocasionar grandes percas, caso, por exemplo, o

¹³ BITTAR, op. cit., p. 11.

direito à imagem de comerciante seja violado. Mas, tais reflexos econômicos, advindos desse direito, não lhe retira o caráter de extrapatrimonialidade nem se confunde com a patrimonialidade, pois continua a ter seu objeto jungido interiormente na pessoa.

Indisponibilidade. O direito à imagem é de natureza subjetiva privada, tal como ocorre com o direito de propriedade, entretanto, enquanto este é de caráter eminentemente disponível, aquele, por pertencer ao rol dos direitos da personalidade, revela o caráter de indisponibilidade.

Contrariando autores da magnitude de Carlos Alberto Bittar, quando diz que: “o direito à imagem - frente ao acentuado uso de pessoas notórias na promoção de empresas e de produtos comerciais – é disponível, na prática, mediante a remuneração convencional, mas sempre na exata medida e nos limites ditados pela vontade do titular”,¹⁴ assim não é de se entender.

Na verdade, acredita-se que, por exemplo, uma mulher jovem e bonita que firma contrato para posar desnuda em determinada revista masculina, está no legítimo uso e gozo do direito à imagem. Está exercitando tal direito no limite que a legislação lhe permite. E, por conseqüência, não está se despojando, abrindo mão de seu direito, tanto é, que acaso a outra parte contratante fira cláusula e abuse, usando aquela fotografia noutro lugar não abarcado pelos fins do pactuado, ficará a mercê de sofrer reprimenda jurídica.

¹⁴ BITTAR, op. cit., p. 12.

Ora, o consentimento do titular do direito à imagem não significa renúncia ao mesmo, nem produz a sua extinção, já que tal concordância é ofertada a destinatário certo, tanto é, que o titular não poderá dispor do direito à imagem ilicitamente, isto é, não pode fazer acordo para que alguém danifique a sua imagem, tal contrato seria nulo de pleno direito, por conter objeto atentatório aos bons costumes e fere o direito posto.

Assim, é de se perfilhar ao pensamento de que o direito à imagem tem caráter de indisponibilidade, pois, reafirma-se que o consentimento até mesmo quanto a alguma lesão já sofrida não acarreta necessariamente nem reveste tal direito do conteúdo de disponibilidade, qual seja, não consubstancia numa alienação perpétua ou a sua perda total ou parcial.

Entretanto, o pensamento de que o direito à imagem, em certos aspectos, é disponível, tem predominado.

Imprescritibilidade. De plano há de se reconhecer o caráter de imprescritibilidade quanto ao direito de imagem, aliás, tal postura é a única que se alinha com o reconhecimento de que também é de caráter indisponível e extrapatrimonial. Entretanto, diga-se, não é assim tratado no direito positivo.

Os textos legais têm disposto, invariavelmente, em sentido contrário, quando estipulam prazo prescricional, como faz a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), em três meses. É que o legislador tem seguido a orientação de que ao direito de ação para

ressarcimento de danos, este não poderá ficar *ad perpetuum* à espera de que o titular se manifeste. A lei marca prazo para sua atuação.

Acredita-se ser um equívoco em se tratando dos direitos da personalidade, a lei dispor sobre prazo prescricional, eis que dada a sua magnitude e natureza são imprescritíveis. Oportunamente volver-se-á ao assunto.

Intransmissibilidade em razão da morte. Como direito personalíssimo que é o direito à imagem, oriundo na essencialidade da pessoa humana, por certo que acompanha esta em toda a sua extensão de vida, que vai do instante da concepção até o último suspiro anterior à morte.

Ao se extinguir a personalidade com a morte (Código Civil, art. 6º), findam todos os direitos oriundos naquela, dentre eles o direito à imagem, o qual não se transmite, cabendo à família do extinto, como direito próprio, novo, proceder à proteção jurídica.

A maioria dos autores pensa em sentido oposto. Em item próprio se retornará ao assunto.

1.9 DA TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL

Em nível de tutela doutrinária, os autores brasileiros sobre os direitos da personalidade, pacificam unidade de pensamento em considerá-los pertencentes à categoria dos direitos subjetivos. Já quanto à natureza e a classificação dos citados direitos, observa-se inexistir unanimidade.

Com o advento da Constituição da República de 1988 e, principalmente, a partir da entrada em vigor do Código Civil Brasileiro de 2002, onde trata especificamente dos direitos da personalidade nos artigos 11 a 21, é que a doutrina brasileira, com certeza, se enriquecerá. No mais, até o momento, ainda é pobre se comparada, principalmente, em relação à doutrina francesa sobre o assunto.

Mesmo assim, pode-se orgulhar de alguns trabalhos e estudos realizados por autores brasileiros, como Teixeira de Freitas, em seu Esboço; Eduardo Espíndola, em seu Sistema; Filadelfo Azevedo; Santiago Dantas, em seu Programa de Direito Civil; R. Limongi França, em seu Manual; Pontes de Miranda, em seu Tratado; Milton Fernandes; Antônio Chaves; Orlando Gomes; Luiz da Cunha Gonçalves; Hermano Duval; Paulo José da Costa Júnior; Valter Moraes; Moacyr de Oliveira; Carlos Alberto Bittar; e outros.

Indica-se, em termos doutrinários, que os direitos da personalidade são tutelados, basicamente, nos campos constitucional, penal e civil. Assim, a ameaça ou lesão a tais direitos pode ser amplamente rechaçada, inclusive até mesmo no campo do direito administrativo.

No aspecto da tutela da jurisprudência brasileira, colhe-se que a grande contribuição dos tribunais foi relativa ao direito à própria imagem e ao direito à intimidade, já havendo jurisprudência firmada a respeito. Como se vê, os tribunais, atentos à crescente invasão da privacidade humana, vêm buscando desestimular tais práticas violadoras.

Entretanto, mais farta tem sido a jurisprudência no campo penal, por razões óbvias.

Enfim, os direitos da personalidade se já vinham sendo reconhecidos e tutelados, na jurisprudência, a tendência é se consolidar cada vez mais.

Quanto à tutela na legislação brasileira, só tem-se a lamentar que a Constituição da República de 5.10.88, não optou por cláusula específica a tutelar amplamente a personalidade do homem e suas emanções, como fizera a Constituição da Alemanha. Entretanto, a Constituição do Brasil em vigor, absorveu a doutrina do direito geral da personalidade, logo em seu Título I, pertinente aos Princípios Fundamentais do Estado Brasileiro, quando protege a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos fundamentais do ser humano, garantindo-os.

O Código Civil Brasileiro de 1916 não disciplinou os direitos da personalidade, entretanto, o Código Civil de 2002 trata do assunto, logo de início, nos artigos 11 a 21, quando dispõe no Capítulo II, sob a rubrica “Dos Direitos da Personalidade”.

Cabendo assinalar que o direito à imagem vem contemplado, tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 5º, incs. V e X, bem como, no art. 20, do Código Civil de 2002, em vigor.

1.10 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO VIGENTE

Os direitos da personalidade por tratarem de objeto inerente e intrínseco, sobretudo, à pessoa humana, tendem, obviamente, a crescerem cada vez mais de importância no mundo atual. A partir dessa perspectiva é que alcançaram constitucionalização.

As catástrofes em que se meteu a humanidade, notadamente com a Segunda Guerra Mundial, onde o crime de Genocídio foi praticado a esmo, teve o condão de desencadear reações que vieram na edificação de sistemas de princípios universais para a defesa da personalidade humana. E passaram os direitos da personalidade a serem prestigiados nas Declarações de Direitos, em especial a da Assembléia Geral da ONU de 1948, a Convenção Européia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas sobre a proteção dos direitos civis de 1966.

Geralmente as constituições têm dedicado capítulo próprio para o resguardo dos direitos da personalidade, entretanto, nesse particular falhou a Constituição Brasileira de 1988, pois, se limitou a absorver a doutrina geral da personalidade, mesmo assim, houve avanço, pois o rol de direitos individuais constantes do art. 5º da Constituição atual, aumentou em relação ao art. 153 da Constituição anterior. E como pontua Carlos Alberto Bittar:

Refere-se o novo texto, ao lado das liberdades e do sigilo, especialmente a: intimidade; vida privada; honra; imagem das pessoas (assegurando-se o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação: inc. X); direitos autorais (inc. XXVII); participações individuais em obras coletivas; e reprodução da imagem e da voz humana (inclusive nas atividades desportivas: inc. XXVIII).¹⁵

¹⁵ BITTAR, op. cit., p. 57.

Evidente que a positivação de inúmeros direitos e garantias não espanca a possibilidade de reconhecimento de outros oriundos do regime e dos princípios contidos na Constituição.

1.11 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM ESPÉCIE

Necessita-se, antes de qualquer coisa, fazer remissão ao item 7 deste trabalho, onde acompanhou-se a classificação dos direitos da personalidade, realizada por R. Limongi França, o qual é, também, seguida por Carlos Alberto Bittar, em seu valioso livro *Os Direitos da Personalidade*, com algumas singularidades.

A classificação dos direitos da personalidade, como se viu, alcança inúmeras diferenças, consoante o autor, seu enfoque pessoal e sua visão positivista ou naturalista.

Aqui, confessa-se seguir a postura naturalista, na qual é possível se captar a existência de direitos da personalidade, mesmo não expressos em textos de lei, isto é, mesmo não positivados.

Nesse mundo um tanto etéreo e diluído em que se encontram os direitos da personalidade, e onde são vistos e capitaneados, numa classificação, sendo que R. Limongi França, dá relevo, essencialmente a três aspectos: “(a) integridade física, a saber: à vida, à alimentação, ao corpo e a partes; b) integridade intelectual: liberdade de pensamento, autoria artística, científica e invenção; e, c) integridade moral: à honra, recato, segredo, imagem e identidade”.¹⁶

¹⁶ FRANÇA, op. cit., p. 16.

Seguindo tal classificação, tem-se, por primeiro a pessoa como ser individual, com destaque aos seus dotes físicos, ou atributos naturais em seu lado corpóreo (ou conformação física). São os elementos extrínsecos da personalidade. Em segundo lugar, voltando para o interior da pessoa, depara-se com os direitos psíquicos, ou atributos da inteligência ou do sentimento. Constituem-se nos elementos intrínsecos ou íntimos da personalidade (os quais compõem o psiquismo humano). Em terceiro lugar, tendo-se a pessoa inserida e como ser social, aí se localizam os direitos morais, evidenciados nas qualidades da pessoa em razão de valoração na sociedade, conforme o que faz manifestar em seu contexto. A pessoa com seus atributos é avaliada e conceituada pela coletividade, cabendo-lhe respeito.

É interessante anotar que a classificação imposta por Carlos Alberto Bittar, tem como parâmetro a classificação de R. Limongi França, sendo que aqui fez-se uso das duas, até mesmo, por exemplo, para situar o direito à imagem. Ele se expressa estabelecendo os direitos da personalidade nos aspectos físicos, psíquicos e morais.¹⁷

Com certeza, utilizando-se da classificação dos direitos da personalidade acima e em consonância com a classificação elaborada por R. Limongi França, destaca-se que o direito à imagem segundo este (Limongi), está entre os direitos

¹⁷ BITTAR, op. cit., p. 65. Nesse sentido: “[...] incluímos, entre os direitos físicos, os seguintes direitos: à vida, à integridade física (frigidez corpórea); ao corpo (próprio e alheio); ao cadáver e a partes; à imagem (efígie) e à voz (emanação natural). Entre os psíquicos, inserimos os direitos: à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto e outros); à intimidade (estar só, privacidade, ou reserva); à integridade psíquica (incolumidade da mente); ao segredo (ou sigilo, inclusive profissional). Entre os de cunho moral, colocamos os direitos: à identidade (nome e outros sinais individualizadores); à honra (reputação, ou consideração social), compreendendo a externa, ou objetiva: boa fama, ou prestígio; e a interna, ou subjetiva; sentimento individual do próprio valor social; ao respeito (conceito pessoal, compreendendo a dignidade: sentimento das próprias qualidades morais; e o decoro: a conceituação da própria respeitabilidade social); às criações intelectuais (produtos do intelecto, sob o aspecto pessoal do vínculo entre o autor e a obra, incluída a correspondência)”.

morais, e segundo aquele (Bittar), está dentro dos direitos físicos. Numa classificação pessoal colocar-se-á o direito à imagem, tanto como capaz de dar proteção à integridade física (imagem objetiva), bem como, apta a ofertar proteção à integridade moral (imagem subjetiva). O que resulta em se preferir uma classificação híbrida.

1.12 O DIREITO À IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Com vistas a encerrar o presente capítulo, neste item derradeiro, sendo fiel a disposição de que o direito à imagem, é sim, revestido do caráter da indisponibilidade, e que seu uso, gozo, e, portanto, “disponibilidade”, quanto ao aspecto efígie, fotografia, retrato, cinema, vídeo etc. Na verdade, consiste na plenitude do usar e gozar da sua imagem objetiva (visual ou material), dentro dos parâmetros legais, mas sem transferir em definitivo seu direito à imagem, tudo com fincas num contrato.

Aliás, nessa linha de fruição, uso, gozo, com disponibilidade ou não de direitos, é muito comum deparar-se com o vulgo, dentre o povo, dizer: “a vida é minha, faço dela o que quiser, você não tem nada com isso!”. Obviamente, não se pode admitir que a vida não seja direito da personalidade e com caráter indisponível, por isso, tal pessoa, por mais livre que seja, não tem o direito ao suicídio e nem mesmo a eutanásia; como, também, não tem disponibilidade quanto ao direito à imagem (tenha esta conotação objetiva ou subjetiva), assim, como bem o quiser, pois, não pode, por exemplo, dar consentimento para que firam os bons costumes usando de sua fotografia.

A doutrina, no geral, segue o entendimento do mestre de Perugia, Adriano de Cupis, o qual termina por entender que os direitos da personalidade se revestem do caráter da indisponibilidade, e dentre eles se acha a espécie: direito à imagem.

Por seu turno, Luiz Alberto David Araujo, faz a divisão do direito à imagem, em imagem-retrato e imagem-atributo e, assim, enquanto reafirma o caráter de indisponibilidade desta, sobre àquela diz:

[...] em relação à imagem-retrato, encontra uma interpretação restritiva, na área da indisponibilidade. Posso dispor de minha imagem-retrato, autorizando a sua veiculação em um anúncio. Essa possibilidade, no entanto, não retira a imagem do campo dos direitos da personalidade.¹⁸

Continua-se a defender o ponto de vista que mesmo a imagem-retrato, subdivisão ofertada por Luiz Alberto David Araujo, e que aqui corresponde à imagem objetiva (visual ou material), sendo esta com conotação mais ampla, por isso, preferida neste trabalho, não ocorre disponibilidade e transferência, não na sua verdadeira e concreta acepção, que se revela, por exemplo, com o direito real de propriedade.

¹⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 47.

O DIREITO À IMAGEM

2.1 CONCEITO DE IMAGEM

É a oportunidade pela qual, sob o pretexto, de conceituar imagem, o que far-se-á a seguir, entretanto deixe consignado que se tem, sobretudo, que delimitar perfeitamente o objeto em estudo.

Como se acentuou no capítulo anterior, por questões metodológicas e, também didática, optou-se em dar prosseguimento a terminologia usada por Hermano Duval quando subdivide a imagem em objetiva (visual ou material) e subjetiva (imaterial ou mental). Obviamente, neste trabalho, não haverá plena correspondência de sentido como utilizado por aquele autor.

Com certeza, o texto constitucional, ora em vigor, proclama não só a autonomia e independência do direito à imagem, bem como, distingue de forma cristalina suas duas nuances: imagem objetiva (visual ou material) e imagem subjetiva (imaterial ou mental), o que mais ou menos se amolda na visão de Luiz Alberto David Araujo, respectivamente, as expressões: imagem-retrato e imagem-atributo.

Diz a Bíblia: “Criou Deus, pois, o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou”. (Gen. 1:27)¹⁹

O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, quanto ao vocábulo imagem, diz:

¹⁹ SOCIEDADE BÍBLICA DO BRASIL. **Bíblia vida nova**. Traduzido por: João Ferreira de Almeida. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Vida, 1999. p. 4.

7. Pessoa que representa, simboliza ou faz lembrar alguma coisa abstrata; personificação. 8. Opinião (contra ou favor) que o público pode ter de uma instituição, personalidade ou renome, marca, produto, etc.; conceito que uma pessoa goza junto a outrem (um político precisa cuidar de sua imagem) (teve a imagem abalada pelo escândalo).²⁰

Na lição da socióloga, Maria Sylvia Porto Alegre, atente-se quando desfralda o seguinte aspecto da imagem:

Vemos, que o estudo da imagem é fundamental para o entendimento dos múltiplos pontos de vista que os homens constroem a respeito de si mesmos e dos outros, de seus comportamentos, seus pensamentos, seus sentimentos e suas emoções em diferentes experiências de tempo e espaço.²¹

E prossegue: “Um dos aspectos mais importantes dessa discussão é a constatação de que uma mesma imagem pode levar a interpretações diferenciadas e mesmo divergentes ou contraditórias”.²²

No âmbito jurídico, tem-se aqui preferência pela conceituação ofertada por Hermano Duval:

Direito à imagem é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior.²³

²⁰ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Sales; FRANCO, Francisco M. de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

²¹ PORTO ALEGRE, Maria Sylvia. Reflexões sobre iconografia etnográfica: por uma hermenêutica visual. In: FELDMAN-BIANCO, Bela; LEITE, Miriam L. Moreira. (Org.). **Desafios da imagem: fotografia, iconografia e vídeo nas ciências sociais**. Campinas: Papirus, 1998. p. 76.

²² Idem, p. 77.

²³ DUVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 105.

Em que pese ter conotação ampla, entretanto, tal conceito evidencia de antemão, a imagem objetiva (visual ou material), qual seja, ligada ao aspecto físico, e a imagem subjetiva (imaterial ou mental), jungida ao aspecto moral.

Tanto o rosto humano, bem como a linha de conduta ou comportamento encetado pela pessoa jurídica, podem derivar imagens favoráveis ou não, isto vai depender essencialmente da visão exteriorizada e projetada no meio social.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, incs. V e X, com certeza exprime a idéia de:

Imagem objetiva (visual e material), quando no inc. X, dá guarida ao aspecto físico da pessoa.

Imagem subjetiva (imaterial ou mental), quando no inc. V, oferta respaldo às características morais da pessoa.

Como ver-se-á adiante, o Código Civil brasileiro de 2002, trata do direito à imagem no seu art. 20. E busca delimitar tal resguardo, via indenização, quando ferida a imagem, “se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais”.

O legislador ordinário, neste particular, nada ilustrou ou elucidou quanto ao texto constitucional, o qual acentua independência e total autonomia do direito à

imagem, ainda delineando a necessária divisão como se viu acima. E como se verá a seguir.

2.2 DUPLO CONCEITO FUNDAMENTAL DA IMAGEM

Aqui, de uma vez por todas, tem-se que delimitar o objeto de estudo imagem. E, ao menos, para os efeitos deste trabalho ter-se-á a imagem se bifurcando em sentido objetivo (visual ou material) e subjetivo (imaterial ou mental).

De antemão, põe-se, que não se está a rechaçar os termos imagem-retrato e imagem-atributo, como utiliza Luiz Alberto David Araujo. Porém, como já se disse antes, se está, por questões didáticas, a albergar as expressões imagem objetiva e imagem subjetiva, pois que, se sofre a crítica de serem termos mais genéricos, porém, tem-se serem mais completos e a exprimirem com mais precisão e acerto, o duplo conceito fundamental da imagem, como se extrai da Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, incs. V e X e, é assim, também, que ressoa no art. 20 do Código Civil de 2002.

A título de ilustração verifique as situações abaixo:

Outro motivo porque Xuxa se irrita ao falar de Pelé é o fato de ele a ter incentivado a tomar parte no filme **Amor, Estranho Amor**, do diretor Walter Hugo Khoury, de 1982, em que fez o papel de uma mulher que iniciava sexualmente um menino. Xuxa acredita que o filme é prejudicial à sua imagem e conseguiu impedir na Justiça que ele volte a ser exibido. O embargo atinge ainda a publicação de fotos na imprensa. Mas essa decisão foi movida mais por excesso de zelo que por censura do público.²⁴

²⁴ VALADARES, Ricardo. Nunca houve uma mulher como Xuxa. **Veja**, São Paulo: Abril, n. 12, ed. 1.744., p. 100-1, mar. 2002.

Colheu-se de jornais, sobre o jogador de futebol Ricardinho: “No Corinthians, o meia recebe R\$ 140 mil mensais, mas está sem receber os direitos da imagem há mais de um mês”.²⁵

Então, depara-se com a apresentadora de televisão Xuxa, lançando mão de medida judicial a fim de resguardar sua imagem, tanto no aspecto subjetivo – não cair no descrédito popular, como mulher despudorada, pois que, seu trabalho tem alcance basicamente junto ao público infantil, “os baixinhos”; bem como, no aspecto objetivo – com proibição de se publicar fotografias suas, relativas àquele filme.

Quanto ao Ricardinho, a notícia, obviamente, refere-se àquilo que a doutrina já consagrou com a intitulação de “Direito de Arena”. A utilização da imagem do atleta enquanto no campo de futebol, sendo fotografado ou filmado no exercício profissional. Imagem objetiva, qual seja, é o direito à própria imagem (CR, art. 5º, XXVIII), que completa o inc. X.

Sem dúvida, está o futebolista Ricardinho com direito a receber os percentuais decorrentes do montante do lucro obtido pelo Sport Club Corinthians Paulista, quando da exploração das partidas que sua equipe de futebol participou vendendo, inclusive, direitos de transmissões para determinados canais de televisões.

De volta, precisamente, aos termos objetivo e subjetivo.

²⁵ RICARDINHO vale U\$ 8 milhões. **Diário de Cuiabá**, Cuiabá, 9 set. 2002. Disponível em: <<http://www.diariodecuiaba.com.br>>. Acesso em: 9 set. 2002.

No âmbito do direito depara-se com a terminologia direito objetivo, como direito material posto, para muitos: *norma agendi*; e direito subjetivo, como sendo o direito oriundo do posto, do previsto, o que para outros seria: *facultas agendi*.

Para Miguel Maria de Serpa Lopes, por exemplo, persiste tal dualidade, quando diz que:

Esta ordem jurídica é representada pelo direito objetivo, que trata a norma de conduta, delimita os interesses individuais e, finalmente, impõe, ao lado de um poder, um dever. Assim, temos um Direito objetivo e um direito subjetivo. O primeiro representa a *norma agendi*; o segundo, a *facultas agendi*.²⁶

E prossegue: “A maioria dos juristas, por conseguinte, defende a idéia da existência dessas duas modalidades de direito: o direito objetivo e o direito subjetivo”.²⁷

Também, em direito penal, tem-se a honra objetiva e subjetiva cuja subdivisão é empregada pela grande maioria dos doutrinadores da área.

Em síntese, a respeito, Damásio E. de Jesus, expõe que:

Honra Subjetiva é o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana. É aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos. *Honra objetiva* é a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais etc.²⁸

²⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Barros, v. 1, 2000. p. 224.

²⁷ Idem, ibidem.

²⁸ JESUS, Damásio E. de. **Código Penal anotado**. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 407.

Apenas lembrando, tanto honra, bem como imagem, são direitos da personalidade, distintos e autônomos entre si, porém, convergentes e, muitas vezes, na prática se encaixam e se misturam, de forma, que terminam sendo ameaçados ou lesionados simultaneamente. Mas, em momento algum, se confundem, pois, volta-se a reafirmar, são direitos autônomos e independentes entre si.

Por óbvio que a subdivisão em objetiva e subjetiva da honra não pode e nem é aplicada aqui, em termos de imagem. Porém, o que se pretende é estabelecer a terminologia imagem objetiva e subjetiva como a possibilitar melhor entendimento e compreensão do direito à imagem.

No campo da comunicação, depara-se com os termos jornalismo objetivo e jornalismo subjetivo. E tem-se:

Jornalismo Objetivo: quando o profissional é treinado a se abster de julgamentos de valor, frente ao fato que originou a notícia. Seria se ater a relatar os fatos como ocorreram. Descrever a verdade como ela é, sem modificá-la, no mínimo que seja.

A objetividade é tida como uma das principais virtudes da matéria jornalística, qualidade defendida há quase um século pela imprensa americana, que é espelho, inclusive, da imprensa brasileira.

É uma noção inclusa a cada fase do processo jornalístico, desde a pauta de assuntos a serem cobertos até o tamanho, a apresentação gráfica e a natureza do

espaço que o texto vai ocupar no jornal. A objetividade termina sendo uma questão de honra, um ideal a ser atingido ou uma paixão de jornalismo do século XX, muito embora, desde a sua incorporação, tenha sido confrontada com o seu contrário, a subjetividade.

Jornalismo Subjetivo: quando o profissional, ao se expressar faz transbordar seus preconceitos, idiossincrasias, preferências, sua maneira de reagir aos estímulos e às provocações externas, as suas peculiaridades, excentricidades, frustrações, idéias de perfeição, disposições de humor, simpatias e antipatias. Então, os fatos ocorreram e foram interpretados. Descreve-se a verdade, traduzindo-a e amoldando-a, a sua visão.

Adverte Luiz Amaral:

A objetividade e seu contrário, a subjetividade, são, na verdade, um dos problemas centrais da filosofia, fonte de divisão na batalha entre realistas e idealistas e entre teorias absolutas e relativistas da verdade. Para os realistas, a verdade deve ser interpretada como a correspondência com a realidade (objetividade); para os pragmatistas, a verdade é aquilo que é vantajoso para nós cremos (subjetividade).²⁹

Finalmente, chega-se à imagem e a tem-se como representação visual ou material, perceptível (aspecto físico) e mental ou imaterial (aspecto moral).

Transportando-se dentro do espaço abrangido pelas ciências ditas sociais, que não jurídica, busque-se em Lúcia Santaella e Winfried Nöth lição, na qual expõem que o mundo das imagens se divide em dois domínios. O primeiro é o

²⁹ AMARAL, Luiz. **A objetividade jornalística**. Porto Alegre: De Luzzatto, 1996. p.19.

domínio das imagens como representações visuais. O segundo é o domínio imaterial das imagens na nossa mente.³⁰

Tal ilustração acredita-se que ajuda a desanuviar as circunstâncias, colocando frente à imagem enquanto representação visual, a qual é realçada no seu aspecto físico, que redundando em imagem objetiva, qual seja, a percebida a olho nu, por desenho, pintura, gravura, fotografia, imagem cinematográfica, televisiva, holo e infográfica.

Já a imagem mental, é imaterial, é a representação mental, a exsurgir o âmbito da moral, a qual reputa-se em imagem subjetiva, a ser percebida e captada por visões, fantasias, imaginações, esquemas ou modelos e sentimentos.

A imagem, portanto, com conotação objetiva ou subjetiva, respectivamente, com nuance física ou moral, abstraída e jungida à personalidade, poderá ou não sofrer ameaça ou lesão quanto a sua integridade e resguardo, uma vez inserida no relacionamento e interação para o convívio no contexto social.

³⁰ SANTAELLA, Lúcia; NÖTH, Winfried. **Imagem**: cognição, semiótica, mídia. 3. ed. São Paulo: Iluminuras, 2001. p.15. Afirmam nesse sentido: "O mundo das imagens se divide em dois domínios. O primeiro é o domínio das imagens como representações visuais: desenhos, pinturas, gravuras, fotografias e as imagens cinematográficas, televisivas, holo e infográficas pertencem a esse domínio. Imagens, nesse sentido, são objetos materiais, signos que representam o nosso meio ambiente visual. O segundo é o domínio imaterial das imagens na nossa mente. Neste domínio, imagens aparecem como visões, fantasias, imaginações, esquemas, modelos ou, em geral, como representações mentais. Ambos os domínios da imagem não existem separados, pois estão inextricavelmente ligados já na sua gênese. Não há imagens como representações visuais que não tenham surgido de imagens na mente daqueles que as produziram, do mesmo modo que não há imagens mentais que não tenham alguma origem no mundo concreto dos objetos visuais. Os conceitos unificadores dos dois domínios da imagem são os conceitos que reencontramos os dois domínios da imagem, a saber, o seu lado perceptível e o seu lado mental, unificados estes em algo terceiro, que é o signo ou representação".

2.2.1 Sentido Objetivo da Imagem

Imagem objetiva: corresponde a imagem no aspecto físico da pessoa. É o sentimento sendo despertado, tão somente, a partir da representação imagética.

Encontra amparo direto no inc. X, do art. 5º da Constituição da República.

Tal imagem pode ser colhida por inúmeros meios e lesionada por diversas formas. E cabendo advertência, a fim de obter redobrado cuidado, pois, às vezes, enquanto “a imagem fala mais do que a palavra”, também, a imagem pode mentir, alcançando farta manipulação.

Tem-se a imagem objetiva por fotografia, seja instantânea ou retrato; por filmagem; por pinturas; por charges etc.

A lesão à imagem objetiva poderá, causar prejuízos de ordem moral ou material, podendo cada caso concreto desafiar a adequada medida judicial, visando cautelarmente à imediata cessação do dano, bem como, a oportuna indenização.

A imagem objetiva de uma pessoa, concernente, por exemplo, numa fotografia, poderá ser publicada, ou exposta, ou utilizada, de forma a lhe atingir a honra, ou a sua boa fama, ou a sua respeitabilidade ou até mesmo com fins comerciais. A pessoa que se sentir ofendida por quaisquer das hipóteses referidas, no resguardo de seu direito à imagem, poderá requerer que se proíba a continuidade da lesão e, ao mesmo tempo, almejar indenização.

Quem sentir-se prejudicado pode invocar o Código Civil Brasileiro, art. 20, e a Constituição da República, art. 5º, inc. X.

Obviamente, que com lesão à imagem objetiva, tem-se atingida a personalidade da pessoa, diretamente ou indiretamente, muitas vezes a causar traumas. É o caso de uma fotografia trazendo legendas maldosas ou com insinuações depreciativas colhidas pelo ângulo da câmera nas fotos tiradas.

Assim, a imagem objetiva pode sofrer alteração material física da pessoa, mediante conhecidos e sofisticados truques de falsas montagens, acréscimos, cortes, justaposições, invenções, supressões ou outras formas, com transformações do respectivo negativo básico e ou de suas cópias. O avanço tecnológico favorece cada vez mais tais lesões.

Para melhor discernimento da questão pode-se invocar Hermano Duval no seguinte exemplo:

Estomagado por haver tido sua imagem carnavalesca - a infundir no público a impressão de homossexual - estampada em belíssimos convites e cartazes coloridos (note-se a extensão do negativo) do filme nacional 'O sexo das bonecas', de que participara, Mário Gomes Filho intentou busca e apreensão deles contra Carlos Imperial Produção Artísticas Ltda., que o juiz em exercício na 20ª Vara Cível local, em 1977, acolheu – como defesa da personalidade – para mandar cobrir o rosto do ofendido, o que os Oficiais de Justiça fizeram à porta do cinema exibidor, com efeito grotesco.³¹

Portanto, é de se valorizar quando o legislador ordinário dispôs no Código de Processo Civil (art. 385, § 1º), a exigência, “quando se tratar de fotografia, esta terá

³¹ DUVAL, op. cit., p. 46.

de ser acompanhada do respectivo negativo”. Busca-se dificultar falsificações, com lesões ao direito da imagem objetiva.

2.2.2 Sentido Subjetivo da Imagem

Imagem subjetiva: corresponde à imagem no aspecto moral da pessoa. É o sentimento aflorado a partir do conjunto de atribuições e circunstâncias vinculado a pessoa, possibilitando melhor aquilatar as qualidades morais e sociais do indivíduo.

Encontra amparo direto no inciso V, do art. 5º, da Constituição da República.

A imagem subjetiva da pessoa humana, por exemplo, é extirpada de sua conduta, comportamento, gesto etc. Daí, a utilização do termo imagem, está cada vez mais em voga, veja expressões do tipo: “a imagem do Presidente da República”, “a imagem do pai de família”, “a imagem do candidato fulano” etc. Também, Poderes, instituições e órgãos, cada qual, expressam suas próprias imagens a redundar em: “imagem do Poder Judiciário”, “imagem da Igreja Católica”, “imagem da Polícia” etc.

Como se vê, hodiernamente o vocábulo imagem tende a ter uso e aplicação cada vez mais intensa. Isto é fruto derivado da comunicação de massa, invasora parasitária e condicionante da atual sociedade de consumo. Como sempre, diz-se que os tempos são outros, de “aldeia global”, chega-se a definitiva globalização.

Prosseguindo, a imagem da força é refletida pelo super-homem; a imagem da violência pode ser associada ao ator Stallone, em filmes como “Cobra” ou “Rambo”; a imagem da miséria é extraída de favelados, que a multiplica com filhos abandonados nas ruas, dormindo debaixo de viadutos ou calçadas; tudo a extravasar simbolismo, este com força inigualável, quando uma imagem pode ser direcionada em cenas, de modo a suscitar qualquer tipo de sentimento.

Não é à-toa que, como nunca, a família real britânica, zela por sua imagem, inclusive, contando com profissionais de alta capacitação a fim de “trabalhar” a imagem aristocrática do Príncipe Charles.

Olha o realce e expressividade que deve estar contida na imagem do profissional, a significar sucesso e competência. Cada profissão, distintamente, expressa sua imagem, como por exemplo, a imagem do médico, a refletir alguém vestido de branco, mantendo o humor e muito ocupado; a imagem do advogado, a incutir a idéia de pessoa bem vestida, falante e séria; a imagem do juiz de direito, a exprimir a idéia de alguém sensato, ponderado, comedido, equilibrado, estudioso, e cuja integridade moral se posta acima de qualquer suspeita. Tais imagens, e de tantas outras profissões, estão marcadas indelevelmente na memória popular, pois, fazem parte do cotidiano, e são as condutas e comportamentos de seus integrantes que farão com que sejam mantidas ou alteradas tais reputações.

A lesão ou ameaça ao bem imagem subjetiva, pode desencadear prejuízos de ordem moral ou material, e conjuntamente, ferir outros direitos da personalidade como: honra, intimidade e vida privada. Em todo caso, cada caso concreto, poderá

exigir a medida judicial adequada, objetivando a cessação do dano e a oportuna indenização.

2.3 DEFINIÇÃO DE IMAGEM

Imagens têm sido meios de expressão da cultura humana desde as pinturas pré-históricas das cavernas, milênios antes do aparecimento do registro da palavra pela escritura.

Conquanto, no século XV, com Gutenberg, a propagação da palavra humana começou a adquirir dimensões galácticas, já a galáxia imagética teve que esperar o advento do século XX para se desenvolver. Atualmente, na idade vídeo e infográfica, nossa vida cotidiana – desde a publicidade televisiva ao café da manhã até as últimas notícias no telejornal da meia-noite – está recheada de mensagens visuais. E ninguém pode negar sua força apelativa, mormente, em comerciais, apresentando lugares paradisíacos, com carrões, mulheres semidesnudas, tudo a falar mais que palavras, sobrelevando a onda do consumismo.

Eis que a palavra imagem, sem dúvida, leva a refletir sobre a sua origem divina, a Bíblia retrata logo no seu livro inaugural: “E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança”. (Gen. 1.26)³²

Com certeza, o vocábulo imagem é suscetível de acepções várias, podendo alterar seu significado. E é um largo campo de transformações semânticas donde emanam diversidades. Do latim: *imago*, também vem a ser sinônimo de *vultus* ou de *aspectus*. Já o léxico normal admite outras significações: máscara, sombra

³² SOCIEDADE BÍBLICA DO BRASIL, op. cit., p. 8.

(fantasma), eco. Nas línguas vulgares conservam a mesma pauta semântica. E temos no: português: imagem; espanhol: imagen; francês: image; italiano: immagine; inglês: image e alemão: bild.

O Dicionário Francês-português, Português-francês define image, como: “reprodução de uma pessoa ou coisa por meio do desenho; semelhança, metáfora, comparação; estampa, retrato”.³³

O Dicionário Escolar Italiano-português, Português-italiano, diz sobre “immagine: imagem, figura; semelhança; aparência; aspecto; recordação; lembrança (visual)”.³⁴

O Mini-dicionário Espanhol-português, Português-espanhol, registra imagen, no sentido representação gráfica, bem como metáfora.³⁵

³³ BURTIM-VINHOLES, S. **Dicionário francês-português, português-francês**. 37. ed. atual. de acordo com a ortografia oficial brasileira. São Paulo: Globo, 1998.

³⁴ POLITO, André Guilherme. **Michaelis**: pequeno dicionário italiano-português, português-italiano. São Paulo: Melhoramentos, 1993.

³⁵ FLAVIAN, Eugênia; FERNANDEZ, Gretel Eres. **Mini-dicionário**: espanhol-português, português-espanhol. São Paulo: Ática, 2000. Dispõe: “1. Imagem, representação gráfica. 2. Imagem, escultura sagrada. 3. Idéia, imagem, opinião (sobre instituições, personagens). *Haremos una campaña para mejorar la imagen del producto*. Faremos uma campanha para melhorar a imagem do produto. 4. Imagem, reflexo de um objeto, projeção. 5. Aspecto, aparência, imagem. 6. *Fig*. Imagem, descrição próxima à realidade. *Me dio una muy buena imagen de su pueblo*. Deu-me uma imagem muito boa da sua cidade. 7. Imagem, metáfora. *El futor utiliza muchas imágenes em su obra*. O autor utiliza muitas imagens na sua obra. 8. Imagem, símbolo. *La suástica es una imagen de la Segunda Guerra*. A suástica é um símbolo da Segunda Guerra. *A imagen y semejanza*. À imagem e semelhança. *Ser la viva imagen de*. Ser a imagen viva de”.

Por fim, o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, se expressa, a dizer que imagem tem o sentido concreto, como uma fotografia; mas também, pode significar uma abstração, como o produto da imaginação.³⁶

Por aí se percebe o grau de complexidade que exprime e transborda da palavra imagem, tendo alcançado os mais variegados sentidos e significados, bastando dar o enfoque pretendido.

Para os efeitos deste trabalho, define-se imagem como sendo o conjunto de atribuições e circunstâncias inerentes a personalidade humana e, também, o sentimento despertado a partir da representação imagética. Assim, para melhor absorção do objeto em estudo, tem-se como necessária a subdivisão em imagem objetiva e imagem subjetiva.

³⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. Dispõe: “*Imagem*. [Do lat. *Imagine*.] S.f. 1. Representação Gráfica, plástica ou fotográfica de pessoa ou objeto. 2. Restr. Representação plástica da Divindade, de um santo, etc.: ‘Trouxeram uma pequena mesa que puseram ao lado do leito com uma grande imagem de Cristo’ (*L. Lavanére*, O Padre Cornélio, p.95). [Cf. ídolo (1) e ícone] 3. Restr. Estampa, geralmente pequena, que representa um assunto ou motivo religioso. 4. *Fig.* Pessoa muito formosa. 5. Reprodução investida, de pessoa ou de objeto, numa superfície refletora ou refletidora: Passou alguns minutos olhando a própria **imagem** nas águas do lago. 6. Representação dinâmica, cinematográfica ou televisionada, de pessoa, animal, objeto, cena, etc. 7. Representação exata ou analógica de um ser, de uma coisa; cópia: O pequeno é a imagem do pai; A nova cidade era uma imagem exata da outra, destruída pelo terremoto. 8. Aquilo que evoca uma determinada coisa, por ter com ela semelhança ou relação simbólica; símbolo: Para aquele moralista, a transformação dos costumes é a **imagem** da decadência; Dizem que o azul é a **imagem** da tranqüilidade. 9. Representação mental de um objeto, de uma impressão, etc.; lembrança, recordação: **imagens** do passado. 10. Produto da imaginação, consciente ou inconsciente; visão: Eram seus sonhos povoados de imagens aterradoras. 11. Manifestação sensível do abstrato ou do invisível: Em ‘O Alienista’, Machado de Assis nos dá boa imagem de sua mordacidade. 12. Metáfora: **imagem** gasta, banal. 13. Alg. Mod. Ponto de um conjunto que corresponde a um ponto de outro numa aplicação deste sobre aquele. 14. Ópt. Conjunto de pontos no espaço, para onde convergem, ou de onde divergem, os raios luminosos que, originados de um objeto luminoso ou iluminado, passam através de um sistema óptico. 15. Rel. Pub. Conceito genérico resultante de todas as experiências, impressões, posições e sentimentos que as pessoas apresentam em relação a uma empresa, produto, personalidade, etc”.

Para melhor ilustração verifique Walter Moraes: “imagem constitui o sinal sensível da personalidade: traduz para o mundo exterior o ser imaterial da personalidade, delinea-a, dá-lhe forma”.³⁷

Em sentido comum, Antônio Chaves define: “imagem como representação pela pintura, escultura, fotografia, filme de um tema qualquer, inclusive da pessoa humana”.³⁸

Abordando a pessoa e o significado de sua aparência, tem-se Francesco Degni, dizendo que:

[...] a imagem é o sinal característico de nossa individualidade, é a impressão extrema de nosso eu. É por ela que provocamos nas pessoas, com as quais entramos em contato, os sentimentos diversos de simpatia, de indiferença ou mesmo de antipatia. É ela que determina a causa principal de nosso sucesso ou de nosso insucesso.³⁹

Assim, observando a palavra imagem, por todos esses ângulos e visões em que estivera sob enfoque, conclui-se que já se tem em evidência seus elementos fundamentais para o embasamento e suporte da definição que se aponta acima. Podendo ser compreendida de forma objetiva (aspecto físico) e ou subjetiva (aspecto moral).

³⁷ MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 444, p. 76, 1972.

³⁸ CHAVES, Antônio. **Direito à própria imagem**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 240, p. 537, out.-dez. 1972.

³⁹ DEGNI, Francesco. Le persone fisiche e diritti della personalita. In: TORINO: Vasfali. **Trattado di diritto Civile**. v. 2, t. 1. [S. l.:s.n.]. 1939. p. 201.

2.4 A IMPORTÂNCIA DA IMAGEM

Inúmeras vezes já ouviu-se ou leu-se em algum lugar a expressão: “a imagem vale mais do que mil palavras”. Daí, já se exorbita a sacramental importância de se pinçar, delinear e contornar o bem imagem enquanto objeto de estudo no campo do direito.

Na verdade a imagem é capaz, por si, de impor e propiciar todo tipo de comunicação. E a sua antiga importância jurídica, social e econômica pode ser realçada, também, no caso do orador grego Hipérides, que trouxe e apresentou a cortesã Frinéia, em toda sua nudez, aos juízes, cujo Tribunal, frente a tal imagem, declarou-a inocente. Assim, palavra alguma, fora pronunciada, em favor de sua defesa, porém, sua imagem decretou sua absolvição.

No Livro Santo, para os cristãos, a Bíblia, a imagem simboliza a semelhança do homem com seu criador. O homem é a imagem e semelhança de Deus. Possuem a mesma imagem.

Fez bem Jacqueline Sarmiento Dias em lembrar que:

Rousseau foi o primeiro a reconhecer na imagem a dimensão de linguagem como comunicação de massa. Atualmente o que impulsiona o interesse pela imagem são os progressos tecnológicos. Estes facilitaram e dinamizaram a divulgação e a reprodução da imagem.⁴⁰

Sem dúvida, o avanço tecnológico, a necessidade de rapidez na comunicação, causa imenso impacto na vida das pessoas. A globalização com suas

⁴⁰ DIAS, op. cit., p. 67.

inexoráveis conseqüências. A comunicação de massa, explorando a imagem, deixando o ser humano entregue a sua própria sorte.

Está claro que as imagens podem referir-se tanto à realidade factual quanto ao irreal, já a questão de transmitirem uma verdade ou uma mentira permanece em discussão.

Lúcia Santaella e Winfried Nöth retratam o assunto da seguinte maneira:

A questão da verdade ou mentira nas imagens tem um aspecto semântico, um sintático e um pragmático. De um ponto de vista semântico, uma imagem verdadeira deve ser aquela que corresponde aos fatos que representa. De um ponto de vista sintático, deve ser aquela que representa um objeto e transmite um predicado sobre este. Do ponto de vista pragmático, deve haver uma intenção de iludir por parte do emissor da mensagem pictórica.⁴¹

Importante visualizar a imagem por este ângulo, afinal, do século XX, para cá, com a revolução tecnológica e o aparecimento de novos meios de comunicação possibilitaram que o distante ficasse perto. É a concretização da “Aldeia Global” de que falou Marshal McLuhan em A Galáxia de Gutenberg.

Que o digam os marqueteiros quanto à preocupação experimentada no trato e no trabalho da imagem de seus candidatos. Na revista *Veja*, João Gabriel de Lima, assina matéria, intitulada: “A imagem é tudo. Na televisão (e também fora dela), a forma como os candidatos se apresentam é tão importante quanto aquilo que eles dizem”.⁴² E segue dizendo:

⁴¹ SANTAELLA, NÖTH, op. cit., p. 197.

⁴² LIMA, João Gabriel de. A imagem é tudo. *Veja*, São Paulo: Abril, n. 32, ed. 1.764., p. 84, ago. 2002.

Na era da indústria cultural, o cuidado com a imagem pública tem de ser redobrado. Isso porque, por obra de fotógrafos e diretores de televisão, ela pode ganhar uma autonomia indesejada, desgrudando-se da personalidade de carne e osso que a gerou e voltando-se contra ela.⁴³

Assim, no campo do direito, ampliou sobremaneira, a imperiosa necessidade do resguardo e proteção ao bem imagem. E como direito autônomo, independente e já catalogado dentre aqueles Direitos da Personalidade, por óbvio, o Direito à Imagem, em termos de Brasil, a partir de 1988, alcançou *estatus* Constitucional e, por fim, é incluído no novo Código Civil Brasileiro.

Nessa sociedade caracterizada pela importância da comunicação é, de fato, necessário um forte controle na divulgação e trato para com a imagem.

Essa proteção, atualmente, já alcança o campo do direito em nível internacional. Os juristas, sobretudo os doutrinadores, procuram atualizar seus conhecimentos e praticá-los em prol do equilíbrio de forma a embasar e responsabilizar os danos praticados à imagem.

2.5 A INDIVIDUALIZAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM

Há de se prosseguir nessa luta grandiosa, numa busca incessante, procurando a individualização do Direito à Imagem. Na verdade, contorná-lo e delimitá-lo é trabalho que continua a desafiar os estudiosos do assunto. Doutrina e jurisprudência, com certeza, ainda, haverá de percorrer longo caminho até conseguir tal intento.

⁴³ LIMA, op. cit., p. 86.

No capítulo anterior, além, de catalogar o direito à imagem como integrante dos direitos da personalidade, portanto, de natureza dentre os direitos subjetivos *sui generis*, também, optou-se em classificá-lo como inserido, tanto, no direito à integridade física, bem como, no direito à integridade moral. Aliás, daí é que resulta o persistente enfoque, operando a divisão, de um direito à imagem objetiva (aspecto físico) e o direito à imagem subjetiva (aspecto moral).

Reafirma-se que o direito à imagem, como jungido à personalidade, é detentor dos seguintes caracteres: unicidade, absolutismo, inato (originalidade), extrapatrimonialidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e intransmissibilidade em razão da morte. Assim, remete-se o leitor ao item 8, do capítulo I, acima.

Entretanto, a título de ilustração, uma vez que se está convicto quanto a intransmissibilidade do direito à imagem, mesmo em razão da morte, tem o Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), em vigor, que em seu parágrafo único, do art. 20, diz: “Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.⁴⁴

Assim, eis que tal dispositivo resguarda e protege o direito à imagem após a morte do titular. E o legislador, em momento algum, deixou rastros de uma possível, ou não, transmissão, cabendo ao intérprete conceituar essa passagem.

Segue-se aqui os que entendem inexistir transmissão pela morte. É que sendo a imagem possuidora de estreita e única ligação com a personalidade do ser

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 33.

humano. Como esta extingue-se com a morte, portanto, a lógica razoável a extrair, é que extinto encontra-se o direito à imagem.

Vislumbra-se na morte o surgir de um novo direito. De forma que os parentes, as pessoas indicadas, passam a defender interesses próprios. Estariam atuando com direito deles mesmos, tanto é que se a pessoa estivesse viva, nenhum deles poderia agir.

A imagem, por ser direito da personalidade, acompanha o ser humano desde quando ainda é nascituro (art. 2º do Código Civil) e o segue até a morte, quando termina a existência da pessoa natural (art. 6º do Código Civil).

2.6 IMAGEM E DIREITO À HONRA

Hoje, o direito à imagem, goza de autonomia e independência total no pertinente ao direito à honra.

Entretanto, a doutrina é farta quanto a resquícios da teoria negativista do direito de imagem, a qual terminou abrandada com a admissão de violação à imagem quando há lesão à honra. E o Código Civil, art. 20, ao tratar do direito à imagem, num primeiro momento o vincula com a ofensa à honra, mas, já na seqüência, reconhece que mesmo não havendo lesão a esta, poderá se prejudicar a boa fama, ou mesmo a respeitabilidade, ou ainda, que a imagem tenha sido utilizada a fins comerciais. Em quaisquer dessas situações, a pessoa poder-se-á valer de seu direito à imagem.

A propósito, o direito à imagem, em termos de direito positivo, no Brasil, está alçado a condição de absolutamente autônomo e independente. Tanto é que vem previsto na própria Constituição da República Federativa do Brasil, que a partir de 05.10.88, dispôs sobre o mesmo no art. 5º, incs. V, X e XXVIII, letras *a* e *b*.⁴⁵

Eis aí o direito à imagem objetiva (incs. X e XXVIII) e o direito à imagem subjetiva (inc. V), ressoando autonomamente, de uma vez por todas, em relação ao direito à honra.

Não há dúvida de que o Anteprojeto do Código Civil, transformado em Projeto de Lei n. 634/75, em seu art. 21, e que resultou na Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em vigor, e cujo art. 20, passou, também, a tratar do direito à imagem.⁴⁶

Portanto, ficou clarividente que o legislador infraconstitucional brasileiro busca filiação a teoria da honra, seguindo inspirações na legislação de outros

⁴⁵ BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. p. 15. Dispõe: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” XXVIII – são assegurado, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização de aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

⁴⁶ DINIZ, op. cit., p. 32. Nesse sentido: “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 responsabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

países, como exemplo põe-se o art. 10 do Código Civil Italiano.⁴⁷ Nesse sentido ressoam as palavras de Barbosa a dizer que o mesmo adota a teoria da honra.⁴⁸

Assim, com fincas no texto supracitado da Constituição Brasileira, não resta dúvidas quanto a total autonomia e independência do direito à imagem, de forma que, em casos concretos, poderá haver lesão à imagem sem, contudo, atingir a honra. Agora, é lógico que em muitas vezes, ao se atingir a imagem, conjuntamente, ocorrerá lesão à honra.

A própria Constituição da República ao resguardar e proteger, autonomamente, o direito à imagem coloca de antemão fim a qualquer possível celeuma a respeito. E ao garantir a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação do direito à imagem, caso ocorra, concomitantemente, violação do direito à intimidade, à vida privada e à honra, todos de uma só vez, ou quaisquer, destes e a imagem. Caberá o contorno e a individualização, pois, uma vez identificados e delimitados, passará a justificar um maior ou menor valor da indenização, portanto, tudo dependerá do caso concreto.

Em termos de direito à imagem, sua autonomia e proteção é alcançada no Direito Constitucional e no Direito Civil (Código de 2002). Porém, no Direito Penal, tal

⁴⁷ FRANCHI, L.; FEROCI, V.; FERRARI, S. **Codice Civile**. Ulrico Hoepli Editore S.p. A., 2002. p. 22. Dispõe: “10. Abuso dell’immagine altrui. – Qualora l’immagine di una persona o dei genitori, Del coniuge o dei figli sai stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l’esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero com pregiudizio al decoro o allá 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 (2056). (Quando a imagem da pessoa ou dos pais, do cônjuge ou dos filhos tenha sido exposta ou publicada fora dos casos em que a exposição ou a publicação é permitida por lei, ou então com prejuízo de decoro ou da reputação da própria pessoa ou dos mencionados parentes, a autoridade judiciária, a pedido do interessado, pode determinar que cesse o abuso, sem prejuízo da indenização por danos).” (Traduzido pelo autor).

⁴⁸ BARBOSA, Álvaro Antonio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem: aspectos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 45.

tutela não ocorre, a não ser, tão somente, quando lesionada à imagem, também, é atingida a honra. O bem honra é que alcança proteção penal, é só conferir, arts. 138 a 145, do Código Penal Brasileiro, cujo capítulo V, estampa a rubrica “Dos Crimes Contra a Honra”. E a legislação penal esparsa não é diferente, por exemplo, Código Eleitoral e Lei de Imprensa.

2.7 HONRA, IMAGEM E VIDA PRIVADA: DIFERENCIAÇÃO

É trivial, ante a um fato concreto de violação da honra, imagem e vida privada, estabelecer-se dúvida sobre a real dimensão e contornos da lesão. Quais dos três foram atingidos? Todos simultaneamente? Apenas dois? Ou só um desses direitos da personalidade?

Há quem diga que caso haja violação simultânea de dois ou três desses direitos, num caso concreto, seria o caso de aplicar-se o princípio da subsunção. Dada a autonomia e independência de cada um deles, não pode ser esta a melhor solução, a qual, com certeza, apenas estimula o comodismo e a resignação, e restringe a proteção jurídica dos mesmos, o que é inadmissível. Portanto, identificado e delineado cada um dos direitos ofendidos, tanto maior, poderá ser o pedido de indenização.

A lógica impõe que, em determinado fato, no qual atingiu-se além da imagem, também, a honra e a vida privada, o valor do pedido de indenização seja superior àquele onde a violação atingir apenas dois desses direitos, por exemplo, imagem e honra ou imagem e vida privada. Também, caso a lesão jurídica atinja

quaisquer desses direitos sozinhos, a indenização cabida deverá ser-lhe correspondente, por isso, menor.

É o caso de invocar-se o princípio da proporcionalidade, sobre o qual leciona Amini Haddad Campos:

Fala-se, pois, em proporcionalidade à condenação, fala-se em proporcionalidade à pena, fala-se em proporcionalidade à contratação, fala-se em proporcionalidade às atividades administrativas entre administradores estatais. Igualmente, fala-se em proporcionalidade quanto à concepção de igualdade (forma de diminuição das desigualdades), fala-se em proporcionalidade como limitação ao poder de polícia, onde o Estado exerce controle às ações particulares. Na mesma esteira, fala-se em proporcionalidade no exercício do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, vistos que estes são garantias que objetivam a proteção do direito material e não procrastinação do direito.⁴⁹

Assim, na proporção do mal causado deve equivaler a retribuição indenizatória. Não cabendo suscitar àquela interpretação aplicada no campo de Direito Penal, concernente ao princípio da subsunção onde o crime de maior potencial ofensivo absorve o menor. Aqui, a autonomia e a independência de quaisquer desses direitos da personalidade, deve se impor e ser respeitada, com a conseqüente indenização proporcional.

De maneira que se está convicto que cabe, doravante, tão somente distinguir, exemplificando situações onde imagem, honra e vida privada, sejam direitos lesionados conjuntamente ou individualmente.

Ligeiramente, tem-se:

⁴⁹ CAMPOS, Amini Haddad. **O devido processo proporcional**. São Paulo: Lejus, 2001. p. 66.

Imagem é toda a dimensão física e moral de um ser humano.

Daí subentende-se que os animais irracionais, por serem carentes da dimensão moral, alcançam tão-só a imagem objetiva (aspecto físico).

Honra é toda dimensão do ser humano quando se volta para o mundo, para a sociedade e, também, na ereção da auto-estima, na consideração que a pessoa tem de si própria, no sentimento de dignidade de cada qual.

Eis aí o caráter bifronte da honra, a fornecer utilidade, operando a distinção em honra objetiva e subjetiva.

Vida privada é o direito a uma vida protegida da curiosidade ou do conhecimento alheio.

Estabelecer-se-á, o confronto entre o conflito de interesses, pois logo, o direito de informar e ser informado, serão trazidos ao palco dos acontecimentos. É o caso de se equilibrar e se arbitrar tal conflito, com sensatez.

Delineados e delimitados sucintamente, procura-se, via exemplos, muito embora hipotéticos, mas que servem a melhor compreensão e entendimento desses três direitos.

Imagem *versus* honra. A utilização da imagem pode, a depender das circunstâncias, causar lesão ao direito à imagem, ou lesão à honra do titular da imagem, ou lesão tanto à imagem e à honra, ao mesmo tempo.

Veja-se o fato de uma pessoa famosa conceder a utilização de sua imagem na campanha “Criança Esperança”, pela TV Globo. Enquanto tal uso aí se restringir, tudo certo. Agora, suponha-se que alguém da TV Globo utilize tal imagem em publicidade comercial: há violação do direito à imagem. Agora, suponha-se que tal comercial seja em favor do consumo de cerveja, sendo tal pessoa ligada a igreja evangélica, notoriamente contrária ao consumo de bebida alcoólica: resulta em violação da imagem e da honra.

Como poderá, na prática, ocorrer violação da honra, por exemplo, entre pessoas ditas amigas. Uma, em dada altura da conversa, chama a outra de tola, esta poderá sentir-se assaz injuriada, porém, sua imagem teria permanecido intacta.

Imagem *versus* vida privada. Eis o caso de alguém, no pleno recesso de seu lar, lhe sendo tirada uma fotografia, sem que ao menos saiba de tal coleta. Há manifesta afronta a sua privacidade, antes que se fale em ultraje ao direito à imagem.

Noutra situação tem-se o exemplo de quem autoriza captação de sua imagem com fins de promover determinado produto especificamente, de repente, vê-se promovendo a campanha política de determinado candidato. Houve violação da imagem sem, contudo, ser violada a sua vida privada.

Pode haver transgressão simultânea ao direito à imagem e ao direito a vida privada. É o caso de, no primeiro exemplo, além da pessoa estar no âmbito doméstico, ser fotografada desnuda, até em situação vexaminosa. Podendo ocorrer lesão a vida privada, a imagem e a honra.

Honra *versus* vida privada. Tais direitos não se confundem. Veja o caso de quem aplica tapa no rosto de alguém em público, por certo que injuria, ofendendo a honra, porém, deixa ileso a vida privada da vítima. Também, o caso de uma pessoa convidada adentra a residência de sua amiga, lá passa a examinar contas telefônicas e extratos bancários, por certo, lesionou a vida privada, sem violar a honra de alguém.

Ambos os direitos em tela, podem ser simultaneamente ofendidos, como em caso de estarem sendo colhidas de longe e furtivamente transmitidas por televisão, cenas de uma senhora despida, no interior de sua residência, com manifesta violação do decoro.

Cabe reflexão sob um aspecto relevante, qual seja, a imagem, dentre os direitos da personalidade, no cotidiano, é o que mais se aproxima e se confunde com a personalidade em si, daí, muitas das vezes, as pessoas ao se direcionarem e se referirem a esta, na verdade, deveriam se ater apenas à imagem.

Ao término do embate, ocasionado entre imagem, honra e vida privada, verifica-se a distinção e a proximidade, entre tais direitos da personalidade.

Cabendo, frente a cada caso concreto, abordar e examinar em minúcias qual ou quais deles foi efetivamente violado.

2.8 A LIBERDADE DE IMPRENSA E O DIREITO À IMAGEM

É atual, pois, das discussões em seminários ou mesmo em lides judiciais, vem à tona a suposta contradição da Constituição da República Federativa do Brasil, quando assegura a liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, garante e realçam os direitos da personalidade, como à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

A liberdade de informação é tratada no § 1º, do art. 220 da CR: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º IV, V, X, XIII e XIV”. Tendo o § 2º do mesmo art. 220, da CR, arrematado: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.⁵⁰

Verifica-se de plano que o próprio dispositivo constitucional traz, em si, o imperioso limite, de forma a oferecer contornos à liberdade, para que não se exacerbe, e sob o pretexto de informar, termine o profissional da comunicação ofendendo intimidade, vida privada, honra e ou imagem das pessoas. Pois, caso tal aconteça, o profissional e seu órgão de comunicação, deverão ser responsabilizados.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição**, op. cit., p. 123.

Caso é, de se evidenciar que liberdade não pode ser confundida ou mesmo travestida de libertinagem. Valendo buscar apoio em Paulo de Tarso, quando ao escrever aos Coríntios, dizia: “Tudo posso, mas nem tudo me convém”. (I Cor. 10:23).⁵¹

Claro, a liberdade de informação deve ser resguardada e protegida. Porém, dada a sua importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito e para o fluir da vida em sociedade, por óbvio, não pode ser exercitada sem limites. Aliás, impunidade e irresponsabilidade devem passar muito distante da atuação do profissional da imprensa. Tal profissional deve, obrigatoriamente, esgueirar-se pelo estreito e virtuoso caminho da ética. Deve ostentar em cada ato postulados da deontologia jornalística.

Cheira a despudorado cinismo, falar em “censura judicial”, quando se busca no Poder Judiciário, o necessário resguardo, sobretudo a direitos da personalidade, atingidos por afoitos órgãos de comunicação.

Ora, num Estado reputado Democrático de Direito, como anunciado no art. 1º da Constituição da República, a ninguém cabe querer chamar para si e ostentar o dom de se postar acima do bem e do mal. Em outras palavras, ninguém pode ficar e recair na esfera da irresponsabilidade, ficando impune, quanto a seus atos e palavras. Isto seria desmesurado privilégio, o qual não pode conviver e sobreviver em meio democrático.

⁵¹ SOCIEDADE BÍBLICA DO BRASIL, op. cit., p. 205.

Portanto, no afã de exercitar o direito de bem informar, caso o profissional ou órgão de comunicação não o fez, na verdade, divulgou informação sem averiguar a sua exatidão, ou mesmo não sendo falsa, porém, apresentou distorções, por certo, que a lógica indica ser o caso de quem foi ofendido, acionar judicialmente ao faltoso, visando sua responsabilização. E isto nem de longe é “censura judicial”. É com certeza, o exercício livre, soberano e autônomo de seus direitos. Afinal, a própria Constituição da República dispõe, no seu art. 5º, inc. XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos”.⁵²

Em importante seminário Imprensa e Dano Moral – Responsabilidade Civil e Penal, com promoção, em Brasília - DF, pela Associação Nacional dos Jornais (ANJ) e pela Escola da Magistratura do Distrito Federal, o ministro Marco Aurélio de Mello, na época, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), e presidente da República interino, disse: “Não raramente alguns jornais, ao divulgarem a denúncia alheia, acusam sem apurar, sem ouvir a outra parte. Colocam o réu sem defesa na prisão da opinião pública. Enfim, condenam sem julgar”.⁵³

Agora, seria correto, democrático ou mesmo humano, deixar sem correção tão profunda distorção da liberdade de imprensa? E que “poder” seria este de dizer as coisas e não ser responsabilizado pelos seus atos e palavras? Por certo que a impunidade é que seria um inominável contra-senso. Como se vê, inexistente a tal aparente contradição entre liberdade de expressão e resguardo a direitos da personalidade. O que se firma é a convicção de agir no limite do respeito. Caso opere-se transgressão, caberá ao Poder Judiciário, uma vez acionado, responder se

⁵² BRASIL. **Constituição**, op. cit., p. 17.

⁵³ MELLO, Marco Aurélio de. **Imprensa e dano moral: responsabilidade civil e penal**. In: Palestra organizada pela Associação Nacional de Jornais, 2002, Brasília.

de fato houve ofensa a direito e estabelecer o valor e a forma de reparação. Nada mais justo e democrático. Quem tenta fugir, driblar tal lógica, está mal informado ou mal intencionado, ou pior, poderá estar acometido do ranço ditatorial, querendo que as pessoas, instituições e até que o Poder Judiciário dobre-se, diante de suas pretensões.

Está passando da hora de se investir na conscientização ética e deontológica, do que verdadeiramente seja interesse público e interesse do público.

Interesse público é quando ocorrem fatos, os quais, necessariamente devem ser divulgados, até mesmo no resguardo do direito à informação, o qual a todos pertence. Um exemplo que tornou, tristemente clássico, é o caso do ex-Juiz do Trabalho Nicolau dos Santos Neto. Por certo, como autoridade, investido em cargo público, fica Nicolau exposto e sujeito a qualquer momento ter que prestar contas de seus atos em público. Cabendo aos órgãos informadores se aterem dentro da veracidade do acontecido.

Interesse do Público é o quase mórbido e insaciável desejo das massas em saber fatos que estão acontecendo com a vida dos outros, quase sempre, artistas, políticos ou esportistas famosos que, agora, perdem o direito à intimidade por inteiro. Olha lá quando não sofrem profundas lesões em suas imagens ou até mesmo em seus direitos à honra. Tudo isso pelo descabido propósito de se manter alguns pontos, no lbope, acima do veículo concorrente. É o que se verificou, não faz muito tempo, com a atriz Vera Fischer, tendo sua imagem e vida privada devassada, por situações de sua intimidade, quando não deveria ser importunada.

O que dizer das famigeradas CPI's, nas quais desavergonhados deputados e senadores, tanto no âmbito federal como estadual, ofendem os princípios mais mezinhos de dignidade e de justiça, muitas das vezes ladeados por membros do Ministério Público, tais quais, papagaios de pirata, todos alquebrados e envoltos pela síndrome da LPM (loucos por mídia), como dizem os americanos?

Qual nada. Interesse público ou interesse do público. Fazem transparecer frustrações, ódios e vinganças pessoais. E amparados por uma mídia encabrestada no poderio econômico e político, sanguinolenta, sensacionalista e descompromissada com a verdade. Alimentam-se do vitupério e da desonra, conspurcando, sem dó e sem piedade, a dignidade humana (CR, art. 5º, inc. III), de roldão, arrasam os direitos da personalidade, sobretudo os previstos nos incs. V e X, do art. 5º da CR.

Só o Poder Judiciário salvou-se dessa sanha assassina da honra, da imagem e da dignidade alheia, pois, quando não foi vítima, por alguns de seus membros, injustamente trazidos a público por fatos dos quais não participaram. Foi o único Poder da República Federativa do Brasil que não se intimidou, não se acovardou e fez arquivar, sem instaurar sindicâncias ou processos, esses "trabalhos de CPI's", realizados no lodaçal da imundícia, da corrupção e, de outras mazelas piores, tudo a revelar como anda sem caráter o ser humano. Noutros momentos, o Poder Judiciário, presidiu, instruiu e julgou, absolvendo ou condenando, tendo respaldo dentro da ciência, decência e da consciência ética e deontológica, a qual transparece e emana de suas decisões; não se deixou influenciar, nem tampouco, deixou ruir a pilastra mestra, na qual mantém de pé o Estado Democrático de Direito.

Com certeza, nunca se ouviu falar de qualquer órgão de comunicação no Brasil e no mundo, ter sofrido condenação por ter divulgado a verdade. De forma que, cabe ao Estado-Juiz determinar o valor a ser pago numa ação indenizatória, pelos abusos cometidos pela imprensa em meios de comunicação em geral.

Oportunamente, ver-se-á que, caso o direito à imagem for ofendido, ficará facilitada a sua reparação. Sendo desnecessária qualquer demonstração além da própria violação de tal direito.

2.9 O DIREITO À IMAGEM NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O texto constitucional do Império, de 1824, tão somente retratava a inviolabilidade do domicílio, resguardando a intimidade, como se lê em seu art. 179, inciso VII.⁵⁴

Mesmo com muita boa vontade, só se extrai da norma o desejo de se proteger o indivíduo de qualquer invasão do Estado em seu local de moradia. Não se fala em imagem, quando muito esta obteria uma proteção reflexa, desde que o indivíduo encontre-se dentro de seu lar.

⁵⁴ BRASIL. **Constituições**. Brasília. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>.> Acesso em: 18 jul. 2002. Expressava: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis e Políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberalidade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] VII – Todo o cidadão tem em sua casa um asylo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a lei determinar”.

Em 1891, a Constituição Republicana, em seu art. 72, § 11, praticamente, mantém a mesma índole dispositiva. Silencia quanto à imagem, a qual só reflexivamente, pela inviolabilidade de domicílio, é que pode alcançar resguardo.⁵⁵

No mesmo diapasão das duas Constituições que a antecederam, segue a de 1934, sem nada disciplinar sobre a imagem em seu inciso 16, do art. 113.⁵⁶

Com o advento da Constituição de 1934, muito embora o direito à imagem, ainda, permaneça não especificado, entretanto, em seu art. 114, assegura outros direitos e garantias não reportados no texto, contudo, inerentes ao regime e princípios adotados: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota”.⁵⁷

Como o direito da personalidade, o direito à imagem pode ser extraído dentre os direitos inespecíficos. Ainda mais dentro de uma postura jusnaturalista, a qual acompanha este trabalho. Ora, como decorrência do direito à vida, o direito à imagem é assegurado pelo regime e seus princípios. O preâmbulo do texto reza: organizar um regime democrático. E tal só pode ser concebido havendo proteção da vida, da honra, da imagem etc. Todos direitos da personalidade.

⁵⁵ Idem, ibidem. Expressava: “Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos seguintes termos: 11 – A casa é asylo inviolável do indivíduo, ninguém pode ali penetrar, de noite, sem consentimento do morador, sinão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia sinão nos casos e pela forma prescriptos em lei”.

⁵⁶ Idem. Expressava no seu art. 113, inc. 16: “A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: 16 – A casa é asylo inviolável do indivíduo. Nella ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, sinão para acudir a victimas de crimes ou desastres, nem de dia senão nos casos e pela forma prescriptos em lei”.

⁵⁷ Idem, ibidem.

A “polaca”, como vulgarmente é conhecida a Lei Magna de 1937, no qual, confirma o estatuído pela Constituição de 1934. Seu art. 123, também, assegura outros direitos não expressos no texto, desde que resultantes dos princípios nele consagrados. Portanto, a imagem, sendo extraída dos princípios acatados naquele texto, termina, sendo protegida. E, também, via reflexa ou de forma indireta alcança proteção através do domicílio inviolável.

Em 1946 a Constituição nada trouxe de novidade sobre o tema. O domicílio continua inviolável (art. 141, § 15). A intimidade reflexivamente continua a dar guarida a imagem. Manteve-se a regra de não-exclusão de direitos e garantias que possam ser deduzidos desta Constituição (1946), em seu art. 144.⁵⁸

Assim, a Constituição da República, continua a garantir a imagem, porém, de forma não expressa.

Entretanto, a existência do direito à imagem, ganha ênfase no *caput*, do art. 141, que acrescenta a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, o que é novo.⁵⁹

A extração da existência do direito à imagem restou mais fácil, com a previsão da inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, na cabeça do artigo. Ao

⁵⁸ Idem. Expressava em seu art. 144: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

⁵⁹ Idem, ibidem. Expressava em seu art. 141: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes”.

se prever o direito à vida, esta traz consigo a imagem. Contudo, tal proteção, apesar de já existir, ainda não é expressa.

Os dizeres do art. 141 são refletidos no *caput* do art. 150 da Constituição de 1967, inclusive, no concernente ao direito à vida. Nesse tema, a tradição Constitucional brasileira, vem repetida. Observe que o § 35, do referido art. 150, continua a propiciar proteção implícita ao direito à imagem.⁶⁰

A Emenda n. 1, de 1969, não trouxe qualquer alteração no pertinente ao direito à imagem. Vale anotar que apenas mudou a numeração do artigo que tratava dos direitos individuais, o qual passou a ser o art. 153, cabendo ao parágrafo 36 ofertar a garantia de outros direitos, além dos expressos no rol, desde que decorrentes dos princípios e regime adotados. O conteúdo é o mesmo.

Acredita-se que pelo ângulo de visão e acatamento dos direitos da personalidade, como direitos naturais, dentre eles inserido o direito à imagem, é que mais facilmente ressaí a interpretação de que os textos Constitucionais, mesmo o de 1824, já trazia, implicitamente, a proteção ao direito à imagem.

Finalmente, com o texto Constitucional de 05.10.88, o direito à imagem, foi alçado a condição de autônomo, passou a gozar de total independência, ressaído ileso, em qualquer situação ou caso concreto em que venha a figurar juntamente com outros direitos da personalidade, como honra e vida privada.

⁶⁰ Idem, *ibidem*. Expressava em seu art. 150, § 35: “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Também, o constituinte de 1988, elevou a imagem à condição de garantia fundamental e a dispôs em imagem objetiva (CR, art. 5º, X) e imagem subjetiva (CR, art. 5º, V).

Eis o título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais) do capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), dispõe o art. 5º, em seus incisos V, X e XXVIII, letra a, de forma a exprimir toda a autonomia do direito à imagem.⁶¹

É bom enfatizar que a legislação infraconstitucional, no Brasil, era também silente no que diz respeito ao direito à imagem. Apenas o Código Civil, de 1916, no inciso X, do art. 666, é que fazia alusão cristalina ao direito do autor.⁶²

Como já se ponderou no item 5 deste capítulo, acredita-se que o texto Constitucional de 1988, supra referido, soa mais moderno e completo que o art. 20, do Código Civil de 2002.

⁶¹ Idem. Assim expressa: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurados o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XXVIII – São assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;”

⁶² DINIZ, op. cit., p. 423. Expressava: “Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos do autor: (...) X – A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto.”

2.10 A COMUNICAÇÃO, A ILUSÃO E A IMAGEM

Está-se vivendo a civilização da imagem. É importante anotar que se vive em uma civilização da imagem e que o século XX foi considerado por muitos o século das imagens.

Não é por nada que Umberto Eco se refere à televisão como um “terrível e potente meio de massa”. Em seu livro *Apocalípticos e Integrados* diz que:

[...] uma educação através das imagens tem sido típica de toda sociedade absolutista e paternalista: do Egito à Idade Média. A imagem é resumo visível e indiscutível de uma série de conclusões a que se chegou através da elaboração cultural, que se vale da palavra transmitida por escrito e é apanágio da elite dirigente, ao passo que a imagem final é construída para a massa submetida [...] há, na comunicação pela imagem, algo radicalmente limitativo, de insuperavelmente reacionário. E no entanto, não se pode rejeitar a riqueza de impressões e descobertas e que em toda a história da civilização, os discursos por imagens deram aos homens.⁶³

A imagem pode ser fixada em algum suporte físico; um desses meios de fixação é a fotografia. Esta permite a fixação de uma realidade com muita precisão.

Desde 1840 que a fotografia chegou ao Brasil. A fotografia capta imagens e transforma em comunicação. Torna-se comum na divulgação de imagens de coisas, lugares, fatos e do homem em revistas, jornais, livros etc. Por certo que a fotografia influenciou em muito a imagem e sua evolução. Esse desenvolvimento importa numa maior proteção da imagem.

⁶³ ECO, Humberto. *Apocalípticos e integrados*. São Paulo: Perspectiva, p.27.

Com o desenvolvimento tecnológico, surgindo a fotografia, necessariamente, flui a consciência de se ter cuidado com o que se capta e se divulga. Daí surge o questionamento de se consentir ou não para o uso da imagem.

O direito à imagem, cresce, precisa de contornos e delineamentos, pois, sua utilização tende a ser cada vez maior, principalmente, em socorro do ser humano, que a qualquer momento poderá ter a sua imagem ameaçada ou lesionada e caso tal mal se concretize, pode causar estragos incomensuráveis.

Ressurge, daí, o cuidado esmerado, zelo redobrado, e adoção irrestrita aos postulados éticos e deontológicos, aos quais a imprensa como um todo tem que se render. Importante se referir à matéria da revista *Veja* de 28 de abril de 1993, onde Marcos Emídio Gomes traduz o verdadeiro papel da imprensa. Realçando que a imprensa interpreta os fatos, por isso, é responsável pela divulgação dos mesmos.⁶⁴

É importante, lembrar Darcy Ribeiro, um dos mais dignos políticos do Brasil, sendo entrevistado pelo *Jornal Público*, em 12.09.95, traz fatos que induzem à seguinte conclusão: as mídias direcionam as informações controlando a opinião pública.

⁶⁴ GOMES, Marcos Emídio. Apud: DIAS, op. cit., p. 90. Nesse sentido: “Quem acha que os órgãos de comunicação têm um compromisso exclusivo de divulgar fatos, sem se importar com suas conseqüências necessita ir apenas até o fim desse raciocínio para descobrir um absurdo. Tenta-se aí tratar a imprensa como um poder sem culpa nos danos que possa causar. Isso equivale a colocá-la na categoria dos inimputáveis que a Constituição reserva aos loucos e aos indígenas. Também é uma visão enganosa por outro motivo. Nenhum órgão de imprensa veicula a realidade em seu estado bruto e anárquico. O que ela pode fazer, no máximo, é reconstruir uma versão, o mais fiel possível, de determinado acontecimento. Um assalto a banco ou uma partida de futebol não são exibidos como ocorrem, mas como aquele órgão de comunicação foi capaz de mostrar. Isso implica em relacionar prioridades, valorizar um dado, detalhar o que considera importante e desprezar o secundário”.

Todos têm ciência, consciência e decência de saber que existe algo de errado com certos meios de comunicação. Também, há certa acomodação social, a população deixa-se guiar pela minoria culta. No campo publicitário, o que interessa é a promoção do produto, pouco importa sua qualidade. Os técnicos usam e abusam da imagem das pessoas notórias para despachar o seu produto. Tais ilustres, por interesses menores - fama ou dinheiro - se submetem e aceitam qualquer tipo de produto.

Ressurge, inexorável e retumbante, a pergunta: quais seriam os limites da informação e da vida privada? A dificuldade para tal resposta se esbarra na própria vida em sociedade, a qual transcorre cheia de princípios, valores, conceitos que não possuem uma rigidez estanque.

Uma vez mais, volver-se-á a definição do que seja de interesse público e interesse do público, e do cuidado dessa real distinção, acredita-se estar a salvaguarda da imagem das pessoas. Aqui se encontram limites e parâmetros para não se fazer um abuso, portanto, violação à imagem.

A real fronteira entre a liberdade de expressão e o direito à imagem, é conhecida e demarcada pela total compreensão do que é interesse público e interesse do público. Cada caso concreto há de nortear e abalizar tão importante distinção e, na dúvida, refreie-se e não torne pública a imagem, caso contrário, só a via judicial poderá trazer, não a recuperação total, mas algum alento a violação da imagem.

2.11 APLICABILIDADE E A EFICÁCIA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO À IMAGEM

Faz por merecer atenta análise a questão atinente à aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. Afinal, o texto da atual Constituição da República Federativa do Brasil que trouxe a imagem como direito autônomo e independente, é de aplicabilidade imediata? Ou fica no aguardo de Lei Ordinária para ofertar-lhe plena eficácia? Eis o que se questiona.

Desde já, é interessante fazer menção a Celso Antônio Bandeira de Melo, o qual afirma inexistir norma constitucional sem eficácia. Este administrativista ensina que uma Constituição define-se desde logo, e que suas normas não são conselhos.⁶⁵

Como lembra Alexandre de Moraes Filho, quando em sua obra *Direito Constitucional*, em item denominado Normas Constitucionais de eficácia plena, contida e limitada. Explica serem de eficácia plena àquelas que o legislador constituinte quis regular. De eficácia contida as que regulou suficientemente os interesses relativos a certa matéria, porém, deixou margem à atuação restritiva por

⁶⁵ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social.** Revista de Direito Público, São Paulo, v. 57-58, p. 236-7, jan.-jun. 1981. Nesse sentido: “15. Uma Constituição, desde logo define-se como um corpo de normas jurídicas. De fora para quaisquer outras qualificações, o certo é que consiste, antes de mais, em um plexo de regras de Direito. A Constituição não é apenas um ideário, não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: Órgãos do Poder e cidadãos. 16. Como se sabe, as normas jurídicas não são conselhos, opinamentos, sugestões. São determinações. O traço característico do Direito é precisamente o de ser disciplina obrigatória de condutas. Daí que, por meio das regras jurídicas, não se pede, não se exorta, não se alvitra. A feição específica da prescrição jurídica é a imposição, a exigência. Mesmo quando a norma faculta uma conduta, isto é, permite – ao invés de exigi-la – há, subjacente a esta permissão, um comando obrigatório impedimento a terceiros de obstarem o comportamento facultado a outrem e a sujeição ao poder que lhes seja sido deferido, na medida e condições do deferimento feito. Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas – está na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la”.

competência discricionária. Por fim, tratou das normas de eficácia limitada, às quais dependem de lei que as regulamente.⁶⁶

Eis o conteúdo doutrinário orientador para uma correta classificação. Portanto, passa-se a enquadrar quaisquer e cada uma das três situações em que a Constituição da República Federativa do Brasil trata o direito à imagem.

De plano, há de se seguir a lição de Luiz Alberto David Araujo, quando afirma:

Não se pode afastar a idéia de que os incisos V e X do art. 5º do texto Constitucional são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Produzem todos os seus efeitos de pronto, não necessitando de qualquer regulamentação posterior. O texto protege a imagem desde o início de sua vigência, não carecendo de qualquer outra norma. Os incisos trazem conteúdos distintos (imagem-retrato e imagem-atributo). Tal fato não altera a eficácia e aplicabilidade dos dispositivos. Podemos, assim, afirmar que a imagem vem protegida de forma eficaz e efetiva nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal.

Essa mesma interpretação não se pode estender à hipótese do inciso XXVIII, alínea a. E isto porque, nesta última norma constitucional, encontra-se um fator de limitação do direito a ser exercido pela norma infraconstitucional.⁶⁷

⁶⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. atual. com a EC n. 31/00. São Paulo: Atlas. 2001. p. 39. Nesse sentido: “Tradicional a classificação das normas constitucionais, dada por José Afonso da Silva em relação a sua aplicabilidade em normas de eficácia plena, contida e limitada. São normas constitucionais de eficácia plena ‘aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular’ (por exemplo: os ‘remédios constitucionais’). Normas Constitucionais de eficácia contida são aquelas ‘que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabeleceu ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados’ (por exemplo: art. 5º, XVIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer). Por fim, normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam ‘aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade’ (por exemplo: CF, art. 192, § 3º: as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar)”.

⁶⁷ ARAUJO, op. cit., p. 79.

Com certeza, além de mudar a terminologia, por questões didáticas, de imagem-retrato e atributo para, respectivamente, imagem-objetiva e subjetiva, no mais, seguir-se-á, na íntegra, a lição de Luiz Alberto David Araujo.

O texto do inc. XXVIII, do art. 5º da CR, configura “nos termos da lei”, o que significa norma constitucional de eficácia contida, ou seja, prevê a necessidade de lei infraconstitucional, no caso, lei ordinária, que venha regulamentar o assunto. É o que fez a Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610, de 19.2.98).

Como já disposto neste trabalho, o inciso XXVIII, letra a, terminou por melhor detalhar a norma genérica do art. 5º, inc. X, pertinente à imagem objetiva.

Óbvio que pelo seu caráter de norma de eficácia contida, a indenização, o direito à imagem em situação de divulgação em obras coletivas ou qualquer forma de reprodução, incluindo, expressamente, as práticas desportivas, encontra-se resguardado desde 5.10.88, tendo ganho, nos casos da Lei n. 9.610/98, delineamentos e contornos próprios. Não podendo haver restrição a tal direito via legislação infraconstitucional.

Conjuntamente com a Lei n. 9.610/98, o Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), em seu art. 20, trata, também, do direito à imagem, claramente em situações do inc. XXVIII, alínea a, do art. 5º, da CR, no que diz respeito à imagem objetiva.

Os incs. V e X, do art. 5º da CR, por disporem sobre normas constitucionais de eficácia plena, contém direito à imagem subjetiva e objetiva, respectivamente, de formas autônomas, independentes e soberanas, não podendo ser restringido por interpretação alguma que venha a ser retirada do art. 20, do Código Civil de 2002.

2.12 VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM

A imagem pode sofrer violação por inúmeras e incontáveis formas e maneiras. Mesmo se obtendo o consentimento para a sua divulgação, se faz necessário ater-se aos exatos limites da autorização.

O direito à imagem objetiva e o direito à imagem subjetiva, podem ser violados simultaneamente? Com certeza, mesmo porque como já ficou bem distinguido que a primeira está prevista na inc. X e a segunda no inc. V, ambos do art. 5º da CR. Acredita que se a pessoa sofrer com um só ato, as duas violações, ficará propensa a obter indenização mais elástica, haja vista que o dano sofrido fora maior. Uma vez mais é o princípio da proporcionalidade sendo invocado.

Como se fala da coleta da imagem no recôndito da vida privada e, aí por certo, é ilícito. Entretanto, e se a pessoa estiver em público? É preciso vislumbrar no caso concreto, pois poderá ocorrer, também, ilicitude. Do mesmo modo que a pessoa poderá ser fotografada junto a canteiros do Jardim Botânico vem figurar em reportagem do meio ambiente, sem violação alguma. No mesmo lugar, poderá ter uma imagem colhida e utilizada com finalidades outras, perpetrando violação.

Fato interessante, pois que atual, é se há ou não violação do direito à imagem da pessoa levada a depor nessas escandalosas CPI's, instaladas ultimamente pelo Brasil afora. Num primeiro instante, a indagação seria acaso o jornal retire a fotografia da pessoa depondo e a publique ou mesmo a câmara da TV a focalize, multiplicando a divulgação daquele ato que já é público, se ocorre ou não a violação? Tem-se que a violação ocorre tanto à imagem, quanto à honra. É que as CPI's salvo algumas situações, já estão perpetrando violência ao art. 5º, inc. LVII, da CR, que é o princípio da presunção do Estado de Inocência. Ora, mesmo que no futuro venha a ser reconhecida e comprovada a culpa daquela pessoa, porém, nada justifica passá-la por tamanha humilhação e vexame. E, atente-se para a situação na qual a pessoa é totalmente inocente e foi levada ali, sob a mira de toda a mídia, por mera citação em depoimento falso e, obtido sob o signo da vingança, de encomenda e de orquestração? Eis aí a hediondez, muitas vezes patrocinada por CPI's e mídia, com aval e até estímulo de alguns membros do Ministério Público.

Cabe indagar, por oportuno, diante de flagrante violação do direito à imagem, como reagir? É cabível a legítima defesa? Tem-se que sim, como ressoa o Código Civil no art. 188, inc. I, cabendo zelo para não cair no excesso.

Também, é de se anotar que o direito à imagem, como os demais direitos da personalidade, não pode ter sua tutela limitada à técnica ressarcitória. A tutela preventiva deve ser invocada, como forma de refrear e inibir o abuso. É o caso de, com amparo no art. 5º, XXXV, da CR, lançar mão da tutela inibitória, a qual tem base de sustentáculo o art. 461, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil. Em termos de

antecipação ressarcitória, pode-se invocar o artigo 273, I, do Código de Processo Civil. São figuras distintas para situações diferenciadas.

Portanto, basicamente, a luta é para que, no aspecto civil, se contenham as violações, com conseqüentes reparações pelas ofensas praticadas à imagem e ao nome alheios, pois, a um só tempo, atingem moral e patrimônio do lesado. Isto deverá importar aos agressores o pagamento de indenizações por danos morais e patrimoniais à vítima.

Como pontifica Jacqueline Sarmiento Dias:

É bem verdade que o campo do direito à imagem demonstra certa perplexidade. Contudo, é importante determinar certos pilares para a verificação de possíveis abusos. Diante de um caso concreto é mister observar a forma de captação, a possibilidade de consentimento, o fim a que se destina a captação, os limites e demais exceções previstas em lei. Observando basicamente esses pontos, estaremos aptos a fazer um juízo acerca de uma violação.⁶⁸

No campo prático, tem-se muito que evoluir, para a obtenção do necessário resguardo do direito à imagem.

2.13 EXTINÇÃO DO DIREITO À IMAGEM

Basicamente todas as legislações que tratam do direito à personalidade atribuem aos sucessores dos direitos do extinto, a possibilidade de defender o direito à imagem, inclusive consentindo ou negando a sua divulgação. É o legislador concedendo a certas pessoas o direito de consentir ou não a divulgação de fotografia de uma pessoa falecida, ou interpor reclame por danos oriundos dessa

⁶⁸ DIAS, op. cit., p. 150.

reprodução. Hoje, se pode arrimar no Código Civil, quando diz no seu art. 20, parágrafo único: “Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.⁶⁹

Aqui, abrir-se-á mais uma questão delicada pertinente ao direito à imagem, e se encontrará a seguinte indagação: é possível a transmissão desse direito em razão da morte? Como já afirmou-se anteriormente, está-se com os que dizem não.

O mestre de Perugia, Adriano De Cupis, resume: com a morte da pessoa, o direito à imagem chega ao fim. Walter Moraes tem o mesmo entendimento. Pontes de Miranda ensina que para que haja transmissão se faz necessário que uma pessoa se porte no lugar de outra. E diz que o direito capaz de transmissão não é tido como de personalidade.

Para Kayser, a morte da pessoa põe fim ao seu direito de personalidade.

Kohler especifica que a personalidade do extinto deixa resíduos. Expõe que os direitos das pessoas próximas são produzidos depois da morte e são derivados da morte.

Após estudar a legislação relativa à difamação e ao direito moral do autor, Robert Badinter, conclui pela transmissão do direito à imagem, aos herdeiros, argumentando o seguinte:

⁶⁹ DINIZ, op. cit., p. 33.

A não se aceitar esta solução no plano da vida privada, estaria suspensa a proteção existente em momento no qual, freqüentemente, se manifestava a sua necessidade. A todas as razões que justificam a defesa a vida privada, deve-se acrescer o respeito devido aos mortos. O que não era tolerável durante a vida íntima, aparece menos suportável quando ela já não existe.⁷⁰

Jacqueline Sarmento Dias, se filia dentre aqueles que acreditam na possibilidade de transmissão. E diz:

Concordamos plenamente com o posicionamento do Professor **Diogo Leite de Campos** ao defender que as pessoas indicadas em lei não defendem um interesse próprio, mas sim daquele que já faleceu. “A personalidade jurídica prolonga-se e é empurrada para depois da morte”. Ou ainda quando afirma ser a aquisição do direito **post-mortem** uma manifestação da personalidade jurídica do **de cujus** e dos interesses que lhe estão subjacentes.

Estamos diante do prolongamento do direito da pessoa que faleceu. A única mudança se dará na titularidade a partir do feito da morte. Esse direito não se confunde com os interesses das pessoas que agora, por determinação legal, passam a titularizar a ação. Dá-se uma solidariedade ativa, sem prejuízo de serem indenizados os danos sofridos pessoalmente por tais sucessores.⁷¹

Insta aduzir que Jacqueline Sarmento Dias, acrescenta: “Acreditamos ser ponto pacífico a existência de direitos dos parentes e de pessoas próximas, após o falecimento do sujeito, ao direito à imagem. O que se questiona é a natureza desse direito”.⁷²

Continua-se aqui com a firme convicção na intransmissibilidade em razão da morte, pois, sendo o direito à imagem, catalogado dentre os direitos da personalidade, tem-se que estes são dotados de tal caráter.

⁷⁰ BADINTER, Robert. Le droit resoect de la vie privée. Apud: DIAS, op. cit., p. 121.

⁷¹ DIAS, op. cit., p. 122.

⁷² Idem, ibidem.

Ademais, como direito personalíssimo que é o direito à imagem, oriundo na essencialidade da pessoa humana, por certo que acompanha esta em toda a sua extensão da vida, a qual vai do instante da concepção até o último suspiro, quando encontra a morte.

Ora, com a concepção, tem-se que inicia a personalidade, pois já existem direitos do nascituro a serem resguardados (Código Civil, art. 2º). E tem-se que a personalidade humana se extingue, por completo, com a extinção da pessoa natural, qual seja, com a morte (Código Civil, art. 6º).

Extinguindo-se a personalidade, com a morte, aí cessam todos e quaisquer direitos. O extinto já foi, não é, nem será. Virou a página, escreveu sua história. Agora, neste mundo, não crescerá nem diminuirá nada. O extinto não está mais aqui, não é mais daqui, o seu próprio corpo, estará prestes a uma cremação ou sepultamento. Caso alguém queira algum órgão do recém-extinto, para transplante, nos moldes da Lei n. 9.434, de 4.2.97, art. 4º, “dependerá da autorização de qualquer um de seus parentes maiores”.

A tutela penal é explícita, quando o Código Penal, encarta a rubrica “Dos Crimes contra o Respeito aos Mortos”, capítulo II, do Título V, da parte Especial. O finado com seu cadáver ou cinzas do mesmo, tem resguardo, não mais em direito próprio, pois, não é mais sujeito de direito e, sim objeto, daí, sua destruição, subtração, ocultação ou vilipêndio, encontra a tutela dos arts. 211 e 212, do Código Penal Brasileiro, tendo em ambos dispositivos a coletividade como sujeito passivo.

Assim, no instante da morte, abre-se a sucessão, caso tenha bens, seja na forma material ou imaterial, passam aos herdeiros, na ordem de vocação. Já neste mundo, portanto, o extinto desligou-se, por completo, não se acredita que ainda fique a comunicar e a se perturbar com os vivos, via um direito que já se extinguiu, com a extinção da personalidade.

De forma, que se extinguindo a personalidade, com a morte natural, aí o cônjuge, os ascendentes ou descendentes, na forma do parágrafo único, do art. 20, do Código Civil, poderão, caso queiram, manejar o direito à imagem, segundo e seguindo os seus próprios interesses, pois são senhores absolutos e possuidores do mesmo. Assim, não houve transmissão, e sim, nascimento de um direito em decorrência da morte do extinto. O direito à imagem, por ser personalíssimo acabou-se com o extinto. E este não possui mais qualquer interesse, de natureza alguma a ser resguardado por seus sucessores. Estes sim, é que poderão se beneficiar ou se prejudicar, tendo este novo direito que lhes pertence, sendo lesionado.

O DANO

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DANO

Hoje a própria Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, incs. V e X, quando resguarda e tutela o direito à imagem, o faz com terminologia moderna e suficiente, pois, fala numa divisão jurídica atualizada, qual seja, dano material e dano moral.

De início vai-se a indagação: o que é dano? E a resposta vem nas palavras de Aparecida I. Amarante, que diz:

Dano significa todo prejuízo acarretado a um bem jurídico, seja por diminuição do patrimônio ou do bem estar e comporta basicamente duas espécies: patrimonial e não patrimonial. Grande parte da doutrina adota o critério da patrimonialidade ou não do prejuízo para classificar as espécies de dano; haveria dano moral ou extrapatrimonial quando não tivesse por conseqüências prejuízo material. Segundo alguns, este critério de exclusão, que toma como suporte o efeito causado, não é suficiente para explicar as diversas situações de reparação do dano causado pelo ilícito. Preferem, como fez *Roberto Brebbia*, distingui-los calcados na natureza jurídica do direito subjetivo afetado pelo ilícito [...]⁷³

Verifica-se que Roberto Brebbia se posta contrariamente a uma classificação do dano, que se embasa nos efeitos lesivos que produz, também, inadmita seja considerada patrimonial a ofensa a um interesse moral com reflexos na vida econômica.

Já, em posição, manifestamente contrária a este ponto de vista, manifestam-se tantos outros, afirmando que, em havendo prejuízo econômico, patrimonial,

⁷³ AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 238.

mesmo em caso de violação à honra, e, por certo, à imagem, não é caso de se falar em dano moral. Veja em síntese, com Orlando Gomes:

A expressão dano moral deve se reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há conseqüências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial. Indenizam-se essas conseqüências, produzindo-se o dano nesse caso de modo indireto.⁷⁴

Oportuno lembrar que Adriano De Cupis entende que o critério mais propício para classificação das espécies de dano, é o sedimentado na natureza do direito subjetivo afetado. O mestre de Perugia diz que o dano privado poderá ou não ser definido como patrimonial, na conformidade do objeto em questão. Assim, pontifica como necessário se estabelecer o conceito de patrimonialidade para definir o que seja interesse e dano não patrimonial. Considera bem patrimonial:

Qualsiasi bene esteriore rispetto al soggetto capace di classificarsi nell'ordine della riqueza materiale – e per cio steso valutabile, per sua natura e tradizionalmente in denaro – idoneo a soddisfare um bisogno economico.

(quaisquer bens que se mostre sujeito e capaz de ser classificado na ordem de riqueza material – e por isso mesmo permutável, por sua natureza e aferição, em dinheiro – idôneo a satisfazer a necessidade econômica).⁷⁵

Então, para se constituir em patrimonial, o interesse violado deve possuir caracteres de: exterioridade, avaliação pecuniária, correspondência à necessidade econômica. E prossegue De Cupis afirmando que interesse patrimonial consiste na utilidade que a um determinado sujeito pode ser fornecida por um bem patrimonial,

⁷⁴ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 30.

⁷⁵ DE CUPIS, Adriano. Apud: AMARANTE, op. cit., p. 240. (Traduzido pelo autor).

na utilidade, portanto, considerada frente a um sujeito. E dano patrimonial é o que tem por objeto um igual interesse.

Pertinente ao dano não patrimonial continua-se, ainda, com a lição de De Cupis, quando fala que este só pode ser definido, como ensina a maioria dos autores, em contraposição ao dano material e contém aquele que tem por objeto um interesse não patrimonial; relativo a um bem não patrimonial.

Numerosos são os doutrinadores, os quais, identificam o dano extrapatrimonial como sinônimo de dano moral, isto é, levando-se em conta o prejuízo ocasionado à alma, bem estar físico ou psíquico. Como estatuiu Wilson Melo, com apoio de Fisehev e Aguiar Dias, lembra que os danos morais “são danos da alma” e a dor é o seu elemento essencial, abrangendo tanto sofrimentos físicos quanto morais.

Contudo, na precisa observação de De Cupis, seguindo Antolisei, sofrimentos morais, sensações dolorosas não abraçam todos os danos que não são prejuízos patrimoniais, ao que soma-se a conclusão de Brebbia, segundo o qual a extrapatrimonialidade é apenas uma das várias características do dano moral, mas não seu requisito imprescindível.

Cabe ponderar, que se nota diferença entre dano moral e dano extrapatrimonial, observa-se que não comportam o mesmo significado. De Cupis termina seu raciocínio, dizendo:

E le sofferenze morali, le sensazioni dolorose non abbracciano tutti i danni che non sono pregiudizi patrimoniali: la diminuzione di prestigio e di pubblica reputazione, ad es., costituisce danno non patrimoniale indipendentemente dal dolore o ranimmarico del soggetto che la subisce.

(E o sofrimento moral, a sensação dolorosa não abarcam todos os danos que não resultam em prejuízos patrimoniais: a diminuição do prestígio e da reputação, por exemplo, constitui dano não patrimonial independentemente da dor ou mágoa que destrói a pessoa).⁷⁶

De modo que uma violação à imagem, poderá desencadear infração jurídica de ordem pública e privada. O infrator ao lesar a imagem, tamanha poderá ser a agressão que violará, também, a honra, ou mesmo, em casos concretos, com vasta repercussão pública, poderá ter seu ato enquadrado como tipificador de tortura, na modalidade psíquica. O que redundará em tutela penal. Bem assim, haverá reparação autônoma e independente na esfera civil, por parte do agressor seja como pessoa em particular ou como agente estatal, quando o Estado, também, será responsabilizado.

A doutrina e, também, a jurisprudência demorou longo tempo, debatendo-se quanto a possibilidade ou não, de reparação quanto ao dano moral. O grande fator, sobre o qual impôs dúvidas e reticências, foi puramente o econômico. Como? Qual critério para aferir sua reparação? Isto será objeto de apreciação logo à frente.

Quando a atual Carta Magna trouxe para o seu texto o dano material e o dano moral, resultou em duas espécies bem definidas e distinguidas entre si. E mais, deixa clarividente, frente ao caso concreto, a possibilidade de se cumular as duas modalidades para abarcar toda a dimensão do dano violador do direito da vítima, com a justa reparação, seja ressarcitória ou indenizatória.

⁷⁶ Idem, ibidem. (Traduzido pelo autor).

O bem imagem poderá sofrer dano material ou moral ou, ainda, ambos cumulativamente. É o caso concreto que irá responder e definir a exata dimensão do dano, com seu alcance reparatório.

3.2 A REPARAÇÃO DE DANOS POR VIOLAÇÕES A DIREITOS DE PERSONALIDADE

O ser humano detém inúmeros direitos, pelos quais opera defesa de valores básicos, tanto no plano individual, como social, e que interessam à coletividade mantê-los, para alcançar seus objetivos.

Dentre esses direitos, existem uns que se misturam com a própria personalidade humana, conferindo essencialidade e individualidade a cada indivíduo no âmbito social. Catalogados no ordenamento jurídico, presentes em Constituições, Códigos ou mesmo em leis especiais, são utilizados na defesa de bens inerentes a natureza humana.

Está-se, sem dúvida, a tratar dos direitos da personalidade aos quais, doutrina e jurisprudência, erigiu sistema próprio para proteção, pois se postam no ápice do conjunto dos direitos privados no âmbito do Direito.

Constituem-se em direitos físicos, psíquicos e morais, os quais visam proteger os aspectos externos e internos da personalidade humana e sua projeção na sociedade, considerando-se pessoalmente e socialmente.

Daí cabe ressaltar o direito à imagem com sua nuance física (objetiva) e sua nuance moral (subjativa). Esse bem (imagem), como tantos outros

(honra, vida, liberdade etc), ficam sujeitos as mais diversas agressões, constituindo-se em danos. Como ensina o mestre Carlos Alberto Bittar:

Dano é o prejuízo experimentado por alguém em razão de ação ou omissão de outrem, contrária ao Direito, ou com cujo resultado este não compactua. É a lesão suportada por certa pessoa, tanto em seu patrimônio (dano material), como em sua personalidade (dano moral), em função do ato ilícito, ou de exercício de atividade perigosa realizada por outrem.⁷⁷

De maneira que o dano pode ter origem por inúmeras formas. O dano pode advir pela quebra de dever geral do ordenamento jurídico, seja na inexecução de obrigação, legal ou contratual; como pode o dano ser originado, por exemplo, em vexame suportado por alguém pela veiculação de notícia falsa e deletéria em jornal e televisão.

O dano pode ser gerado por pessoa, órgão, instituição ou Poder Público, tendo ou não relação com o vitimado, que por ação ou omissão, de caráter injusto, alcança elementos de sua esfera jurídica geral, com reflexos negativos para com o seu patrimônio material ou moral (personalidade). Portanto, há dano de natureza material ou moral, podendo ocorrer lesão isoladamente ou cumulativamente, conforme o caso concreto indicar, sempre com a possibilidade de reparação na área jurídica.

No pertinente a danos materiais, far-se-á reparação pela recomposição do patrimônio lesado, devolvendo-se ao interessado o respectivo equilíbrio, via ação ordinária de perdas e danos.

⁷⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 225.

Tal reparação caracteriza-se pela satisfação dos danos emergentes - conseqüências lesivas imediatas - e dos lucros cessantes - negócios ou oportunidades perdidos em conseqüência do fato lesivo - (CC, art. 186 c/c art. 927 e s. e art. 12). Cabendo ao Juiz, à luz da prova coligida, determinar a indenização devida, na exata medida do prejuízo arcado pela vítima.

Toda a dificuldade se levanta, quando se refere a danos morais. Aqui a reparação constitui compensação à vítima pelo constrangimento, dor, aflição, ou outro sentimento negativo decorrente do fato lesivo e como sua conseqüência inelutável, pois, natural. O dano advém do próprio fato lesivo, representando, de outra parte, sanção para o agente, pelo sacrifício injusto causado ou imposto à vítima.

Concernente ao valor da reparação por danos morais acredita-se que doutrina e jurisprudência, em termos de Brasil, tem muito que se aprimorar, evoluir, refletir, pois que, no campo prático, encontra-se dissonâncias de grande monta, a indicar que os critérios atuais apontados, não são satisfatórios.

O que dizer de perdas e infames calúnias assacadas, contra vítimas inocentes, via meios de comunicação social. Qual o justo valor da indenização? Tem-se a preocupação em responder tal indagação em item logo à frente.

3.3 DO DANO À IMAGEM

O dano moral, bem como o dano material, caso efetivado contra à imagem, há de impor reparação, a título de indenização, como se vem expondo ao longo

deste trabalho, e é direito assegurado no art. 5º, V e X, da Constituição da República.

Rui Stoco, no seu Tratado de Responsabilidade Civil, oferta monumental síntese doutrinária quando, sobre a violação do direito à imagem, concluiu ser a imagem: direito da personalidade, inato, autônomo etc.⁷⁸

Com o ato ilícito gera obrigação de reparar (art. 186, do Código Civil). Tal obrigação poderá se constituir em pagar (dar), fazer ou não fazer. Por exemplo, o ofendido pode ter sofrido violação ao seu direito à imagem, via uma calúnia. Por certo que o ofendido, dependendo do caso concreto, poderá invocar dano material e dano moral, tanto, cumulativamente, ou não. Postulará contra o ofensor que este se obrigue a compensá-lo financeiramente (recompondo o prejuízo); que proclame a verdade; e que se abstenha de, novamente, irradiar calúnias.

⁷⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. rev. atual. e ampl. do livro Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 1330. Nesse sentido “O quanto se disse pode ser resumido nas seguintes proposições: 1) Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o direito; 2) A própria imagem constitui um bem jurídico autônomo; 3) O direito da imagem é matéria de direito da personalidade; 4) O direito à própria imagem é direito inato; 5) A ordem jurídica confere ao sujeito o direito exclusivo de autorizar a disposição de sua imagem; 6) O direito de autorizar implica disposição geral da imagem; 7) A faculdade de autorizar é uma das faces de direito próprio de dispor; 8) O direito de dispor da própria imagem não pode atingir os direitos substanciais do autor e os do proprietário do ‘corpus mechanicum’; 9) O direito de dispor da própria imagem abrange a forma física original do homem; 10) A disposição econômica da própria figura induz um contrato ‘Sui generis’; 11) O direito exclusivo de modificar a própria imagem está contido no direito de disposição; 12) Tem cabimento jurídico a oposição do sujeito ao ato de captação de sua imagem, enquanto isto signifique proibição de reprodução da mesma; 13) Se a imagem é um bem jurídico essencial, o seu titular pode exercer sobre ela os atos de disposição que lhe aprouver, exceto os que impliquem privar-se dela; 14) O interesse público, estabelece os limites contingentes ao direito de dispor da própria imagem; 15) A tutela processual da imagem assenta numa pretensão negatória de conteúdo negativo ou positivo, mas não exclui uma pretensão reparatória, seja de ordem material, quando se prove a ocorrência de prejuízo ou perda efetiva e extrapatrimonial, como compensação pela ofensa moral, quando esta não possa ser reparada por outro meio; 16) O direito à própria imagem extingue-se com a morte do sujeito titular”.

No tangente a inviolabilidade do direito à imagem, Rui Stoco cita ementa do Superior Tribunal de Justiça, a qual atesta serem invioláveis a honra e a imagem das pessoas, com indenização por dano material ou moral, caso haja violação.⁷⁹

Assim, com certeza, o dano à imagem, seja por fotografias utilizadas sem o consentimento prévio do ofendido; seja por publicações em meios de comunicação social, quando sob o pretexto da liberdade de expressão, se exercita mal o direito a informação, revelando fatos inverídicos ou de interesse do público sem conotação do interesse público, também, extrapola e viola o bem imagem. Daí surge o direito à indenização.

Portanto, o meio de comunicação há de sofrer sanção pecuniária, toda vez que cometer abuso, levando a dignidade da pessoa humana a ser violada.

Tormentosa ressoa a indagação: como resolver o conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade? Dentre esses os mais, comumente, violados são os direitos à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade. E como fica?

Antes de tudo se faz necessário dizer que o dever de informar exige seriedade, não pode ser desincumbido de qualquer forma, assim, não coaduna com o ato de fornecer notícias agravantes à honra, depreciadoras da imagem; não se

⁷⁹ STOCO, op. cit., p. 1334. Dispõe: “Direito à imagem – Indenização – Dano material e moral – ‘São invioláveis a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral, conseqüente à sua violação’. (STJ – 2ª T. – Resp. – Rel. Hélio Mosimamm – j. 28.09.1994 – RT 711/214) (RT 743/381, Rel Des. Torres de Melo)”.

pode inculcar na sociedade notícias falsas ou inexatas, que estejam em desacordo com a realidade.

O aparente choque entre o direito à honra, o direito à imagem e à liberdade de manifestação do pensamento deve ser resolvido frente a cada caso concreto. E só ao Judiciário compete fazê-lo (CR, art. 5º, XXXV).

Faz-se interessante distinguir que informação falsa é a enganosa, simulada ou fingida procurando revestir o fato de aparência que não possui no acontecimento real. Pode nascer de uma mentira, por exemplo, alguém sob o pretexto de testemunhar vai a uma Comissão Parlamentar de Inquérito, dentre as inúmeras instaladas em Assembléias Legislativas desse Brasil e, ali, sob o foque das luzes e holofotes, narra, com toda perfídia e cinismo, o envolvimento de autoridade judiciária com traficante. Acontece que investigação sumária conclui que tal fato jamais existiu no plano físico. Então, não era o caso de se ter o mínimo de zelo e cuidado? Ao invés de propalar a mentira, não seria o caso de se fazer algumas auto indagações, em seguida proceder a um jornalismo investigativo? Aí o poder de informar seria prestigiado e, ao mesmo tempo, valorizador da dignidade, da honra e da imagem das pessoas. Ao não seguir tal caminho e, comodamente, colher aquele informe na CPI e levar ao conhecimento de todos, com certeza, estará tal órgão de comunicação se conluiando com o abuso, prestando desserviço, enganando a todos, daí não pode colocar-se acima do bem e do mal, devendo em cada caso concreto ser levado a responder por seu mau ato, na esfera judicial. Suportando o dever de indenizar, com base legal na Constituição da República, e não com espeque na Lei 5.250/67.

Já a informação errônea resulta de conceito equivocado que, na mente do informante, dissona da realidade. Aqui, muito embora, não seja verdadeira, tal informação não é oriunda de um ato deliberado, com fim de enganar. Na pior das hipóteses o informador não está de má-fé. Conclui Antônio Jeová da Silva Santos:

Quando ocorre erro, mesmo invencível, o informador não está isento de indenizar pelo *dano moral* que seu erro causou. O dano moral experimentado pela vítima, em decorrência de uma notícia errônea, que ataca sentimentos e vergasta a honra, somente é reparável com o pagamento de certa quantia em dinheiro, que cumpre uma função de compensação e satisfação.⁸⁰

A propósito verifique trecho de ementa do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro citada por Santos, a qual recomenda especial cuidado ao órgão da imprensa, mesmo sendo a notícia verdadeira.⁸¹

O desenfreado sensacionalismo, levado a termo com o inescrupuloso objetivo de alcançar lbope e, conseqüentemente, angariar mais anunciantes, tem sido o único móvel de alguns jornais, programas de televisão e de rádio. É a miséria alheia, muitas vezes, sendo explorada até as raias do absurdo.

Isto é tratar o consumidor da notícia como se fosse idiota. Aliás, já se afirma que se está no que se pode chamar de cultura idiota ou cultura da nulidade. Na qual, o que é absurdo, estúpido e vulgar, vai aos poucos se transformando em cultura e, pior: no ideal de cultura.

⁸⁰ SANTOS, Antonio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 3. ed. São Paulo: Método, 2001. p. 332.

⁸¹ Idem, ibidem. Trecho da ementa: “Se o órgão da imprensa, ainda que publicando notícia verdadeira, o faz de forma insidiosa, dando-lhe contornos de escândalo e de cometimentos de atos abusivos, há de responder pelo agravo moral que de fato resultar”.

O jornalismo popular sério, tem ficado para trás, relegado ao desprezo e a falência. O que está sobressaindo, infelizmente, é a forma mais baixa de cultura popular – a falta de informação, a má informação, a desinformação, e o desprezo pela verdade ou pela realidade das vidas da maioria das pessoas – que tem atropelado o jornalismo autêntico.

A imprensa sensacionalista, alcunhada de “marrom”, sempre existiu. Entretanto, nos dias de hoje, extrapolou, ganhou espaço, e o resultado é a pornografia desenfreada, a violência exagerada até encontrar a banalização, e a ofensa à dignidade das pessoas, tem se multiplicado. A ofensa aos direitos da personalidade, sobretudo, honra e imagem, tem se constituído em regra.

Por outro lado, tem que ser mantida acesa as chamas da esperança há luz no fim do túnel, dentre os dispositivos legais, amparadores de uma moral mais elevada, vale citar o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil se fez signatário e o ratificou em 25.09.92, o qual trata da proteção da honra e da dignidade da pessoa humana.⁸²

3.4 DANO MORAL CAUSADO PELOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. NOTÍCIAS FALSAS E INEXATAS

A gênese do direito à informação, nos parece ter se materializado na encíclica *Pacem in Terris*, do Papa João XXIII, quando diz: “Todo homem tem direito

⁸² SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. **Instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos**. Grupo de trabalho de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Centro de Estudos. 1997. p. 258. Dispõe: “Artigo 11 – Proteção da honra e da dignidade 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências e ofensas”.

a uma informação objetiva”. Porém, o Concílio Ecumênico Vaticano II, já havia tratado de forma específica sobre os meios de comunicação social, expressando que “existe no seio da sociedade humana o direito à informação a sobre aquelas coisas que convêm aos homens, segundo as circunstâncias de cada um, tanto particularmente como constituído em sociedade”. Eis a importante contribuição da Igreja Católica Apostólica Romana atinente ao tema.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, incisos IV e IX, versa sobre a liberdade de manifestação de pensamento e liberdade de expressão. Valendo dizer que ficou vedada qualquer censura (CR, art. 220, § 2º).

De antemão, cabe ponderar que a liberdade de informação não é absoluta, logo, os responsáveis devem se pautar dentro da legalidade e da ética, caso se excedam, utilizando meio de comunicação de forma dolosa ou culposa, para emissão de notícias ou opiniões falsas ou inexatas, por certo, serão responsabilizados.

Pertinente ao direito de informar, cabe invocar lição do Desembargador Álvaro Lazzarini, o qual deixa clarividente que, no confronto dos direitos de informar e da imagem, há de se procurar o equilíbrio, e isto a partir do profissional do órgão de comunicação.⁸³

Então, conclui-se que a regra é que os órgãos de comunicação tenham zelo e cuidado ao noticiarem fatos que envolvam a honra e a dignidade das pessoas.

É que o direito à liberdade de manifestação do pensamento não é absoluto. Vale trazer lição de Antônio Jeová da Silva Santos quando diz: “A liberdade de informar não elide a responsabilidade decorrente de dolo ou culpa do meio de comunicação que, por exemplo, publica ou divulga notícia falsa e agravante”.⁸⁴

A utilização de palavras dúbias e verbos que traduzem potencialidade, isto é, trazendo afronta dissimulada, deve agravar a pena, porque demonstra extrema periculosidade do órgão de comunicação.

⁸³ LAZZARINI, Álvaro. Apud: SANTOS, op. cit., p. 321. Nesse sentido: “O direito à informação, por inserido no art. 5º da Constituição, com que alguns repórteres invocam para pressionar desavisados, é também um dever, é um direito-dever de bem informar ao leitor, em especial quando em confronto com o direito à inviolabilidade da intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (art. 5, inciso X, da CF), que, repete-se, não podem ser culpadas até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inc. LVII, da CF). É um atuar deontológico, dos que atuam em órgãos de comunicação, isso observar e, assim, devem as empresas de comunicação orientar as suas editoras e demais órgãos subordinados. Essa atuação deontológica, embora deva ser comum a todas as empresas que se dedicam à comunicação, mais exigível se torna quando se trata de uma empresa mais que centenária, como o é a ré. O leitor – assinante ou simples leitor – de “O Estado de São Paulo” tem o direito de exigir que a informação que lhe é passada pelo jornal seja correta, seja verdadeira, que não seja meia-verdade, o que corresponde a uma inverdade, tem o direito de exigir que o jornal não caia na vala comum do leviano sensacionalismo, tudo a dizer que, bem por isso, o direito à informação, o direito à comunicação, mesmo sob a óptica do leitor, é um dever de bem informar, é um dever de bem comunicar a ele o que é correto, isto é, se assim se pudesse dizer, a verdade verdadeira, a verdade por inteiro e não a meia verdade. (RJ TJESP 137/194 – 195)”.

⁸⁴ SANTOS, op. cit., p. 324.

No pertinente a responsabilidade por informações colhidas na Polícia, por membros do Ministério Público e em Juízo, e levadas a conhecer dos órgãos de comunicação, exige dos responsáveis por este redobrado zelo e cuidado na divulgação sobre a acusação de crime a alguém. É que o dano moral, por violação do direito à imagem e à honra, pode vir a ser de proporções exorbitantes.

Verifique o quanto é importante que os órgãos de comunicação não se afastem do dever de informar, porém, devem ajustar-se à verdade, sobretudo, nas notícias relativas a envolvidos em crimes, porque podem ser um desaguadouro de humilhações e injúrias, calúnias e difamações. O meio difusor deve ser rigorosamente fiel à informação que recebem.

Aí, mesmo que a fonte seja membro do Ministério Público ou autoridade policial, a conduta e o comportamento do órgão de comunicação pode sim ensejar responsabilidade. Pode, tanto, o Promotor de Justiça, bem como, o Delegado de Polícia, ter colhido um informe que é falso e ou errôneo e, a divulgação, obviamente, levará a uma injusta condenação social da vítima. Esta pode e deverá acionar judicialmente a todos, inclusive o órgão de comunicação, o qual se prestou, nessa hipótese, a propalar inverdade, com danos imensuráveis. Sendo recomendado, então, que a empresa jornalística ante ao informe que tenha em mãos, caso persista dúvida ou incerteza, que pratique o jornalismo investigativo e só divulgue os fatos, após se certificar que os mesmos ocorreram de verdade e, não são meras fantasias de alguém, sob orquestração ou guindado por outros interesses não menos escusos.

Ultimamente, tem-se visto crescer o número de programas televisivos que fazem apologia do crime. É a comunicação social sendo desvirtuada, a qual passa a ser utilizada para incentivo do crime e do criminoso.

É bem verdade que os manuais de redações dos jornais orientam para não se atribuir crime a alguém, salvo flagrante ou confissão. Recomendam cautela mesmo que a informação foi colhida junto a Polícia. Estão cobertos de razão, afinal, é só lembrar do triste caso da Escola Base de São Paulo.

Portanto, no Brasil, o órgão de comunicação, tem o dever de provar que o fato que noticiara era verídico, não infamante e, publicado conforme o princípio da razoabilidade, sem afetar honra e imagem de alguém, e, ainda, que era necessária tal divulgação para o interesse público.

Assim, é que inúmeras tem sido as hipóteses concretas, nas quais as vítimas têm sido obrigadas a lançarem mão da tutela preventiva para impedir a divulgação de notícia infamante. Graças à atuação do Poder Judiciário, concedendo fundamentadas liminares, tem colocado a salvo a intimidade, a honra e a imagem de pessoas. Em tais casos, os juízes têm, determinado a proibição temporária ou definitiva de publicação ou divulgações ofensivas, ou mesmo a retirada de circulação, principalmente, “notícia” em *site* ultra-sensacionalista.

3.5 DANO MORAL POR VIOLAÇÃO À IMAGEM

O sentido jurídico da expressão imagem, para os efeitos deste trabalho já foi ditado e sintetizado, quando se fala de seu duplo conceito fundamental: imagem objetiva e imagem subjetiva.

As teorias sobre a natureza do direito à imagem, num estudo de suas discussões das doutrinas e teses, as quais são inúmeras no decorrer do tempo, todas importantes em seus momentos históricos. Em síntese, buscam o resguardo da pessoa humana, sua proteção para que não sofra violações, sobretudo, aos direitos da personalidade – dentre estes o direito à imagem que alcançou caráter autônomo.

Hoje, a autonomia do direito à imagem é inquestionável, pois que, não só disposto dentre os direitos da personalidade, mas também, elevado à categoria constitucional (CR, art. 5º, incs. V e X). Daí, bem como pondera Antônio Jeová da Silva Santos:

Se, de par à violação do direito à *imagem*, autonomamente considerado, advier lesão à intimidade, à honra ou à intimidade pessoal, todas essas circunstâncias deverão ser sopesadas pelo juiz no momento de estimar o **quantum** indenizatório, devendo aumentá-lo, porque outros bens personalíssimos foram atingidos, além da indevida captação da imagem.⁸⁵

Poderá advir dano moral e patrimonial por uso indevido da imagem. Tem a pessoa o pleno direito de difundir sua imagem conforme seus interesses. Em caso de violação ao direito à imagem, ensejará ressarcimento de conteúdo moral e patrimonial, dependendo do caso concreto, tal indenização poderá ocorrer cumulativamente.

Ainda que a imagem publicada não ofenda a honra, nem a vida privada, há de ser protegida em si mesma. É o caso, por exemplo, da modelo que se fez fotografar para divulgação de determinado produto junto a uma empresa, e se

⁸⁵ SANTOS, op. cit., p. 395-6.

surpreende ao ver sua fotografia ligada a outros produtos da mesma empresa – houve ofensa ao seu direito à imagem, muito embora mantidas intactas sua honra e sua vida privada.

Quanto às exceções à proteção da imagem, poder-se-ia sintetizar em três situações, como, quando ocorre o consentimento; quando de interesse geral – imagem de pessoas que exercem pública atividade; e quando em evento público.

Quanto ao consentimento. A autorização há de ser expressa ou tácita, entretanto, não pode deixar dúvidas. Pode ser obtida tanto antes ou depois da coleta da imagem.

Assim, a imagem tem de aparecer no contexto em que foi colhido o consentimento. A regra é de que dado o consentimento para um tipo de impressão e publicidade, qualquer tipo de alteração, viola o direito à imagem.

Quanto ao interesse geral. Imagem de pessoas que exercem pública atividade. A regra é que a coleta e difusão de imagens que tenham interesses gerais, utilizadas em matérias publicadas com fins didáticos, científicos, desportivos etc, é isenta de responsabilidade.

A publicação de fotografia que desperta interesse geral, não precisa de autorização. O que não significa que pessoa famosa não deva ter a imagem preservada, é que diminui o direito de tutelar a imagem, exatamente, devido à notoriedade. Basta que a pessoa esteja em ambiente no qual desenvolve sua

atividade normal, não há necessidade de colher sua autorização. O que ensejará indenização é, caso seja fotografado em situação vexatória ou humilhante, mesmo em sua atividade normal, e divulgado.

A divulgação de fotos ou filmes de pessoa fora de sua real atividade e que venha acompanhada de comentários ou legendas alheias ao seu trabalho ou arte, afetam a sua imagem, desafiando indenização.

Importante, ainda, ressaltar os momentos de angústias e tragédias que tomam, de improviso, as vidas das pessoas, como em casos de acidentes automobilísticos, onde vidas são ceifadas e, muitas das vezes, oferecendo horrendas cenas, fotografadas ou filmadas. Será legítima tal divulgação? A resposta é negativa. Aliás, sobre este assunto, assim ponderou Antônio Jeová da Silva Santos:

A notoriedade pode ser momentânea, não porque o retratado tenha praticado algum feito que lhe renda fama, mas que o coloque em situação de infelicidade, de infortúnio, como é o caso de alguém que sofre acidente de trânsito ou que tenha morrido de maneira violenta. *Zavala de Gonzalez (Ressarcimento de Daños, Vol. 2 d, p. 190)* explicita que 'na maioria desses casos, a publicação da imagem será ilícita enquanto implique uma intromissão na órbita da intimidade da pessoa'.⁸⁶

De forma que mesmo que o fato tenha ocorrido em público, termina por ser ilegítima sua divulgação, caso esta venha identificar a figura ou papel da vítima, capaz de acentuar sua desgraça e dissabor.

Quanto ao evento público. É o caso da pessoa que, dada a peculiaridade de seu trabalho, termina por encontrar-se quase sempre à vista de todos. Por exemplo,

⁸⁶ SANTOS, op. cit., p. 402.

o jogador de futebol, atriz etc. Aí, apenas coletar a imagem e divulgar o acontecimento em todo o seu contexto é legítimo. O que não pode é utilizar-se daquela imagem da pessoa com qualquer outro propósito.

Como, também, inexistente violação do direito à imagem, por exemplo, quando se filma ou fotografa, em ângulo aberto, uma torcida num campo de futebol. Essas situações ocasionais ou eventuais que podem se encontrar as pessoas distinguidas em primeiro plano, são meros acessórios com relação ao todo e ao objetivo da foto ou da filmagem.

A violação ao direito à imagem, cabe realçar que deságua numa indenização a qual dispensa o intuito de lucro por parte de quem captou a imagem. É que esta não pode ser difundida, com exceção das circunstâncias supracitadas. Tal desobediência impõe ao infrator o dever de indenizar por danos morais, patrimoniais, ou ambos, dependendo da forma como a divulgação tenha sido feita e venha a repercutir no ânimo ou no bolso da vítima.

Os quadros de programas de televisão que expõem pessoas a situações vexaminosas, são, normalmente, violadores do direito à imagem.

É manifesta a intromissão do direito à imagem, provocada pela situação de constrangimento que vários atores submetem pessoas do povo. Mesmo que exista autorização para a difusão da imagem vexante, chegando ao extremo da pessoa ser marcada no seu meio social, ressaí a obrigação de indenizar.

Tais situações sempre ocorrem, após órgãos de comunicação obterem o consentimento das vítimas. Porém, no mínimo, tal consentimento é viciado, seja porque a pessoa não tem nem idéia da dimensão que será inserida sua imagem; seja porque sendo o direito à imagem portador do caractere da indisponibilidade, não pode a vítima dele abrir mão para virar motivos de chacotas, zombarias ou mesmo para experimentar a execração do seu meio social.

Muito comum é a entrevista com pessoas logo depois de surpreendidas na eventual prática de delitos. Misturam-se repórteres e policiais, num conluio, quando deparam com o suspeito, assustado e intimidado, eis que inferiorizado, pelas algemas e pelas circunstâncias, aí uma fotografia ou filmagem, faz surgir facetas medonhas, com proporções feéricas.

Tal desprezo e menoscabo ao direito à imagem, tem alcançado seu apogeu nas CPI's, onde deputados e senadores, ladeados por, pasmem, membros do Ministério Público, em conchavo absurdo, covarde e demolidor dos órgãos, instituições e Poderes na Democracia, expõem as pessoas para toda a mídia. As pessoas culpadas ou inocentes, têm suas imagens violadas, profundamente, para todo o sempre. É a mais drástica, terrível e medonha ofensa ao direito à imagem que se noticia nos tempos atuais.

Por fim, cabe enfatizar que o direito à imagem, ainda, pode ser violado pela caricatura. E não precisa que a charge ou caricatura viole, conjuntamente, a honra, a vida privada ou intimidade. Basta que realce certas circunstâncias a menoscabar e vitimar a pessoa, concernente apenas ao seu direito à imagem.

3.6 MENSURAÇÃO DO DANO MORAL

3.6.1 Considerações Iniciais

Continua sendo um dos grandes desafios para o jurista, neste limiar do terceiro milênio, como pautar o valor do dano moral.

Ora, facilitados pela avaliação do dano patrimonial, cuja certeza é encontrada na quantia satisfatória para repor o bem destruído no seu estado de antes. Quanto ao dano moral, se anseia por solução parecida.

Aliás, historicamente, um dos argumentos para que o dano moral resultasse indene, forte por sinal, era a indisponibilidade de se apurar o real valor a ser indenizado. Leciona Antônio Jeová da Silva Santos que essa incerteza, inclusive, cria obstáculos para acordos.⁸⁷

Por certo que o juiz é acometido da mesma dificuldade acima noticiada, quando busca estipular o valor do dano moral. Qual é o valor do dano moral? O mal sofrido pela vítima deve valer quanto em nível de compensação? Qual o critério a ser adotado de forma que se possa perceber que o valor da indenização é justo ou não? Como o tarifamento da indenização não é um bom caminho, só resta ao julgador partir do nada até chegar ao valor da indenização.

⁸⁷ SANTOS, op. cit., p. 166. Nesse sentido: “A incerteza que grassa nesse campo, impede acordos. É quase nula a transação em pedidos de indenizações por danos morais. Como nada existe de certo, as partes ficam sem saber qual o valor justo para minorar a dor espiritual padecida pela vítima. Ora o autor pede quantia fora dos padrões normais, ora é o réu que se recusa a pagar a quantia pedida por entender que o valor é muito superior ao que vale o menoscabo espiritual do ofendido. Tudo isso, porque não existem critérios em que as partes possam se lavar para saber quanto o juiz vai fixar a título de ressarcimento. Imagine-se a dificuldade do advogado que diante do cliente, enxovalhado por algum agravo extrapatrimonial, é indagado quanto valerá o dano que padecer. À míngua de critérios maior ou menos certos e fixos, o advogado terá de engolir em seco, dar voltas ao problema, tangenciar a questão e mostrar a seu cliente que é impossível saber quanto receberá a título de indenização”.

3.6.2 Prudente Arbítrio do Julgador

À míngua de critério, busca-se confiar, exclusivamente, no prudente arbítrio do julgador. Entretanto, a principal crítica a tal meio, são as dubiedades e incertezas. Logo vem alguém a dizer aquele juiz fixa indenizações em quantias maiores, já aquele outro em quantias menores. Bem assim, em relação aos Tribunais.

Afinal, como querer que um juiz ou Tribunal do Norte e Nordeste tenha a mesma visão sobre a indenização do dano moral que os seus colegas do Sudeste, Sul ou Centre-Oeste? Ora, cada local, com suas peculiaridades, vai ensejar diferenciações. É normal que aconteça sérias disparidades, concernentes ao valor indenizável. De antemão, é válida a proposição de Luís Ricardo Fernandes de Carvalho:

O trabalho do juiz é árduo e exige mais do que conhecimento tecnocrático, devendo serem sempre considerados aspectos sociológicos, políticos e culturais, a fim de se chegar a um julgamento o mais próximo possível do desejável em uma sociedade fraterna, justa e igualitária.⁸⁸

Portanto, além, do prudente arbítrio do julgador, há real necessidade de se lançar mão de outros fatores que venham a ajudar tão árdua missão.

3.6.3 As Várias Formas de Reparação do Dano

A reparação consiste em restabelecer a vítima colocando-a no seu estado anterior ao dano. E como fazê-lo? Em certas ocasiões o ofendido além de obter a retificação da notícia pelo órgão de comunicação, ainda, deve pleitear a indenização

⁸⁸ CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes de. Indenização por danos morais – *quantum*. **Prática Jurídica**, São Paulo, n. 22, p. 23, jan. 2004.

pelo dano moral sofrido, como, por exemplo, ampara a Constituição da República, em seu art. 5º, inc. V.

A mais comum, das maneiras de se indenizar, é com a entrega de quantia em dinheiro para restauração da coisa prejudicada. Procura colocar o patrimônio da vítima em situação aproximada do que representava antes do fato danoso. Em casos de danos patrimoniais, isto é fácil, mas, em casos de dano moral, a situação fica complexa. A mãe que perdeu o filho em acidente, por certo que dinheiro algum, tem o condão de restabelecer a situação anterior. Da mesma forma que a vítima que tivera uma das pernas amputadas, prótese e dinheiro, são insuficientes ao restabelecimento do estado de antes.

Daí, os juristas de tempos remotos esbarravam em conflito intransponível, para sua época. Diziam que não se paga dor e sofrimento com moeda. Assim, não reconheciam a indenização por dano moral. Hoje em dia é impossível continuar pensando assim. Todo ataque à pessoa, sobretudo, aos seus direitos da personalidade, desafia contraprestação.

3.6.4 Indenização: Ressarcimento ou Punição?

Continua em aberto a discussão sobre a natureza jurídica da indenização por dano moral.

O caráter sancionatório, punitivo da indenização é rechaçado por inúmeros doutrinadores, porque dizem que fere o princípio da legalidade. De fato, inexistente lei regulando o assunto.

Também, seria equívoco, considerar a indenização como pena civil. Muitos julgados, aqui no Brasil, têm considerado que a indenização contém parte compensatória e uma parte pedagógica, como a desestimular o agente a continuar ferindo a moral das pessoas.

Tal sistema, onde compensação e punição se misturam, leva a uma outra questão. Essa parte a mais paga pelo ofensor a quem deve ser restituída? A vítima? (Nesse caso, não haveria enriquecimento ilícito?) Ao Estado? A alguma ONG filantrópica ou beneficente?

Acredita-se que, na prática, adotando-se esse sistema, a quantia arrecadada, a título de reprimenda, deva ser creditada a vítima, afinal esta é que veio ao Estado-Juiz, buscar fazer valer seus direitos. Ainda, sobre o assunto, diz Antônio Jeová da Silva Santos que a indenização tem caráter exemplar e sancionador, devendo-se levar em consideração, dentre outros, a gravidade da falta, a situação econômica do ofensor, e os sentimentos feridos da vítima.⁸⁹

Daí o caráter dúplice que deve revestir a reparação do dano moral. Além do caráter ressarcitório, deve servir como sanção exemplar. Aliás, essa é a simbiose feita por Carlos Alberto Bittar, em sua obra *Reparação Civil por Danos Morais*, p. 220-2.

⁸⁹ SANTOS, op. cit., p. 178-9. Nesse sentido: “A indenização com caráter exemplar e sancionador observa sobretudo, o seguinte: a) A gravidade da falta; b) A situação econômica do ofensor, especialmente no atinente à sua fortuna pessoal; c) Os benefícios obtidos ou almejado com o ilícito; d) A posição de mercado ou de maior poder do ofensor; e) O caráter anti-social da conduta; f) A finalidade dissuasiva futura perseguida; g) A atitude ulterior do ofensor, uma vez que a sua falta foi posta a descoberta; h) O número e nível de empregados comprometidos na grave conduta reprovável; i) Os sentimentos feridos da vítima”.

O direito brasileiro, mormente, por seus Tribunais acolhe a possibilidade de a indenização possuir caráter híbrido: é ressarcimento para a vítima e pena para o ofensor.

Sebastião Oscar Feltrin, juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo espousa entendimento de que a indenização por danos morais tem caráter dúplice, qual seja, visa a punição do agente e reparação pecuniária em favor da vítima.⁹⁰

Assim, não resta dúvidas que com a indenização não há só de querer recompensar a vítima, mas também, punir o ofensor.

3.6.5 Tarifar a Indenização?

Frente à tão díspares julgados que fixam importâncias tão diferentes em casos semelhantes, dando origem a uma jurisprudência anárquica, fez com que alguns propusessem o tarifamento.

A inconveniência de tarifar o valor indenizável pelo dano moral, ressaí da ausência de Justiça e eqüitividade porque em situações dessemelhantes, a solução será idêntica. Como ensina Antônio Jeová da Silva Santos:

⁹⁰ FELTRIN, Sebastião Oscar. Apud: SANTOS, op. cit., p. 183-4. Dispôs: “[...] a indenização por *dano moral* tem caráter dúplice, pois tanto visa a punição do agente quanto a compensação pela dor sofrida, porém, a reparação pecuniária de guardar relação com o que a vítima poderia proporcionar em vida, ou seja, não pode ser fonte de enriquecimento ou tampouco inexpressiva. (RT 742/320)”.

Tarifar vem a ser exatamente a fixação rígida, em lei, de um piso mínimo e de um teto máximo para pagamento de determinadas infrações, de sorte que o juiz ficaria adstrito àqueles valores, sempre que tivesse que fixar o montante do ressarcimento.⁹¹

Enfatiza-se que por muito tempo os Tribunais brasileiros, para avaliar o dano moral, utilizaram-se de Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) e do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62). Chegou-se ao disparate de aplicar tais diplomas legais até em casos estranhos a Imprensa e Telecomunicações. Não demorou e, os pretórios, pouco a pouco, abandonaram tais leis, já não elegendo a tarifa vista nelas para encontrar a indenização por dano moral.

Interessante anotar que grandes empresas de comunicação, advogam a possibilidade de pagar menos, em caso de indenização, assim, postulam uma tarifação do dano moral. Na verdade, arrogam a pretensão de continuarem a extirpar do ser humano o que existe de mais nobre, que é a sua dignidade e o seu patrimônio moral. O que leva Antônio Jeová da Silva Santos a criticar a atuação do Congresso Nacional, o qual só vislumbra a quantia da indenização em seus projetos de lei.⁹²

⁹¹ SANTOS, op. cit., p. 185.

⁹² SANTOS, op. cit., p. 188. Nesse sentido: "Quando o Congresso Nacional resolve discutir projetos que versam sobre a Lei de Imprensa, ninguém discute sobre a operatividade dos projetos. Até que ponto o ordenamento jurídico pátrio pode excepcionar uma lei que garanta efetiva proteção a interesses jurídicos lesionados. O ponto de discussão vem a ser exatamente o que toca no montante da indenização. Nada mais parece ser importante em leis desse jaez a não ser a luta denodada para não deixar ao puro critério do Poder Judiciário a quantia indenizatória. Os órgãos de comunicação se aferram em poucos casos denotadores de excessiva indenização para justificar o repúdio ao livre pensar do juiz. Há um paradoxo. Quer que a sociedade confie em sua plena liberdade de informação, sem nada que a restrinja, mas pretendem cercear a atividade jurisdicional de bem apreciar danos morais, pretendendo algemar o juiz a índices e tarifas previamente determinadas na lei. Aludem sempre ao critério econômico e que uma decisão judicial poderá fechar o órgão de comunicação. Esquecem-se de que, em estado de direito, o pleno respeito às liberdades individuais e o não querer vulnerar direitos fundamentais são pilares centrais da Democracia e da República".

Verifica-se, de antemão, que tarifar é, no mínimo, dificultar que a justiça seja feita ante ao caso concreto. Importante, nesse particular, Antônio Jeová da Silva Santos, diz:

Qualquer tentativa em tarifar a indenização do **dano moral** pode redundar em rotunda inconstitucionalidade. O princípio geral de não causar dano a outrem, o ***neminem laedere***, tem hierarquia constitucional. Em consequência, não existe possibilidade de pôr limitação à indenização do **dano moral**.⁹³

Não houve recepção, portanto, da norma contida no art. 52 da Lei n. 5.250/67, pela Constituição da República, art. 5º, incs. V e X, pois estes não suportam aquela limitação.

De ser lembrado que toda e qualquer atividade realizada por conta da liberdade de expressão, mas com ofensa à honra e a reputação alheia, não é arrimada pela Constituição da República. Trata-se de comportamento ilícito, e não de exercício de um direito.

Também, as limitações prévias, desqualificam a importância estimativa da natureza, da gravidade e da repercussão e da ofensa, o que redundaria em considerar que afronta o princípio da proporcionalidade.

Segundo Cláudio Antônio Soares Levada o que deve ocorrer é a normatização para se quantificar o dano moral puro, estabelecendo limites à ação do juiz.⁹⁴ No que não deixa de ter certa razão.

⁹³ SANTOS, op. cit., p.189.

⁹⁴ LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **Liquidação de danos morais**. Campinas: Copola Livros, 1995. p. 82-83.

3.6.6 Teoria da Regulação

Consiste no esforço de alguns em apontar que a regulação do *quantum* indenizatório se impõe, inclusive para facilitar a vida dos juízes, que passariam a dispor de um parâmetro objetivo na árdua tarefa de fixar o valor do dano moral.

Regular convém dizer, distancia-se de tarifar. Assim regular não é estabelecer quantias máximas e mínimas, porém, deixar uma margem à valorização judicial. Não seria estabelecer indenização mínima, nem criar obstáculos para redução de certos montantes, contudo, tão somente, oferecer alguns critérios básicos e elementares.

3.6.7 Jurisprudência Pátria

Os critérios constantes do Código Brasileiro de Telecomunicações (parcialmente revogado) e da Lei de Imprensa, continuam a nortear decisões pelo Brasil afora. Óbvio, grosso modo, tais leis foram abandonadas, mas, ainda há forte tendência, a serem aplicadas por analogia, pois tarifam a indenização via salários mínimos.

Pondera Antônio Jeová da Silva Santos, a dizer que os Tribunais brasileiros têm se embasado no valor do título de crédito, quando com supedâneo neste o nome do lesado é definido como mau pagador; também, falam sempre no prudente arbítrio do juiz; e, com a revogação parcial do Código Brasileiro de Telecomunicações, estão por abandonar a imposição tarifada.⁹⁵

Cabe assinalar palavras de Mirna Cianci ao estudar o assunto: “Ao examinar a jurisprudência, verificando-se valores absolutamente díspares para casos idênticos, revelando-se verdadeiramente necessária a urgente regulamentação, capaz de conferir indispensável segurança às relações jurídicas”.⁹⁶

Cumpra-se realçar que a pretensão consistente em dissuadir o ofensor de continuar em sua malsinada prática de infrações causadoras de dano moral, não tem sido alcançada pelos julgadores brasileiros, mesmo porque, quando a indenização é contra grandes conglomerados financeiros, o valor do ressarcimento, revela-se baixo, não inibindo a atuação reprovável. Por outro lado, há os ofensores os quais dizem nada terem a perder, quando condenados, são insolventes. Não se acredita que disposição de lei sobre o dano moral resolverá o problema. Este se crê continuará a ser tormento a ser enfrentado no cotidiano das lições jurídicas e, aí, com sensatez, deverão ser solucionadas.

⁹⁵ SANTOS, op. cit., p. 198-9. Nesse sentido: “a) Em regra, adotam o Código Brasileiro de Telecomunicações para encontrar o valor da indenização. Com a revogação parcial dessa Lei, avulta a dificuldade para continuar-se aferrado ao dogma da indenização tarifada. b) Adotam, em casos que envolvem título de crédito e nome lançado em cadastros que definem maus pagadores, certo número de vezes o valor da cédula ou do débito. c) Sempre fazem alusão ao prudente arbítrio do juiz no momento da estimação do valor indenizatório”.

⁹⁶ CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo: Saraiva, 2003. (Orelha da capa).

3.6.8 O Dano Moral em Medidas

Com certeza, o ideal é que o dano moral não tivesse ocorrido. Agora, por maior que seja a quantia em dinheiro recebida pela vítima ou pelo beneficiário indireto, entretanto, não se presta para apagar, nem borrar o dano causado. O mal permanece, por suas facetas, mesmo que o dinheiro recebido seja suficiente para a compra de bens materiais capazes de trazer algum conforto.

O dinheiro, o vil metal, se propõe a exercer três funções. Quando o bem lesionado pode ser aferido, o dinheiro surge como instrumento de medição, de comparação, servindo para permuta, para troca. O pagamento em dinheiro substitui o bem deteriorado, é a indenização. A vítima é compensada ante a pronta reparação. O prejuízo desaparece.

Quando o bem afetado é insubstituível ou imensurável, a soma em dinheiro dada como caráter de indenização não encontra equivalente. Por mais que se pague o prejuízo persiste.

Então, surge a terceira função emprestada ao dinheiro: a satisfatória. Assim, o montante que serve ao ressarcimento do dano moral situa-se no plano satisfativo.

A reparação, neste caso, deverá compreender todas as conseqüências dolorosas imediatas e mediatas do ato que as causou.

3.6.8.1 Critérios Gerais

Com vistas ao sistema brasileiro, eis abaixo o decálogo que pode orientar o advogado e o juiz quando busca encontrar o valor do martírio experimentado por alguém.

I – O dano moral é incomensurável

Como fixar, em dinheiro, o que não tem tradução pecuniária? Quanto vale a dor, o sofrimento, a angústia? A violação pode ter recaído sobre a honra, a imagem, a vida privada, a intimidade, de forma particular ou simultânea. Também o dano pode ter alcançado partes do corpo ou a própria vida. Como mensurar o incomensurável?

A indenização é meramente convencional, devida a qualidade de incomensurável do bem danificado. Não segue critérios matemáticos.

O Desembargador Arivaldo da Silva Chaves sufraga posição de que o valor do dano moral fica sob o critério do prudente arbítrio do juiz.⁹⁷

II – Um piso flexível

Há falta de homogeneidade entre o valor que se pretende reparar e o valor dinheiro. Qual princípio a ser acolhido? Nesse aspecto resulta tudo tão arbitrário.

⁹⁷ CHAVES, Arivaldo da Silva. Apud: SANTOS, op. cit., p. 202. Dispôs: “[...] no **dano moral**, o **pretium doloris**, por sua própria incomensurabilidade, fica a critério do juiz, que fixa o respectivo valor, de acordo com seu prudente arbítrio. Grande, portanto, é o papel do magistrado na reparação do **dano moral**, competindo-lhe examinar cada caso, ponderando os elementos probatórios e medindo as circunstâncias. (RT 730/307, Rel. Des. Arivaldo da Silva Chaves)”.

A prudência judicial há de ser amparada em princípios que melhor ajustem a conduta do Juiz, resultando em pautas que gerem convicção.

De um lado a indenização não pode ser tão baixa, a ponto de se manifestar simbólica, senão ridícula. A quantia deve se aproximar do sentido repressivo. Importa, contudo, a reparação compensadora, a qual propicie, através de uma quantia em dinheiro, amenizar, por qualquer forma o sofrimento, a dor, a angústia, o desespero. O cidadão comum espera que o agressor sofra um golpe, exatamente, na dita parte mais sensível do corpo humano: o bolso.

III – Um teto prudente

A prudência e a sensatez, frente ao caso concreto, há de conduzir a uma indenização equilibrada, ou seja, nem tão baixa e nem tão alta.

O princípio da razoabilidade, sendo lembrado e aplicado. Que não se faça enriquecimento injusto. É o cálculo aproximado, cuja idéia se aproxima do critério da flexibilidade.

IV – Dentro do contexto econômico do País

O direito não tem que se quedar frente a uma interpretação econômica, entretanto, ao julgador cabe manter sintonia com o contexto econômico do seu País.

Também, não se há de afirmar que a reparação não possa levar a falência da empresa, haja vista, que se está em ação a favor da pessoa humana, a qual é o centro e a razão do direito. Mas, em países como o Brasil, que trava enorme luta para progredir economicamente, ainda, obviamente, não cabe valores indenizatórios como acontece nos EUA, cuja economia é consolidada e próspera.

V – Uma prova convincente, firme e clara

A indenização do dano moral para que seja concedida se faz necessário que haja prova clara, firme e consciente.

Nunca é demais repetir que cada caso é cada caso, único em si, muito embora se trata de hipótese que encontre um grande número de situações semelhantes. Por exemplo, a perda do pé direito num acidente, não é igual para todos. E se a vítima for atleta profissional? Também, quando se perde a mão esquerda, tal lesão não é igual para todas as pessoas. Imagine só a diferença para o canhoto e o destro e se tal pessoa for músico, quem sabe, pianista?

Observe, então, que a petição inicial deve requerer certa quantia pretendida por indenização e, também, deixar bem claro qual é o dano moral, produzir seus contornos, estabelecer suas circunstâncias fáticas. Cabendo ao advogado levar a juízo testemunhas, enfim, estabelecendo todas as peculiaridades e fundamentação do pedido e, assim, os juízes terão como declarar o direito.

VI – Capacidade moderadora do Juiz

O Juiz, conforme as circunstâncias de cada caso, deve fixar o valor da indenização mais alto ou mais baixo.

A indenização deve ser razoável. Deve levar em conta a solvência do requerido e, não deve ser insensível à falência de empresas.

Também, ao Juiz cabe analisar se o demandado agira com culpa ou com dolo.

Caso existir seguro, de repente o juiz poderá ser um pouco mais generoso quanto ao valor estipulado na indenização.

VII – Critério de equidade e das circunstâncias particulares

Quais são as necessidades que devem ser satisfeitas? Tal dinheiro ou pensão poderá ser útil à vítima ou à sua família até que ponto? O que se poderá adquirir?

Bem o vimos que o dinheiro muitas vezes fica longe de solucionar a questão, porém, ajuda em muitas situações. Uma indenização pode trazer satisfações morais, intelectuais, espirituais ou materiais tão somente.

Resta dizer que é preciso se ter base na equidade e, buscar a justiça, se atendo as circunstâncias do caso.

VIII – Necessidade de consenso

A uniformidade esbarra no princípio da independência do juiz, daí, não pode ser perseguida, porém, objetiva-se critério mais palpável que extinga a possibilidade de indenizações tão diferenciadas, enquanto os casos são semelhantes.

O escândalo e o descrédito sobrevêm dessas disparidades. Por isso, há imperiosa necessidade de que os julgadores elejam ponto comum pertinente à quantia na indenização dos danos morais.

No momento persiste a incerteza e a dúvida, pois, os advogados, indagados por clientes sobre o quanto receberão pelo dano moral sofrido, não terão como responder com certa precisão.

IX – Segurança jurídica

A segurança jurídica há de ser perseguida sem parcimônia. A segurança, com justiça, concerne na possibilidade de antemão se saber qual a real chance de vitória e, um valor aproximado confiável, que o juiz possa estabelecer a favor da vítima.

X – Coerência das decisões

É a busca pelo evitar conduzir-se por inspirações pessoais. O juiz procurando não contradizer a si e a seus colegas sobre a fixação do dano moral deve procurar harmonia, unificando critérios e, tal orientação, muitas vezes, pode advir da jurisprudência.

3.6.9 Critérios Particulares

Os juízes brasileiros têm aceitado como base de cálculo o salário mínimo, entretanto, quando a gênese do dano não é moral e sim patrimonial como, por exemplo, o passageiro que deixou de viajar por culpa da agência de viagem, leva-se em conta o valor da passagem. Bem assim, quando o pedido se fundar sobre acusação de furto de alguma coisa.

Tendo-se estabelecido a base de cálculo adotada, em seguida, passar-se-á ao seguinte: a) grau de reprovabilidade da conduta ilícita; b) intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima; c) capacidade econômica do causador do dano; d) condições pessoais do ofendido.

3.6.10 Conduta Reprovável

Há, por certo, real interesse em valorar o grau da falta praticada pelo agressor. Mesmo porque a indenização não deixa de possuir parcela de sanção exemplar. O ressarcimento evidencia dupla-face – punitiva e satisfatória – assim, comportamento culposo ou doloso devem ser distinguidos quando da fixação do valor da indenização.

Caso o protagonista do dano moral seja servidor público, é de se aquilatar se agira com dolo ou culpa, caso contrário, ficará ileso. Cabendo apenas a administração pública arcar com as conseqüências, sem direito de regresso contra o mesmo.

3.6.11 Intensidade e Duração do Sofrimento

A lesão causada há de ser evidenciada e verificada em toda a sua extensão.

Os sofrimentos físicos, psíquicos e afetivos causados na vítima, hão de ser levados em conta, caso a caso.

A lesão moral faz ressaltar nuances específicas frente ao caso concreto. Por exemplo, um pedreiro, sendo acusado indevidamente de estar envolvido com tráfico de drogas é levado a situação humilhante e vexaminosa, de depor numa CPI do narcotráfico. Lógico que o malefício causado a este pedreiro é monstruoso. E o que dizer, se ao invés de pedreiro, estiver na mesma situação de injustiça um Juiz de Direito? Com certeza o mal é multiplicado por inúmeras vezes, afinal, além de ser o Juiz um membro do Poder Judiciário, o qual, também, sofrerá queda na sua credibilidade e, fica patenteado atentado ao Estado Democrático de Direito, sem contar o prejuízo que toda a população sofrerá a partir dessa desinformação. É a perda de referências e da auto-estima. E, por último, ao Juiz é de sua profissão, a inata condição de honesto, agora, numa situação dessa como fica?

Pode-se concluir que o mal causado ao pedreiro, na hipótese acima, é menos pior do que em relação ao Juiz de Direito.

3.6.11.1 Capacidade Econômica dos Protagonistas do Dano

A situação econômica do causador do dano moral há de ser apreciada no contexto, pois, é importante.

De um lado o agressor há de ser analisado economicamente, também, a situação econômica da vítima há de ser apreciada.

Lógico, não é a insolvência de uma parte e a abastança da outra que, por si, pode definir o resultado de um processo visando à indenização pelo dano moral. Trata-se de fatores importantes na apreciação geral, no todo, mas, não é determinante.

Com certeza, mesmo se estando a frente de uma pessoa não possuidora de qualquer patrimônio, portanto, insolvente, ainda assim, a condenação importa, além de ofertar satisfação à vítima, proporciona um papel pedagógico tanto ao ofensor como, a título de prevenção geral, a toda a sociedade.

Uma condenação imposta e que não será satisfeita devido à insolvência do agressor, tem-se que não acarreta descrédito ao Poder Judiciário, tal desvalorização ocorrerá sim, ante a ausência da condenação, qual seja, pelo não funcionamento.

Também, se de um lado não se pode no Brasil e, nos demais países de terceiro mundo, querer buscar como parâmetro direto, as cifras resultantes de pautas de avaliação dos Estados Unidos ou da Europa, por outro lado, não se trata de inspiração que se deve acomodar a nossa situação econômica? Acredita-se que

sim. O que não pode existir é indenização com valor ínfimo, apenas ilustrativo ou simbólico.

3.6.11.2 Condições Pessoais do Ofendido

O caso concreto, com suas circunstâncias, em conjunto com outros fatores, poderão definir a forma como se achará o total da indenização. Como ensina Antônio Jeová da Silva Santos:

Ainda a respeito da situação da vítima, o seu geral standard de vida há de ser observado, como a idade, estado civil, sexo, a atividade social, o local em que vive, os vínculos familiares e outras circunstâncias tanto de natureza objetiva, como subjetiva que o caso ofereça.⁹⁸

Por isso, é que se volta a imaginar a situação de membro do Poder Judiciário (Juiz, Desembargador ou Ministro), exposto a toda mídia, através de uma CPI do narcotráfico, em âmbito estadual ou nacional. O motivo é a vil maledicência, unida ao ímpeto pueril e covarde de alguns membros do Legislativo, muitas vezes, escudados nos incentivos egoístas ou vingativos de meia dúzia de componentes do Ministério Público. Mas como aquilatar a exata dimensão do dano moral? Atinge-se a honra, a imagem, a vida privada etc, da vítima, de seus parentes, do Poder Judiciário e, de toda a sociedade estadual ou nacional.

Tais conseqüências são drásticas e qual reparação seria capaz de trazer de volta a vítima ao estado anterior aos fatos? Qual o valor da indenização em casos deste jaez? Qual o valor da punição aos malfeitores? Isso é muito pior do que a perda de um membro e, por certo, até do que a própria vida. É verdade, para um membro do Judiciário, a sua ferramenta de credibilidade diuturna a qual não pode

⁹⁸ SANTOS, op. cit., p. 212.

lhe ser tirada é a honestidade. Este bem supremo, inerente a sua personalidade, lhe é, missionariamente (ou profissionalmente), tão relevante quanto a própria vida.

O Juiz de Direito não pode judicar sob suspeita. Sua honra, sua imagem, deve transparecer honestidade e, em seus atos e comportamentos, não de confirmá-la. Qualquer um que cometa um atentado a tais direitos da personalidade do Juiz, está cometendo uma infâmia para a qual não há reparação que chegue.

Disso se evidencia, o que se pretende dizer com as circunstâncias envolvendo a pessoa do ofendido, que podem ter valoração e condições muito peculiares, a cada caso.

3.6.12 Precedentes Judiciais Consolidados

A síntese deste tópico está em dizer-se que nem o juiz, nem o advogado pode abrir mão da saneadora atividade jurisprudencial.

Uma vez que a indenização tarifada foi expungida, o Poder Judiciário poderá lançar mão da tecnologia atual, estabelecendo banco de dados contendo o valor da indenização por dano moral.

Não há de se permitir “loteria jurídica”, assim, buscar-se-á a harmonização de quantias em casos semelhantes, frente ao que o Tribunal já consolidou.

3.6.13 O Sistema de Dias-Multas do Código Penal pode ser Aproveitado na Indenização do Dano Moral

O próprio Código Civil, em inúmeras oportunidades refere-se ao critério da multa penal, como a dispor sobre a fixação de indenização (CC, arts. 937, 953, *caput*, e 954, *caput*).

Como tem obtemperado, boa parcela de doutrinadores, como João Casillo, que a multa penal não é estranha às questões referentes às indenizações na esfera civil, que pode servir de elemento balizador para o juiz.

3.6.14 Resumo

As pautas antes ressaltadas, objetivando espancar ao mais que puder a estimativa arbitrária do valor da indenização pelo dano moral, ficam assim relacionadas: a) não aceitar a indenização simbólica; b) evitar o enriquecimento injusto; c) ausência de tarifação; d) evitar a porcentagem do dano patrimonial; e) não atender ao mero “prudente arbítrio”; f) observar a gravidade do caso; g) verificação das peculiaridades do caso, visando tanto a vítima como seu ofensor; h) harmonização da indenização em casos semelhantes; i) atender aos prazeres compensatórios; j) contexto econômico do país.

Tais critérios, com certeza, prestar-se-ão para guiar o árduo trabalho do magistrado rumo a encontrar o valor mais ajustado da indenização por dano moral, em cada caso. Facilitando a fim de que o juiz não atue nem como mesquinho, nem como generoso, no instante de tal arbitramento.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

4.1 RESPONSABILIDADE DO ESTADO E NÃO RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor, no seu art. 37, § 6º, dispõe que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado portadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa”.

De forma que tal responsabilidade baseia-se no risco administrativo, portanto, objetiva. E exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Na prática do direito têm-se deparado constantemente com violações perpetradas pelo Estado, inclusive com afrontas aos direitos da personalidade. Por exemplo: prisão indevida, inquérito policial instaurado indevidamente, morte de detento, morte por bala perdida, homicídio culposo causado por viatura do Estado etc.

Quanto a denominação, em que pese estar consagrada a expressão “Responsabilidade civil do Estado”, no entanto, há de se preferir, simplesmente, “Responsabilidade do Estado”. Isto porque o adjetivo “civil”, apenas quer exprimir que se trata de responsabilidade patrimonial, ou seja, espancando outras conotações como responsabilidade penal, disciplinar, contábil.

É nesse sentido o magistério de José Cretella Jr.:

A rigor, a denominação 'Responsabilidade civil do Estado' é criticável, sendo mais preciso o nome 'Responsabilidade do Estado', porque a Administração jamais pode ser objeto de outro tipo de responsabilidade jurídica.⁹⁹

Juary C. Silva é adepto da expressão "Responsabilidade do Estado", e finaliza seu ponto de vista com as seguintes palavras:

De onde se conclui ser preferível continuar empregando a expressão responsabilidade do Estado. Nessa, o único defeito que notamos é certa ambigüidade entre o conceito genérico de Estado, supradefinido, e o específico, respeitante aos entes que integram a Federação brasileira: desse ângulo restrito, tal locução seria imprópria, por não abranger a União, o Distrito Federal e os Municípios. Dogmaticamente, porém, a confutação não procede. Não há ciência senão do geral, e por conseguinte inexistente razão para modificar essa expressão, que resulta de longa tradição histórica, apenas porque o legislador brasileiro, na esteira dos constituintes norte-americanos, designou com o nome de Estados as antigas Províncias do Império.¹⁰⁰

De ser consignado que Juary aponta como eqüipolentes, portanto sinônimas, as expressões "responsabilidade estatal" e "responsabilidade do Estado".

Junte-se o argumento de que a "Responsabilidade do Estado" condiz com a reparação de dano por parte do poder público via prestação patrimonial. Não há como arredar o caráter administrativo da responsabilidade do Estado. O âmbito privado, qual seja, "civil", comparece em plano secundário, por isso, dessa forma deve permanecer em termos de denominação.

⁹⁹ CRETELLA Jr., José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 53.

¹⁰⁰ SILVA, Juary, C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos**: teoria da responsabilidade unitária do poder público. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 74-75.

Lembra Elcio Trujillo que a partir do art. 225, parágrafo 3º, da atual CR, há possibilidade de outras sanções recaírem por sobre a administração pública, o que poderia influir na denominação “Responsabilidade do Estado”. Porém, qualquer novo posicionamento, por ora, é mera expectativa doutrinária, assim Trujillo conclui:

Em razão disso que será mantido no desenvolvimento do trabalho o uso da expressão “responsabilidade do Estado” sem qualquer outro qualificativo, como uma responsabilidade pública, com seu significado restrito à reparação de danos pelo Poder Público através de uma prestação de cunho patrimonial.¹⁰¹

Em obra pertinente ao tema Marcia Andrea Bühring, aduz que o Estado de direito vem a significar responsabilidade do Estado/Administração, o que implica em responsabilidade constitucional.

No Brasil, a responsabilidade do Estado/Administração – pessoa jurídica -, com personalidade jurídica, titular de direitos e obrigações, respondendo sempre que seus agentes, em razão da atividade administrativa, causarem, danos a terceiros, pois possui a Fazenda Pública esse dever.¹⁰²

Ora, sendo a responsabilidade do Estado, de índole constitucional, assim mesmo àquela decorrente de relações de terceiros, com incidência do direito privado, ou seja, direito civil, entretanto, o dever de indenizar está intimamente ligado ao ato de administrar, e a obrigação a ser cumprida será decorrente do mandamento constitucional (CR, art. 37, § 6º), ou mesmo, decorrente de falha quanto a Administração.

¹⁰¹ TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Editora de Direito, 1996. p. 39.

¹⁰² BÜHRING, Marcia Andrea. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado**. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 86.

Portanto, há de se concluir que a denominação “Responsabilidade do Estado” está mais próxima de traduzir o real significado da obrigação do Estado/Administração, para com seus administrados num Estado de direito.

4.2 TEORIAS APLICADAS À RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A evolução da responsabilidade do Estado foi lenta, pois acompanhou o regime dominante do próprio Estado através dos tempos. Daí, como é sabido, no Estado absoluto, permaneceu na fase da irresponsabilidade; no Estado individualista, a fase civilística; e no Estado social, a fase do Direito Público.

Como lembra Marcia Andrea Bühring: “Inúmeras são as teorias que têm sido estudadas no que se refere à responsabilidade do Estado, inexistindo unanimidade entre os doutrinadores a respeito da elaboração, terminologia e classificação das mesmas”.¹⁰³

Discorrer-se-á, a seguir, sobre a teoria da irresponsabilidade do Estado, as teorias da responsabilidade pela culpa e, por último, as teorias da responsabilidade pelo risco.

4.2.1 Teoria da Irresponsabilidade

Houve uma época em que o Estado era tido por infalível, não cometia erros. Eram os tempos dos Estados Absolutos, erigidos no poder absoluto dos Reis, tidos como representantes de Deus na terra, em nome deste agiam. Estavam acima das leis. Nada deviam reparar aos súditos. José Cretella Jr., observa:

¹⁰³ BÜHRING, op. cit., p. 87.

A teoria da irresponsabilidade estatal, também conhecida pelos nomes de “feudal”, “regalista” ou “regaliana” (de *regalis*, e. adj. de *res*, *regis*, rei) prevaleceu na época dos Estados despóticos ou absolutos em que vigorava o princípio incontestável: o rei não erra (*the can do no wrong*), o que agradou ao príncipe tem força de lei (*quod principi placuit habet vigorem*), o Estado sou eu (*l’État c’est moi*).¹⁰⁴

No Brasil a teoria da irresponsabilidade absoluta do Estado só teve vez nas Ordenações Filipinas, impostas pelo Reino Português, tendo vigência até a Constituição do Império de 1824. Tratou-se de consequência necessária e direta do regime lusitano despótico, posteriormente, em momento algum da história, o Brasil voltou a adotar essa teoria.

Na Idade Média a teoria da irresponsabilidade absoluta do Estado já era criticada e contestada. Atualmente, é rejeitada na sua totalidade. Foi abandonada.

4.2.2 Teorias da Responsabilidade pela Culpa

No final do século XVIII muitos civilistas defendiam a responsabilidade do Estado. No início do século XIX percebeu-se que a teoria da irresponsabilidade absoluta do Estado estava com seus dias contados. Com certeza, as regras gerais de Direito Civil começaram a ser invocadas para responsabilizar atos de agente público. Também, muito contribuiu nesse aspecto a evolução do princípio da legalidade.

4.2.2.1 Teoria dos Atos de Império e de Gestão

Notável foi o progresso alcançado, logo após a Revolução Francesa, fins do século XVIII, com a aplicação da teoria dos atos de império e de gestão. Dessa

¹⁰⁴ CRETELLA Jr., op. cit., p. 58.

forma, com nítida influência civilista, buscou-se a responsabilização do Estado pelos atos de gestão. Os atos estatais foram divididos em duas modalidades jurídicas.

Leciona O. Serrano Júnior:

Os atos de Império seriam aqueles inerentes à ação soberana do Estado (*iure imperii*), pelos quais não poderia haver responsabilização por eventuais atos lesivos; e atos de Gestão seriam aqueles em que o Estado agia como pessoa privada, gerindo seu patrimônio como qualquer particular, e onde seria responsável por seus atos como qualquer pessoa comum, devendo reparar os prejuízos que causasse por dolo ou culpa. Essa separação excluía da pessoa do rei (soberano e não-passível de erro) aos atos de gerenciamento patrimonial praticados pelos demais agentes (prepostos) do Estado.¹⁰⁵

Portanto, com a divisão dos atos administrativos do Estado em atos de império e atos de gestão, convencionou-se que na primeira situação não cabia qualquer responsabilização, já na segunda hipótese poderia haver responsabilidade desde que ficasse demonstrada a culpa do funcionário.

A cisão restou imprecisa, cabendo enfrentar cada caso concreto para, enfim, descobrir se trata de ato de império ou de gestão. Ademais, por que ou como justificar que o Estado não seja responsável pelos atos classificados como de império? Também, como exigir e aquilatar a culpa do funcionário quando de sua ação? Foram indagações, às quais não obtendo respostas satisfatórias, levaram ao abandono de tal teoria.

¹⁰⁵ SERRANO, Júnior O. Responsabilidade extracontratual do Estado por atos judiciais. **Revista da Faculdade de Direito de Curitiba**, Curitiba, n. 9, p. 87-8, 1995.

Dispõe José Cretella Jr., sobre o assunto:

[...] por ser difícil precisar o conceito de ato de gestão, em primeiro lugar, depois, por ser injurídico exigir a presença do elemento culpa, na caracterização da responsabilidade civil do Estado, a teoria dos atos de império e de gestão foi gradativamente abandonada para dar lugar a outras teorias, todas elas, no entanto, de cunho civilístico.¹⁰⁶

Volta-se a dizer que enorme foi o progresso, pois o Estado abandonou a teoria da irresponsabilidade, em seu lugar passou ao ato de gestão para, em seguida, abandoná-la dada a sua insuficiência em acompanhar a evolução do Direito exigido num Estado rumo ao individual ou liberal.

4.2.2.2 Teoria da Culpa

Essa teoria, adotando princípios do Direito Civil, por isso também denominada de teoria da culpa civil ou civilística. Inspirou o art. 15 do Código Civil Brasileiro de 1916. Representou mais um significativo progresso na escalada evolutiva.

A teoria da responsabilidade do Estado com culpa firmou-se a partir da metade do século XIX. Com isso restou construído o alicerce, a base, ou seja, o fundamento para se prosseguir em direção a responsabilidade objetiva do Poder Público.

Para culminar na responsabilidade do Estado com culpa do agente ou civil ou subjetiva, caberia ao prejudicado provar o dano e, também, a culpa ou dolo do

¹⁰⁶ CRETELLA Jr., op. cit., p. 66.

agente. Faltando quaisquer desses elementos o Estado não era obrigado indenizar.

Nesse sentido é a lição de Diógenes Gasparini:

O fulcro, então da obrigação de indenizar era a culpa do agente. É a teoria da culpa civil. Essa culpa ou dolo do agente público era a condicionante da responsabilidade patrimonial do Estado. Sem ela incoorria a obrigação de indenizar. O Estado e o indivíduo eram, assim, tratados de forma igual. Ambos, em termos de responsabilidade, respondiam conforme o Direito Privado, isto é, se houvessem se comportado com culpa ou dolo. Caso contrário, não respondiam.¹⁰⁷

Como se verifica, a responsabilidade do Estado passa a ser solucionada em termos de direito civil, portanto, dando-se à culpa o sentido tradicional, proveniente do direito romano.

A doutrina da culpa é uma busca para se levar ao campo do direito público uma construção já realizada e aceita no âmbito do direito privado.

Em que pese o progresso alcançado, porém, a teoria da culpa civil não logrou satisfazer às exigências da justiça. Não resiste a exame mais aprofundado, por isso, logo depois de aceita é rejeitada pelos aplicadores do direito público.

4.2.2.3 Teoria do Acidente Administrativo

O que vem a ser acidente administrativo? É o comportamento que atinge o serviço público, alterando-lhe o funcionamento e trazendo, em muitas oportunidades, prejuízos aos administrados.

¹⁰⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 822-3.

A boa doutrina é solícita em ensinar que ocorre acidente administrativo, quando o serviço público: a) funciona mal; b) não funciona, devendo funcionar, como na hipótese de inexecução de trabalhos públicos, na de ausência de vigilância policial, quando havia motivos para que se exercesse; c) o serviço funciona, mas tardiamente, advindo dano; e d) a execução contraria preceito legal, regulamentar, ou mesmo de caráter técnico.

A teoria do acidente administrativo, também, é chamada de teoria da culpa do serviço público, teoria da culpa administrativa ou, ainda, teoria da culpa anônima.

A partir desta derradeira expressão, teoria da culpa anônima, desperta caloroso debate quanto a sua natureza, pois, enquanto uns a tem por subjetiva, outros a classifica como objetiva.

Celso Antônio Bandeira de Mello conclui ser essa teoria de natureza subjetiva devido estar baseada na culpa:

É mister acentuar que a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello [...] é muito provável que a causa do equívoco, isto é, da suposição de a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deva-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute*. Seu significado corrente em Francês é o de culpa. Todavia, no Brasil, como de resto em alguns países, foi inadequadamente traduzida como “falta” (ausência), o que traz ao espírito a idéia de algo objetivo.¹⁰⁸

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 886-7.

Em ângulo oposto, como assinalado acima, encontram-se alguns autores, dentre eles, por exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual inclui a teoria do acidente administrativo na teoria publicista-objetiva. Verifique:

A teoria da culpa do serviço, também chamada de culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, procura desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público.

Distinguia-se, de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro, a culpa anônima do serviço público; nesse caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal; incide, então, a responsabilidade do Estado.

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.¹⁰⁹

Tem-se estarem com a razão os que classificam a teoria do acidente administrativo como sendo de natureza subjetiva. E isto porque mesmo frente à presunção de culpa da Administração, permanece a possibilidade desta provar que se houve com diligência, perícia e prudência, portanto, sem culpa. Há algo mais subjetivo?

Também, dizer que a falta do serviço (*faute du service*) é um fato nitidamente objetivo, correspondendo a um comportamento objetivamente inferior aos padrões normais exigidos do serviço, não é suficiente para caracterizar tal responsabilidade como objetiva. Ora, é preciso diferenciar a objetividade de determinado comportamento, o qual reputado danoso, da objetividade da responsabilidade. Caso contrário, se chegaria a concluir que a responsabilidade por

¹⁰⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 551.

culpa é objetiva, pois basta que o comportamento do faltoso se enquadre em negligência, em imperícia e ou em imprudência.

A responsabilidade objetiva satisfaz-se com a prática do fato e seu nexo de causalidade quanto a Administração. Já a responsabilidade subjetiva vai exigir estudo de como se dera o acontecimento, disso resultando ou não em se responsabilizar o Estado.

4.2.3 Teorias do Risco

A partir da segunda metade do século XIX, restou consolidada a responsabilidade do Estado. Então, a teoria da culpa, com fundamento na conduta do agente público, evoluiu; e, num segundo momento, chegou à teoria do acidente administrativo, a qual sustenta-se no mau funcionamento do serviço público; e, num terceiro momento ou estágio, avançou mais em benefício do administrado, tomando por base o dano e o nexo causal mais do que as circunstâncias em que se dera o prejuízo.

Assim, ficou de lado a identificação do agente ou o funcionamento inadequado da máquina administrativa, e surgiu a teoria do risco com amparo na simples relação de causa e efeito.

4.2.3.1 Teoria do Risco Integral

Na conformidade com a teoria do risco integral o Estado tem a obrigação de indenizar sempre, bastando que esteja envolvido no evento que causou prejuízo.

Trata-se de modalidade extremada da doutrina do risco, na prática sendo abandonada, pois conduz ao anátema de obrigar o Estado a indenizar em situações em que a própria vítima foi quem dera causa ao evento. Nesse sentido pontua Hely Lopes Meirelles:

Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acimada de “brutal”, pelas graves conseqüências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza.¹¹⁰

O Estado seria elevado à condição de “segurador universal”, mas não o é, e nem teria cabimento em ser responsabilizado mesmo tendo a vítima sido co-responsável pelo evento danoso, ou unicamente responsável, ou, pior, sem considerar a situação dolosa na qual envolvera-se a vítima.

Assim, o nexu de causalidade entre a conduta do agente e o dano resultante não exclui a força maior, o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima, ou ofendido, englobando toda e qualquer situação, daí, ser denominada integral-total.

Por tudo isso, vale ressaltar que o sistema jurídico brasileiro jamais admitiu a teoria do risco integral.

Uma outra modalidade de teoria extremada da responsabilidade do Estado, a qual prefere-se incluí-la na teoria do risco integral, é a chamada teoria do risco social.

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 612.

Inclusive, doutrinadores como Saulo Bahia e Bandeira de Mello defendem que a teoria do risco social ou teoria da responsabilidade sem risco seria o caminho que o ordenamento jurídico brasileiro estaria propenso a seguir. Para esta teoria o Estado seria responsável mesmo quando não tivesse participado do dano.

Na verdade há situações isoladas, portanto, excepcionais, frente às quais, no caso concreto, cabe invocar a teoria do risco social para não agravar mais uma situação já consolidada. Sendo aplicado o princípio conhecido pelo nome de princípio dos ônus e encargos públicos.

Nesse sentido leciona José Cretella Jr., ao narrar “o caso Couitéas”, o qual, em síntese, trata-se este Senhor de rico proprietário de terras na Tunísia, onde obtivera ganho de causa, em ação de manutenção de posse de extensa gleba, ocupada por tribos de indígenas, em número de 8.000 aproximadamente, cuja expulsão causaria chacina e perturbação da ordem pública. Portanto, a recusa do Governo, em cumprir o mandado, fere os direitos individuais do Sr. Couitéas, mas fundamenta-se no interesse geral.

Finaliza José Cretella Jr.:

O presente caso ofereceu oportunidade ao juiz de aplicar a teoria do risco social para efeitos de indenização do administrado que, tendo visto reconhecido seu direito, não obtém a execução de sentença por motivos de ordem e segurança pública.¹¹¹

¹¹¹ CRETELLA Jr., op. cit., p. 90.

Portanto, a teoria do risco social ou teoria da responsabilidade sem risco, haverá de ser invocada em situações de exceção, como acima. Não se consubstanciando em meta a ser atingida pela escalada evolutiva, eis que se revela fora de um contexto real, social e efetivo.

Mas, resta enfrentar a indagação: “risco integral” e “risco administrativo” são expressões sinônimas? Para a maioria dos doutrinadores, sim. Entretanto, tem-se que está com a razão quem faz a diferenciação, como Marcia Andrea Bühring:

A distinção entre risco administrativo e risco integral é de fundamental importância, visto versar sobre contextos diferentes, embora a maioria dos doutrinadores não faça uma distinção entre a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo, sendo inclusive usadas por muitos como sinônimos.

Mesmo os autores que aludem à teoria do risco integral admitem, por vezes, as causas excludentes de responsabilidade.¹¹²

Tem-se que está correto Hely Lopes Meirelles, quando dizia que a teoria do risco compreende duas modalidades: a do risco administrativo e a do risco integral: a primeira admite, a segunda não admite, as causas excludentes da responsabilidade do Estado. E pontua:

Advirta-se, contudo, que a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.¹¹³

¹¹² BÜHRING, op. cit., p. 110.

¹¹³ MEIRELLES, op. cit., p. 612.

Como se vê, a distinção supra, não só facilita a compreensão das duas modalidades da teoria do risco (integral e administrativo), bem como, é fonte importante para não se laborar em manifestos equívocos frente a casos concretos.

4.2.3.2 Teoria do Risco Administrativo

A teoria do risco administrativo, também, chamada de teoria da responsabilidade patrimonial objetiva do Estado, ou, ainda, teoria da causalidade objetiva, pois, baseia-se no princípio da causalidade.

Ensina Hely Lopes Meirelles:

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. [...] Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público.¹¹⁴

Essa teoria tem fundamento no princípio da igualdade dos ônus e encargos e, também, no princípio de solidariedade humana. E isto porque o risco administrativo é oriundo de atividade pública praticada, em tese, em benefício de todos os administrados. Acaso alguém em particular seja lesionado no seu Direito, a todos caberá concorrer na reparação do dano representado pela Fazenda Pública.

É a teoria do risco administrativo adotada pelo legislador constitucional brasileiro desde 1946. Como informa Marcia Andrea Bühring:

¹¹⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 611.

[...] tem-se que a teoria do risco administrativo, também chamada de responsabilidade objetiva, é a teoria pela qual cabe ao Estado o encargo de reparar os danos que os seus agentes, atuando nessa qualidade, por ação ou omissão, vierem a causar a terceiros, independentemente de culpa ou dolo destes, basta a verificação do nexu causal (nem sempre fácil) entre a ação administrativa e o dano sofrido, afastando qualquer apreciação de elementos subjetivos, pois baseia-se na igualdade de repartir os ônus e encargos sociais.¹¹⁵

A teoria do risco administrativo além de consagrada doutrinariamente, também, tem sido sufragada nos julgamentos. Observe recente notícia: 11/10/2004 – 18:30 – STF mantém decisão que condena União a indenizar pais de vítima de erro médico. A síntese do julgado informa que a responsabilidade civil objetiva do poder público, a ensejar indenização com supedâneo no art. 37, § 6º, da CR, basta que o servidor público esteja no desempenho de sua função. E realça que o ressarcimento por dano moral tem caráter dúplice: reparação-sanção.¹¹⁶

Assim, eis que consagrada tanto na doutrina, bem como, na jurisprudência, a aplicação da teoria do risco administrativo.

4.3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NAS CONSTITUIÇÕES. FUNDAMENTOS DA AÇÃO INDENIZATÓRIA

A responsabilidade do Estado advém do regime político adotado e na conformidade desse é que evolui.

A tese da irresponsabilidade do Estado, exceto no Brasil Colônia, nunca teve amparo no direito brasileiro. Tanto a Constituição do Império (1824) e a Primeira Constituição Republicana (1891), embora citassem serem responsáveis

¹¹⁵ BÜHRING, op. cit., p. 120.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 455.846: Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, Brasília, DF, 11 de outubro de 2004. **STF**, Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas>> Acesso em: 1º nov. 2004.

pessoalmente, os funcionários públicos pelos danos que praticassem, entretanto, a doutrina sempre apregou que haveria a solidariedade do Estado. E diversas leis extravagantes do século XIX traziam dispositivos, tratando da responsabilidade civil do Estado.

O texto Constitucional do Império, dizia no art. 179, [...] “XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.”¹¹⁷

A Constituição de 1891, em seu art. 82 retratava o assunto da seguinte forma:

“Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”.¹¹⁸

Com a vinda do Código Civil de 1916, a responsabilidade do Estado, no âmbito do direito privado, no seu artigo 15, diz:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.¹¹⁹

¹¹⁷ BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (1824). Planalto, Brasília, DF, 2004.

Disponível em <https://www.presidencia.gov.br/>. Acesso em: 1º nov. 2004.

¹¹⁸ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1891). Ibidem

¹¹⁹ DINIZ, op. cit., p. 18.

O Código Civil Brasileiro de 2002 tem dispositivo semelhante, e diz no:

Art. 43. – As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvando direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.¹²⁰

A Constituição de 1934, expressamente estatuiu solidariedade entre o Estado e o funcionário público, quanto a reparação dos danos causados, dispondo ainda que, nas lides forenses haveria o litisconsórcio necessário entre os dois e o direito de regresso do Estado em face do causador do dano. Observe seu art. 171: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”.¹²¹

Tal dispositivo é repetido, na íntegra, na Constituição de 1937, apenas renumerado para o art. 158.

Em seguida, na década de 40, o Brasil já adentrava na fase mais avançada da responsabilidade extracontratual do Estado, afastando-se da teoria civilista. Estabeleceu a responsabilidade do Estado pelos danos causados pelos seus funcionários na Constituição de 1946, e rezava:

Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

¹²⁰ DINIZ, op. cit., p. 52.

¹²¹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934). Planalto, Brasília, DF, 2004. Disponível em <https://www.presidencia.gov.br/>. Acesso em: 1º nov. 2004.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.¹²²

A Constituição de 1967 repetiu o texto de 1946, com o corte de alguns vocábulos. Assim dispunha em seu:

Art. 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.¹²³

A Constituição de 1969 repetiu, na íntegra, o texto da anterior, agora no artigo 107.

O texto da atual Carta Magna (05.10.88), em seu art. 37, § 6º diz:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão por danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.¹²⁴

O texto constitucional, em vigor, consagra o princípio da responsabilidade objetiva da Administração Pública pelos danos causados por seus agentes quando nessa qualidade, abrangendo também, nessa obrigação, as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. E como as antecessoras, estabelece o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa.

¹²² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1946). Planalto, Brasília, DF, 2004. Disponível em <https://www.presidencia.gov.br/>. Acesso em: 1º nov. 2004.

¹²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1967). Ibidem.

¹²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Ibidem.

De forma, que se consagrou na legislação constitucional a anterior orientação doutrinária e jurisprudencial que já havia se desenvolvido em torno da regra da responsabilidade sem culpa do Estado sob a modalidade do risco administrativo.

Como leciona Sonia Stermam:

[...] o legislador constituinte alargou para todas as atividades estatais e seus desdobramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores. Vale dizer, todas as pessoas jurídicas que exerçam função delegada, como as empresas paraestatais (sociedade de economia mista, fundações públicas e empresas públicas) e permissionárias de serviços públicos e concessionárias de serviços públicos, doravante estão abrangidas pela teoria da responsabilidade objetiva, sob a modalidade do risco administrativo.¹²⁵

Caso os danos não tenham sido praticados diretamente por agente público, mas por terceiras pessoas, alheias à Administração, entretanto, inseridas em movimentos multitudinários (saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas), a responsabilidade do Estado poderá ter como fundamento o art. 43 c/c o art. 186 do Código Civil Brasileiro, em vigor. O Código Civil de 1916 continha mandamentos semelhantes (art. 15 c/c o art. 159). E isto porque o art. 37, § 6º da Constituição da República, só fez previsão expressa pela teoria da responsabilidade objetiva, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Também, não se mencionou danos produzidos por fatos da natureza.

¹²⁵ STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do Estado**. Movimentos multitudinários: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 94-5.

Portanto, por fatos de terceiros em movimentos multitudinários, o fundamento legal para a Responsabilidade é o Código Civil, e deve-se buscar aquilatar aí o nexo causal ou nexo de causalidade, a fim de se verificar se houve falha no comportamento da Administração no dever de prestar segurança. Assim, atitude ativa ou omissiva da Administração poderá levar ao pagamento da indenização aos particulares. E há necessidade do particular ter buscado se socorrer. Enfatiza-se que é a falta ou mau-funcionamento do serviço público que será determinante quanto à reparação. Portanto, antes de mais nada será verificado o ato de administrar se fora ou não desempenhado corretamente.

Entretanto, acaso os danos tenham sido produzidos diretamente por agente público, no exercício de suas funções, tenha como vítimas particulares ou suas propriedades, aí o fundamento legal é o art. 37, § 6º da CR, pois é o caso de responsabilidade objetiva. E será necessário se identificar e individualizar o agente público, inclusive para fins de ação de regresso.

4.4 CAUSAS EXCLUDENTES (EXCLUSÃO TOTAL) E ATENUANTES (EXCLUSÃO PARCIAL) DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

As causas de exclusão, também, chamadas de causas de isenção ou exoneração, haja vista excluïrem ou atenuarem a responsabilidade do Estado. É o mesmo que dizer, nesses casos, o Estado fica livre de forma total ou parcial de reparar os prejuïzos.

Não se busca ressuscitar a teoria da irresponsabilidade do Estado, porém, realçar as causas excludentes da responsabilidade do Estado, relacionadas e adotadas pela doutrina, direito positivo, jurisprudência, tais como: força maior,

estado de necessidade, culpa da vítima, culpa de terceiros. Entretanto, casuisticamente, são encontradas no direito brasileiro outras situações nas quais, também, há de ser invocada a irresponsabilidade do Estado.

Em toda e qualquer situação a causa excludente levará ao desaparecimento do nexo de causalidade, e sua ausência elide a reparação por parte do Estado, cabendo a este o ônus da prova.

4.4.1 A Força Maior e o Caso Fortuito

Interessante consignar que força maior e caso fortuito são termos os quais, às vezes, são usados como sinônimos. Portanto, não há unanimidade quanto a um conceito único ou genérico. Entretanto há autores que os distinguem, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.

Já na hipótese de **caso fortuito**, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da Administração, não ocorre a mesma exclusão; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior.¹²⁶

Cabendo ressaltar que para toda regra há exceções. Assim, mesmo em caso de força maior, poderá haver responsabilidade do Estado caso se faça presente quando da chuva forte a comprovação de que o Poder Público se omitira na limpeza de bueiros, o que causou inundação de certas casas.

¹²⁶ PIETRO, op. cit., p. 554-5.

Sobre o assunto dispõe Marcia Andrea Bühring:

Constata-se que, embora não exista uma diferença significativa entre a força maior e o caso fortuito para o Direito brasileiro, pois inútil é diferenciar os dois institutos, uma vez que confundem e são usados inclusive pela doutrina e jurisprudência como sinônimos, exige-se que o evento seja comprovadamente imprevisível, irresistível, inevitável, estranho à vontade das partes, advindo da natureza ou de ato humano, impossível de prever sua ocorrência, não responde o Estado.

Todavia, frise-se que na força maior não se pode resistir a ela, e, no caso fortuito, o que o caracteriza é a imprevisibilidade. Poderia resistir, se previsível fosse.¹²⁷

É importante realçar que, acaso ocorra a quebra do nexos causal, com o desaparecimento deste, não é mais possível falar na obrigação de reparar os danos.

4.4.2 A Culpa da Vítima

É necessário distinguir a culpa da vítima, também, chamada de fato da vítima, se fora exclusiva de sua parte ou se houve concorrência com o Estado. Haja vista que na primeira situação a responsabilidade será total por parte do Estado, já na segunda hipótese a responsabilidade recairá sobre o Estado na proporção de sua efetiva participação no evento danoso. Verifique nesse sentido o ensinamento de Diógenes Gasparini:

[...] aos casos em que a vítima concorreu, parcial ou totalmente, para o evento danoso. Provado, pois, que a vítima participou, de algum modo, para o resultado gravoso, exime-se o Estado da obrigação de indenizar, na proporção dessa participação. Destarte, sua responsabilidade será parcial ou total conforme tenha sido, numa ou noutra dessas direções, a colaboração da vítima na produção do acontecimento danoso.¹²⁸

¹²⁷ BÜHRING, op. cit., p. 160-1.

¹²⁸ GASPARINI, op. cit., p. 826.

Em qualquer hipótese caberá ao Estado o ônus da prova de que a vítima se houvera culposamente e em que proporção. Em caso de culpa exclusiva da vítima estará quebrado o nexo de causalidade, o qual, por sua ausência levará o Estado a ficar isento de reparação.

4.4.3 A Culpa de Terceiro

A culpa de terceiro, também denominada de fato de terceiro, ante sua ocorrência, não haverá responsabilidade do Estado. Cabendo a este comprovar que quem causara lesão à vítima foi terceiro e não agente público.

É importante delinear quem é considerado terceiro e natureza e extensão do seu comportamento. Terceiro é quem não é parte no evento, seja agente ou prejudicado. Sendo necessário que o terceiro seja o causador do prejuízo. Nesse sentido colhe-se lição de Caio Mário da Silva Pereira:

Conceitua-se em termos mais sutis a caracterização do terceiro como excludente de responsabilidade civil. Esta se decompõe, nos dois pólos ativo e passivo: as pessoas do agente e da vítima. Considera-se, então, terceiro qualquer pessoa, estranha a este binômio, que influi na responsabilidade pelo dano. Mas para que seja excludente, é mister que por sua conduta atraia os efeitos do fato prejudicial e, em consequência, não responda o agente, direta ou indiretamente, pelos efeitos do dano. [...] O segundo aspecto relevante é a determinação do comportamento do terceiro, na etiologia da responsabilidade. Em linguagem estrita, ocorre nesse caso a excludente da responsabilidade, quando se pode estabelecer que o terceiro é o causador do dano.¹²⁹

De maneira que o terceiro interferira e praticara o dano, portanto, o Poder Público embora presente, porém, não concorreu de qualquer forma para o evento danoso, por isso, fica excluída sua responsabilidade.

¹²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 300-1.

4.4.4 Agente Fora das Atividades Funcionais

A expressão “nessa qualidade”, contida no § 6º, do art. 37, da CR, determina que para haver a responsabilidade do Estado é necessário que seu agente esteja agindo na função pública ou em razão dela. Aliás, como enfatiza Marcia Andrea Bühring: “Por isso não se pode cogitar de responsabilidade para o Estado quando quem causa o dano, mesmo que seja um agente público, não esteja agindo na qualidade de agente” [...] ¹³⁰

Então, ao agente público que causar dano a alguém fora da sua função e sem qualquer relação com esta, deverá arcar com as conseqüências, ficando o Estado isento de qualquer responsabilidade.

4.4.5 Estado de Necessidade

No estado de necessidade estão inseridas situações as quais justificam a ação do Estado. E mesmo que venha a causar dano, o Estado o faz objetivando proteger a um interesse maior da coletividade. Também, não há que se falar de agressão, mas, uma situação de fato. Nesse sentido a lição da Caio Mário da Silva Pereira:

No estado de necessidade não se configura uma agressão, porém desenha-se uma situação fática, em que o indivíduo vê uma coisa sua na iminência de sofrer um dano. A fim de removê-lo ou evitá-lo, sacrifica a coisa alheia. Embora as situações se distingam, há uma similitude ontológica, no dano causado a outrem, para preservação de seus próprios bens.

Na escusativa fundada no estado de necessidade, existe um ato que seria ordinariamente ilícito. No entanto, a lei o justifica eximindo o agente do dever de indenizar, tendo em vista preservar os bens mediante a remoção de perigo iminente. ¹³¹

¹³⁰ BÜHRING, op cit., p. 165.

¹³¹ PEREIRA, op. cit., p. 297.

Assim, a presença do estado de necessidade resulta na exclusão do Estado quanto ao dever de reparação.

4.5 LITISCONSÓRCIO

A matéria “Do Litisconsórcio” está tratada no Código de Processo Civil, arts. 46 ao 49. E vem a significar que pode ocorrer de figurar mais de uma pessoa na qualidade de autor ou de réu, configurando-se no plano processual o litisconsórcio, que não pode ser concebido implicitamente.

Para colher-se a responsabilidade do Estado, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição da República, há de se indagar se está frente ao litisconsórcio passivo facultativo ou necessário. Haja vista que a Fazenda Pública estará sendo demandada com base na teoria do risco administrativo, óbvio, seu agente praticara o dano e caberá contra esse a ação regressiva, evidenciando-se que o mesmo operara com dolo ou culpa.

Quanto ao litisconsórcio, não resta dúvida, estar-se-á frente a modalidade passiva facultativa. Ao ofendido caberá interpor a Ação Indenizatória contra o Estado (União, Estado ou Município), contra ambos (Estado e seu agente) ou só contra o agente.

A título de ilustração é importante consignar que a responsabilidade objetiva do Estado (CR, art. 37, § 6º), tem suporte na Teoria do Risco Administrativo, que por sua vez se antagoniza com a Teoria do Risco Integral. Verifique, como leciona Rui Stoco:

Mas, opondo-se à teoria do risco integral, a teoria do risco administrativo estabelece o princípio da responsabilidade objetiva mitigada ou temperada, ou seja, que permite discussão em torno de causas outras que excluam a responsabilidade objetiva do Estado, nas hipóteses de inexistência do elemento causal ou nexo de causalidade.

Assim, essa responsabilidade objetiva do Estado pode ser reduzida ou excluída conforme haja culpa concorrente do particular, ou tenha sido este o responsável exclusivo pelo evento e, ainda, nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, em que também ocorre o rompimento do liame causal.¹³²

Numa análise perfunctória faz realçar a intrigante pergunta: Como acionar simultaneamente a ambos (Estado e agente), se a Responsabilidade do Estado é objetiva e do Agente é subjetiva? Na verdade o antagonismo é apenas aparente, não tendo o autor da ação nada a perder, pois que continua o Estado, sozinho ou em litisconsórcio com o seu agente, com a responsabilidade objetiva. Já seu agente terá, nos mesmos autos, perquirida sua atitude, caso tenha se havido com dolo ou culpa, aí mesmo poderá ser exercitado o direito de regresso do Estado.

Em todo caso, o lugar competente para o ajuizamento da demanda é o do domicílio do autor, conforme preceitua o parágrafo único do art. 100, do Código de Processo Civil. Verifique jurisprudência abaixo suscitada por Rui Stoco:

Desde que o objeto da causa seja indenização por ato ilícito, penal ou civil, a regra do parágrafo único do art. 100 do CPC visou a dar vantagem ao autor, facilitando sua atuação perante o órgão jurisdicional do local que lhe fosse mais cômodo. (1º TACSP – 6ª C. – At. – Rel. Jorge Almeida – j. 1.9.81 – RT 561/135).¹³³

¹³² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 972.

¹³³ STOCO, op. cit., p. 1315.

4.6 DENUNCIÇÃO DA LIDE

Disposições sobre “Da denúncia da Lide” está regulamentada nos arts. 70 ao 76, do Código de Processo Civil. E vem a significar o ato pelo qual a parte, autor ou réu, chama terceiro a Juízo. E tal ocorre porque esse terceiro é garante do direito alegado pela parte.

Mas, indo direto ao assunto, há de perquirir se a denúncia da lide do agente público causador do dano, é ou não obrigatória. Antes de qualquer coisa colhe-se a lição de Rui Stoco, que diz:

Pensamos, concordando e aderindo a essas colocações que nas ações em que invoca a responsabilidade objetiva do Estado não cabe a denúncia do preposto ou servidor à lide, por implicar isso insuportável ***contraditio in terminis***, a não ser que a Administração reconheça expressamente a culpa (*lato sensu*) de seu funcionário.

Isto por duas razões fundamentais:

A uma, porque será incoerente negar, ***a priori***, a culpa do preposto e, mesmo assim, buscar sua integração à lide justamente para assegurar o direito de regresso contra ele. É de todos cediço que, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, o direito de regresso, do Poder Público contra o responsável (servidor) só é possível nos casos de dolo ou culpa.

Se a Fazenda Pública nega esse pressuposto, a que título pretende responsabilizá-lo?

A duas, porque angularizada a ação, não mais se poderá inová-la, de modo que se torna injurídico em ação fundada no risco administrativo (responsabilidade objetiva), buscar discutir a responsabilidade subjetiva.

Estar-se-ia incluindo um fundamento novo na causa que é vedado em sede de denúncia, como sustenta a doutrina dominante.¹³⁴

A denúncia a lide do agente não é obrigatória. Na jurisprudência, inclusive, com nossos tribunais se posicionando tanto num sentido, como noutro, isto é, às vezes pela admissibilidade ou pela inadmissibilidade.

¹³⁴ STOCO, Rui, op. cit., p. 1329.

Pela admissibilidade:

O Estado, quando réu em processo de indenização por dano causado a terceiro, tem direito a denunciar a lide o agente eventualmente responsável por indenização regressiva. Requerida a denunciação, em tal circunstâncias, se o juiz a denegar torna-se nulo o processo. A superveniência da sentença condenando o Estado não derroga o direito à denunciação nem prega a nulidade. (STJ – EDIU em REsp 109.208 – Rel. Gomes de Barros – j. 28.04.1999 – RSTJ 132/58).¹³⁵

Pela inadmissibilidade:

Incabível, em caso de pedido de indenização fundado em responsabilidade objetiva do Estado, denunciação da lide aos agentes tidos como os causadores do dano. (TJSP – 4ª C. Dir. Privado – At. 68.730-5 – Rel. Jacobina Rabello – j. 16.04.1998).¹³⁶

Assim, em síntese, tem-se que ao Estado em sendo demandado em ação indenizatória, deverá sozinho enfrentar a lide e, caso seja vencido, percebendo que seu funcionário se houvera em culpa ou dolo, aí se utilize da ação de regresso, como estipula a parte final do § 6º, do art. 37 da CR. A ação regressiva, esta sim, é obrigatória.

4.7 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

A prescrição é a perda da ação em consequência da inércia do titular do direito violado. A decadência é a extinção do direito por não ter sido colocado em prática no prazo estipulado em lei.

Conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

¹³⁵ STOCO, op. cit., p. 1330-1.

¹³⁶ STOCO, op. cit., p. 1332.

Prescrição é a perda da ação pelo transcurso do prazo para seu ajuizamento ou pelo abandono de causa durante o processo. Não se confunde com *decadência* ou *caducidade*, que é o perecimento do direito pelo não exercício no prazo fixado em lei.¹³⁷

O prazo prescricional contra o Estado é de cinco anos. Muito embora o art. 178, § 10, inc. VI, do Código Civil de 1916, tenha sido revogado, e o atual Código Civil de 2002 tenha, propositalmente, silenciado a respeito, entretanto, o Decreto 20.910/32 com o complemento do Decreto-lei 4.597/42, regulam o assunto. Sobre isso Hely Lopes Meirelles ensinou o seguinte:

A prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública e suas autarquias é de cinco anos, conforme estabelece o Dec. ditatorial (com força de lei) 20.910, de 6.1.32, complementado pelo Dec.-lei 4.597, de 19.8.42. Essa prescrição quinquenal constitui a regra em favor de todas as Fazendas, autarquias, fundações públicas e empresas estatais.¹³⁸

Rui Stoco leciona no mesmo sentido e, inclusive, lembra que o juiz não pode decretá-la de ofício:

A prescrição das ações contra a Fazenda Pública é de cinco anos, conforme estabelece o Decreto 20.910/32, complementado pelo Decreto-lei 4.597/42, [...] Não se pode esquecer, porém, que se cuida de exceção alegável, pois “o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz” (Código Civil, art. 194).¹³⁹

A jurisprudência tem sufragado o entendimento quanto ao prazo prescricional de cinco anos:

¹³⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 687.

¹³⁸ Idem, ibidem.

¹³⁹ STOCO, op. cit., p. 1136-7.

A ação de indenização por ato ilícito, proposta contra a Fazenda Pública, prescreve em cinco anos. Aplicável ao caso é o art. 1º do Decreto 20.910, de 1932, e não o art. 177 do Código Civil [revogado pelo atual Código] (STJ – 2ª T. – Resp – Rel. Antônio de Pádua Ribeiro – j. 20.09.1993 – RSTJ 55/116).¹⁴⁰

Ademais, cabe ponderar que a lei geral (Código Civil de 2002) não revogou a lei especial (Decreto 20.910/32) que trata do assunto prescrição em se tratando de Fazenda Pública. Portanto, o prazo prescricional é de cinco anos, e não de três anos como querem alguns. Estes invocam como aplicável o art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil, cujo ponto de vista não é aceito pelo motivo acima exposto.

É de se reclamar que o direito positivo está a desrespeitar o caráter de imprescritibilidade inerente aos direitos da personalidade, dentre os quais se acha o direito à imagem.

¹⁴⁰ STOCO, op. cit., p. 201.

CONCLUSÃO

O tema investigado, A Responsabilidade do Estado por Dano Causado à Imagem, desperta interesse acadêmico e prático. É assunto riquíssimo a ser abordado no campo teórico, pois é tratado tanto na literatura jurídica pátria, bem como estrangeira. Bem assim, tem aplicação no dia-a-dia, resultando em farta jurisprudência sobre o assunto.

Crê-se que os objetivos essenciais do presente estudo foram alcançados, quais sejam: localizar, individualizar e ratificar o direito à imagem, como autônomo e independente; atualizar o assunto, quanto a doutrina e jurisprudência, inclusive com especial menção aos dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil e ao Código Civil de 2002.

O presente trabalho foi, por questões didáticas e metodológicas, dividido em quatro capítulos, como se vê abaixo:

O primeiro capítulo. Os Direitos da Personalidade. No qual procurou-se individualizar o direito à imagem e confirmá-lo como pertencente aos direitos da personalidade.

Buscou-se evidenciar o direito à imagem, inerente a pessoa, acompanhando-a desde a concepção até a morte. Realçaram-se os caracteres dos direitos da Personalidade, e a imagem, como tal, sendo direito que contém: unicidade, absolutismo, originalidade, extrapatrimonialidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e intransmissibilidade em razão da morte. Como se vê são características específicas ao direito à imagem. Apresentando-se posicionamento em cada item. Lógico, muito ainda se tem a estudar e a pesquisar para melhor consolidar tais pontos de vista.

O segundo capítulo. O Direito à Imagem. Traz consigo toda a força de ser portador do cerne, do centro, do conteúdo mais significativo do objeto em estudo, que é o direito à imagem.

Aqui se procurou delimitar o objeto direito à imagem, e dar os seus reais contornos para os efeitos deste estudo. Daí, a necessária comparação com o direito à honra, o direito a vida privada e, fez-se o inevitável confronto com a liberdade de imprensa.

No conceito de imagem, buscou-se, como restou acentuado, a denominação imagem objetiva e imagem subjetiva, em substituição a terminologia imagem-retrato e imagem-atributo, pois, por questões didáticas acredita-se que tal preferência facilita o estudo e a compreensão do objeto em questão. Sendo em síntese, imagem objetiva àquela expressa em retratos, fotografias, objeto ou corpo físico; e imagem subjetiva, como a emanada de gestos, condutas, comportamentos, atribuições e todas circunstâncias intrínsecas e inerentes à mesma.

Serviu tal capítulo, sobretudo, para delinear a autonomia do direito à imagem, cortando de vez o cordão umbilical que o jungia ao direito a honra e a vida privada. A imagem é direito absolutamente autônomo e independente, podendo ser violada sozinha ou simultaneamente, neste caso, não se mistura e nem se dilui, por exemplo, no direito a honra.

Importante, ainda destacar o item 13, quando buscou-se defender o ponto de vista que, dado o caráter personalíssimo, o direito à imagem se extingue com a morte, ressaindo daí, um novo direito aos sucessores em geral.

O terceiro capítulo. O Dano. De início realçou-se as violações aos direitos da personalidade, em seguida é que se deparou com a infringência ao direito à imagem.

Aqui se abriu parêntesis para se ater as imensuráveis violações perpetradas pelos órgãos de comunicação. Agora, num mundo globalizado, basta algum segundo e pronto, a imagem de uma pessoa pode ser irremediavelmente maculada em todo o planeta.

A imagem por vezes é atingida por mentiras e maledicências, na forma de notícias falsas, ou mesmo com informes deturpados ou conturbados, por expressões a dizerem meias verdades, o que resulta em notícia inexata. Tais danos devem alcançar reparação.

Aí, adentrou-se ao tormentoso assunto que é a Mensuração do Dano Moral. Quanto vale a perda de patrimônio moral? Qual é o valor que deve ser reparado quando se divulga em órgão de comunicação notícia altamente desfavorável a imagem pública de uma autoridade, e isto não passa de notícia falsa? Verifica-se que se por um lado não interessa a tarifação da quantia a ser paga, pois, não satisfaz nos casos concretos, por outro lado o critério do prudente arbítrio do juiz, também, acaba por ensejar decisões díspares, até conflitantes, ante a situações práticas bastante semelhantes de repente um juiz condena em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o juiz da comarca vizinha, condena em 100.000,00 (cem mil reais), e o que dizer de juízes ou tribunais de regiões diferentes do País, como do Rio Grande do Sul e do Rio Grande do Norte? Por certo, a falta de critério que melhor orienta a todos uma fixação de um valor razoável e que não reflita tanta diferença no quanto da condenação, termina por gerar desconfiança infundada e trazer indevida queda de credibilidade ao Poder Judiciário.

Preferiu-se, adotar um decálogo, onde seguindo um por um dos itens propostos (incomensurável; piso flexível; teto prudente; economia do País; prova convincente, firme e clara; capacidade moderadora do Juiz; critério de equidade e

das circunstâncias particulares; necessidade de consenso; segurança jurídica; e coerência particulares), com certeza, ter-se-á, ao final um valor equânime e justo quanto a condenação, para cada caso concreto.

O capítulo quarto. A Responsabilidade do Estado. Onde se buscou evidenciar a responsabilidade do Estado (União, Estado e Município), podendo ser decorrente do risco administrativo, daí ser objetiva, como prevê a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu art. 37, § 6º.

Já a responsabilidade do servidor é de índole subjetiva, equivale dizer que deve estar provada ou culpa ou dolo, caso contrário, a ação regressiva não o alcançará.

Defende-se o ponto de vista que a ação, à escolha da vítima, pode ser intentada, ou contra o Estado, ou contra o servidor agressor ou contra ambos (Estado/servidor). Não sendo obrigatória a denúncia da lide, na verdade, caso manejada não devendo ser acolhida, pois, a Fazenda Pública tem a garantia da ação regressiva.

O presente trabalho acredita-se teve alcançado o seu pleno êxito, pois, ao término do mesmo, sente-se mais incentivado e confiante que se pode e deve-se defender o bem imagem, inclusive para a própria consolidação de Democracia e manutenção do Estado de Direito. E acredita-se que tantos quantos manuseá-lo, poderão entender ou despertar que a palavra responsabilidade e a luta pela cultura ao respeito deve ser perseguida com insistência e intransigência por toda a vida.

OBRAS CONSULTADAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 143 p.

AMARAL, Luiz. **A objetividade jornalística**. Porto Alegre: Sagra-luzzatto, 1996. 98 p.

AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 131 p.

ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. **Dano moral: puro ou psíquico**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. 63 p.

BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem: aspectos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 15-101.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 1144 p.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. 179 p.

_____. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 352 p.

_____. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 30-65.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. [traduzido por Carlos Nelson Coutinho]

BRASIL (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2000. 393 p.

BRASIL. **Código penal**. Legislação brasileira (Obra coletiva). 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 759 p.

BURTIN-VINHOLES, S. **Dicionário francês-português, português-francês**. 37. ed. atual. de acordo com a ortografia brasileira. São Paulo: Globo, 1998.

CAHALI, Said Yussef. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 720 p.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997. 158 p.

CAMPOS, Amini Haddad. **O devido processo proporcional**. São Paulo: Lelus, 2001. 200 p.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: IBS, 2000. 316 p.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 161 p.

CHAVES, Antônio. **Direito à própria imagem**. Rio de Janeiro: Revista Forense. out.-dez. 1972. v. 240. p. 537.

Code Civil de França. Ed. 101, Paris: Dalloz, 2002.

COSTA JR, Paulo José da. **O Direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. 93 p.

CUPIS, Adriano de. Scuola Del Diritto. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993.

DAVID, Fernando Lopes. **Crimes de imprensa: legislação e jurisprudência**. São Paulo: Iglu, 2001. 528 p.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 556 p.

DIAS, Jacqueline Sarmiento. **Direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 179 p.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 1526 p.

_____. **Código civil anotado**. Edição reformulada à luz do novo Código Civil – Lei n. 10.406, de 10/1/2002. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 33.

_____. **Lei de introdução ao código civil brasileiro**: interpretada. São Paulo: Saraiva, 1994. 416 p.

DUVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 27-53.

FEDERIGHI, Wanderley José. **Responsabilidade civil do estado nos tribunais**. São Paulo: Universitária de Direito, 1994. 415 p.

FELDMAN-BIANCO, Bela; LEITE, Míriam L. Moreira. **Desafios da imagem**: fotografia, iconografia e vídeos nas ciências sócias. Campinas, SP: Papyrus, 1998. 319 p.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Indenização nas obrigações por ato ilícito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. 208 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 1838 p.

FLAVIAN Eugênia; FERNANDEZ, Gretel Eres. **Minidicionário espanhol-português, português-espanhol**. São Paulo: Ática, 2000.

FONTES JÚNIOR, João Bosco Araújo. **Liberdade e limites na atividade de rádio e televisão**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 130 p.

FOULCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. [traduzido por Roberto Machado]. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. São Paulo: RT, 1980. p.140-406.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Manual prático da advocacia: prática forense cível, penal, trabalhista**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 1997. 424 p.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 662p.

GRISOLIA, Maria Cristina. **Immunità parlamentari e Costituzione**. Padova: CEDAM, 2000.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 172 p.

HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo; Martins Fontes, 1988. [traduzido por João Batista Machado]

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Direito Administrativo e judiciário: doutrina, jurisprudência, ação de indenização, projeto de lei**. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1998. 207 p.

_____. **Indenização da prisão indevida**. São Paulo: Ed. Universitária, 1996. 244 p.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Sales; FRANCO, Francisco M. de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva. 2001.

ITÁLIA. CORTE COSTITUZIONALE. **Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Editora Martin Claré, 2000.

JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 1996. 994 p.

La Constitutio de França. Guy Carcassonne. Paris: Éditions du Seuil, 1996.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 356 p.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **Liquidação de danos Morais**. Campinas: Copola, 1995. 145 p.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Direito à liberdade de imprensa**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. 86 p.

LIMA, João Gabriel de. Carisma. **Revista Veja**. ed. 1764, n. 32. São Paulo: Abril. 14 ago. 2002. p. 84

LOPES, João Batista. **Condomínio**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 269 p.

LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de direito Civil**: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Barros, v. I, 2000. 627p.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 347 p.

MARQUES, Luiz Guilherme. **A justiça da França**: um modelo em questão. Leme: Editora de Direito, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 782 p.

MELLO, Marco Aurélio de. **Imprensa e dano moral**: responsabilidade civil e penal. Palestra organizada pela Associação Nacional de Jornais. Brasília/DF. 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 1991. 737 p.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à lei de imprensa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2. 1994. 728 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 804 p.

MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**. [s.l.]: Revista dos Tribunais. v. 444, 1972. p. 76.

MOREIRA, David Alves. **Prisão provisória**. Brasília: Jurídica, 1996. 140 p.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 104 p.

NEGRÃO, Theotônio. **Código civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 1360 p.

_____. **Código de processo civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 2125 p.

NOBRE, Freitas. **Imprensa e liberdade**: os princípios constitucionais e a nova legislação. São Paulo: Summus, 1988. 97 p.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Direito civil**: introdução ao direito civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. 514 p.

OLIVEIRA, Juarez de Oliveira. **Constituição Federal de 1988**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. 395p.

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano moral**: proteção jurídica da consciência. São Paulo: Editora de Direito. 2001. 408 p.

PEDROTTI, Irineu Antonio. **Compêndio de responsabilidade civil**. São Paulo: Universitária de Direito, 1992. 506 p.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 142 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva . **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 350 p.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo et. al. **Código penal**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 794 p.

POLITO, André Guilherme. **Michaelis**: pequeno dicionário italiano-português, português-italiano. São Paulo: Melhoramentos, 1993.

PÓVOA, Liberato; VILLAS-BOAS, Marco **Prisão temporária**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1996. 125 p.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Discurso jurídico e prática política**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. 110 p.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 981 p.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 222 p.

_____. **Dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 145 p.

REMÉDIO, José Antonio et. al. **Dano moral: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2000. 1040 p.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2000. [tradução de Osório de Oliveira]

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. [traduzido por Paolo Capitanio] 6. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTAELLA, Lúcia; NÖTH, Winfried. **IMAGEM: cognição, semiótica, mídia**. 3. ed. São Paulo: Iluminuras, 2001. 222 p.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano moral: doutrina jurisprudência e prática**. São Paulo: Editora de Direito, 1997. 638 p.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 3. ed. São Paulo: Método, 2001. 581 p.

SANTOS, Ozéias J. **Lei de imprensa interpretada pelos tribunais**. 5. ed. São Paulo: Lawbook, 2001. 472 p.

SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. **Instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos**. Grupo de trabalho de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Centro de Estudos. 1997. 298 p.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Da responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 93 p.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 21. ed. São Paulo: Cortez, 2000. 279 p.

SEVERO, Sergio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. 250 p.

SILVA, Américo Luís Martins. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 372 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 871 p.

SILVA, Juary C. **A responsabilidade do estado por atos judiciais e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. 299 p.

SILVA, PLÁCIDO. **Vocabulário jurídico**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense. 1982.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 728 p.

SOCIEDADE BÍBLICA DO BRASIL. **Bíblia vida nova**. Tradução: ALMEIDA, João Ferreira de. Revista e atualizada. 2. ed. São Paulo: Vida. 1999.

STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do Estado – movimentos multitudinários: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 122 p.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil e sua interpretação**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 1853 p.

_____. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 716 p.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 17-95.

TABAK, Fanny (org.). **A difícil igualdade**: os direitos da mulher como direitos humanos. Rio de Janeiro: Relume – Dumará, 1994. 181 p.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 519 p.

THEODORO JR, Humberto. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. 329 p.

_____. **Dano moral**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. 218 p.

TORINO, Vasfali. **Trattado di diritto Civile**. v. 2, t. 1. [s.l.:s.n.]. 1939. p. 201.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 13. ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1992. 556 p.

TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade do estado por ato licito**. São Paulo: Editora de Direito, 1996. 136 p.

VALADARES, RICARDO. Nunca houve uma mulher como Xuxa. **Revista Veja**: São Paulo: Editora Abril, ed. 1.744, 27 mar. 2002. n. 12, p. 100/1.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Responsabilidade civil especial**: nas instituições financeiras e nos consórcios em liquidação extrajudicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 231 p.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 216 p.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 157 p.