

O DIREITO À IMAGEM COMO MATÉRIA FUNDAMENTAL DO DIREITO DA MODA

LÍGIA CARVALHO ABREU

Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto; professora auxiliar convidada do ISMAI e da Faculdade de Direito do Porto
Investigadora do I2J – Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto e do CIJE (Faculdade de Direito do Porto); Membro efectivo da International Law Association – Sociedade Portuguesa de Direito Internacional
Doutora em Direito

1. O direito à imagem no mundo moda: reflexão sobre a problemática

Desde a pré-história que a reprodução da imagem decorre da necessidade do homem de se representar enquanto pessoa situada na sua vida quotidiana. A imagem, assim entendida é fonte de vida, capaz de perpetuar na memória de outros a existência física e psicológica do ser humano. Ela é também uma atividade do nosso cérebro. Por outras palavras, através da imagem as pessoas apresentam-se aos outros como são na realidade ou como desejam ser vistas. A percepção desta realidade ou desta simulação (do que é sem o ser) por parte de quem vê a imagem de alguém é o resultado da organização no cérebro dos elementos visualizados em virtude da interacção dos sentidos do corpo, oferecendo ao visualizador uma representação dessa imagem que é só sua e com ela pode manter uma relação simbólica¹.

A imagem de alguém é a imagem do seu corpo e da sua personalidade singular, distinta das demais, porque, e como entende Capelo de Sousa a imagem física é parte da configuração somático-psíquica de cada indivíduo² ou nas palavras de Adalberto Costa, ela é «o retrato moral do individuo (...) um conjunto de atributos com ou sem

¹A propósito da noção de imagem Adalberto Costa afirma que esta é «uma representação ou reprodução, mais ou menos figurada ou icónica de algo que é real e que se pretende copiar, imitar, figurar ou até representar». Cfr. ADALBERTO COSTA, *O direito à imagem*, <http://www.oa.pt/upl/%7B8dbb0bd0-2c86-4bdb-bfa3-abbd1a8210c4%7D.pdf>, p. 1328.

²Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, (2011) *Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, e ADALBERTO COSTA, *ob. cit.*, p. 1341.

qualidades que definem em cada momento e para cada situação o ser que a transporta (...) a história pessoal de cada pessoa (...)»³. Porque «a pessoa é antes de tudo a racionalidade consciente e depois o corpo manifestativo da racionalidade em causa».⁴

É esta visão do homem corpo-alma que a fotografia de moda tenta captar. A expressão da imagem através da boa fotografia de moda não é um simples retrato. Basta olhar para o trabalho de Irving Penn, Steven Meisel, Helmut Newton ou Peter Lindbergh, entre outros, para compreender que a fotografia de moda pode não ter por objetivo evidenciar apenas a roupa para fins comerciais, mas ser um complexo de emoções, uma linguagem e mensagem cultural que ganha vida na imagem do modelo fotográfico.

Todavia, a arte de fotografar, também está associada a algumas problemáticas. Por exemplo, captação da imagem de uma pessoa e sua divulgação para fins comerciais sem a sua autorização.

Com o desenvolvimento das técnicas fotográficas, aliadas às técnicas informáticas, especialmente com o aparecimento do Photoshop, qual será o conteúdo do direito à imagem? Por outras palavras, até onde poderá ir o fotógrafo ou a agência de publicidade com o seu trabalho de manipular digitalmente a fotografia de forma a retocar ou a alterar a imagem real da pessoa retratada? Transferindo, esta problemática para o mundo da moda, com que fundamento poderão os modelos controlar a sua própria imagem aquando dos trabalhos fotográficos que realizam e opor-se a que outros alterem a sua imagem sem o seu consentimento? Qual o conteúdo do direito à imagem dos modelos fotográficos?

Nos dias de hoje, esta questão é bastante pertinente devido a um aumento de ações judiciais, por todo o mundo, intentadas por modelos contra revistas, jornais ou agências de publicidade em virtude do uso abusivo do Photoshop contra a sua vontade expressa, constituindo, como veremos, autênticas violações do seu direito à imagem com consequências nefastas na sua integridade psicológica.

A título de exemplo, citamos o caso que opõe Coco Rocha, supermodelo de origem canadiana, à revista Elle Brasil. A modelo em questão tem orientado a sua carreira de sucesso numa óptica diferente de outras modelos, ou seja não aceita nenhum trabalho onde apareça despida ou em imagens demasiado sexualizadas. Esta forma de

³ Cfr. ADALBERTO COSTA, *ob. cit.*, pp.1331 e 1343.

⁴ *Idem, Ibidem*, p.1343.

orientar a sua carreira é um direito que lhe assiste. Tal como, os pintores, os atores, os fotógrafos, os designers e outros criativos em geral têm uma visão da sua arte, daquilo que querem ou não fazer, do caminho que querem seguir para exprimir a sua mensagem e que marcará a sua carreira artística, a sua reputação enquanto artistas, os modelos, não sendo artistas, mas porque emprestam a sua imagem a formas de expressão artística, têm o direito de controlar a sua própria imagem, obviamente, sem que tal interfira com a liberdade criativa do fotógrafo ou a liberdade de imprensa. Este direito pode ser expresso em contrato. Ora, na capa de Maio da Elle Brasil de 2012, Coco Rocha aparece sem o body de licra que utilizou, por baixo de um vestido transparente, na sessão fotográfica que antecedeu a divulgação da sua imagem na referida capa. O body de licra foi suprimido do corpo da modelo pelo Photoshop e contra a vontade da modelo expressa no contrato com a revista Elle Brasil⁵. O facto desta revista ignorar a vontade da modelo e o próprio contrato, demonstra bem a falta de consciência sobre o que é o direito à imagem por parte de alguma imprensa, fotógrafos e até mesmo de algumas modelos, que sendo muito jovens, desconhecem os seus direitos e, por conseguinte, estão numa posição vulnerável.

2. O direito à imagem no mundo moda: o fundamento jurídico do direito ao controlo da própria imagem

Cada pessoa possui a sua própria imagem pessoal «que lhe confere direitos sobre os quais só ela pode dispor»⁶. Esta imagem pessoal contém quatro dimensões: física, ideal, moral e económica.

A dimensão física da imagem pessoal reporta-se à própria existência da pessoa humana, desde o seu nascimento e que é protegida pela lei constitucional⁷. A dimensão

⁵Para mais detalhes sobre o caso que opõe Coco Rocha à Elle Brasil v. SUSAN SCAFIDI (2012), *Will Coco Rocha Sue Elle Brazil for airbrushing her bodysuit off?* <http://law.fordham.edu/faculty/26269.htm>

⁶Neste sentido v. ADALBERTO COSTA, *ob. cit.*, p. 1325.

⁷Artigo 24 da CRP: «A vida humana é inviolável. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos penais cruéis, degradantes ou desumanos». Nas palavras de Adalberto Costa a presença da pessoa humana «no mundo e na sociedade consubstancia a existência física não só da pessoa, como da existência objectiva e física da sua imagem pessoal que assim surge com o próprio nascimento do ser. A existência física da imagem pessoal depende por isso do nascimento da pessoa e da sua própria existência, servindo o ser de meio ou de canal para a projecção física da imagem pessoal», *Ibidem*, p.1345.

ideal da imagem está assente no desenvolvimento do ser humano, evoluindo com ele⁸. Por sua vez, a dimensão moral da imagem representa o íntimo de cada ser humano, aquilo que ele verdadeiramente é: pessoa consciente da sua imagem e capaz de tomar decisões quanto ao uso da mesma.⁹

Ora, estas dimensões intrínsecas à imagem pessoal, à sua individualidade enquanto ser humano situado num determinado contexto histórico-social, podem ser, no seu conjunto objecto de exploração económica e, por conseguinte, ser fonte de rendimento. Esta dimensão económica da imagem pessoal é evidente na profissão de modelo. A imagem pessoal do modelo serve para promover o trabalho do designer, do fotógrafo e o próprio modelo. E na maior parte dos casos, a técnica do Photoshop, amplamente empregue e consensual no mundo da moda, é uma ferramenta poderosa para os promover, pois vai ao encontro das imagens sonhadas pelo público-consumidor ou dos estereótipos que a sociedade de consumo vai assumindo como verdadeiros. Do ponto de vista, do respeito da imagem pessoal do modelo, nada disto tem algum problema, se o uso dessa imagem, tal como será publicada numa revista ou divulgada em cartaz ou filme publicitário, é expressamente consentido pelo modelo.

Todavia, como pessoa consciente da sua imagem singular, dos seus atributos físicos e morais que a distinguem dos demais, o modelo pode controlar a sua própria imagem, ou seja pode controlar aquele espaço que não é o domínio da liberdade de criação de quem o retrata e que fere a sua personalidade.

Aliás, para o Direito a imagem «é toda a expressão formal e sensível da personalidade de um homem» não se restringindo à dimensão física da pessoa.¹⁰ O direito à imagem, enquanto direito de personalidade¹¹, concede ao seu titular um

⁸ Sobre este ponto Adalberto Costa entende que a imagem ideal «mesmo ganhando autonomia em relação ao ser que a acompanha (...) não se separa do seu sujeito, do seu “quid” que a vai ajudar a formar, a completar-se a desenvolver-se nas várias etapas de crescimento. A imagem aparece assim como um ideal imanente ao ser, perseguindo-o durante a sua vida e mesmo para além dela», *Ibidem*, p. 1346.

⁹ Concordamos também aqui com Adalberto Costa quando afirma que «cada um de nós percebe e conhece a sua imagem, aquilo que é para fora de si perante os outros, tem consciência de que é uma pessoa antes de tudo, um ser depois de tudo. É esta consciência não racional, mas objectiva de que se é pessoa, de que se é sujeito, que reside o elemento moral da imagem que transportamos, e da imagem que temos e que é distinta de nós próprios e é percebida pelos outros», *Ibidem*, p. 1346.

¹⁰ *Idem*, *Ibidem*, p. 1343 e WALTER MORAES (1977), *Direito à própria imagem*, São Paulo, Editora Saraiva.

¹¹ Para mais detalhes sobre os direitos de personalidade v. DIOGO COSTA GONÇALVES (2008), *Pessoa e Direitos de Personalidade – Fundamentação Ontológica da Tutela*, Almedina., NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA

domínio sobre a sua personalidade no restrito respeito de direitos idênticos de outrem ou de direitos diferentes mas constitucionalmente protegidos (liberdade de expressão e criação artística ou a liberdade de imprensa)¹²e que em caso de colisão o juiz deverá aplicar os princípios da dignidade da pessoa humana (da liberdade e desenvolvimento pessoal), bem como da proporcionalidade para restringir, na medida do adequado, necessário e racional, o direito legítimo que no caso concreto, e face à aplicação dos princípios constitucionais referidos, não pode ser total e imediatamente satisfeito em virtude da salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos¹³.

Para dar ênfase a esta ideia de ligação da imagem à personalidade pensamos que o retrato capta os aspectos físicos de uma pessoa mas na realidade pretende atingir a personalidade da pessoa retratada. A imagem pessoal absorve o próprio retrato físico e muito mais. Ela é também «nome, privacidade, pseudónimo, o próprio direito à vida, a honra, à liberdade, à integridade física, bem com a voz, os gestos, a forma de vestir e de falar etc...»¹⁴, atributos estes que os agentes económicos não se esquecem de utilizar, pois são eles que conferem rentabilidade à imagem.

Na nossa Constituição o direito à imagem está previsto no artigo 26.º «outros direitos pessoais». No código civil português o direito à imagem é consagrado na parte dos direitos de personalidade no artigo 79.º nos seguintes termos: «N.º 1: o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no n.º 2 do artigo 71.º segundo a ordem nele indicada (cônjuge

(2002), *O Direito Geral de Personalidade e a «Solução do Dissentimento» - Ensaio sobre um caso de «Constitucionalização» do Direito Civil*, Coimbra Editora, e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS (2006), *Direitos de Personalidade*, Almedina.

¹² No que diz respeito aos abusos de liberdade de imprensa e liberdade de expressão contra os direitos de personalidade, como por exemplo, o direito à imagem v. Supremo Tribunal de Justiça (2010), Liberdade de expressão e informação e os direitos de personalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Sumários dos Acórdãos do STJ. <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/liberdadeexpressaodtospersonalidade2002-2010.pdf>. Para mais detalhes sobre o conteúdo dos princípios constitucionais v. JORGE BACELAR GOUVEIA (2013), *Manual de Direito Constitucional*, Volume II, Almedina, JORGE MIRANDA (2012), *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*, Tomo IV, Coimbra Editora, e JOSÉ C. VIEIRA DE ANDRADE (2012), *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina.

¹³ Neste contexto citamos a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português no processo n.º 945/05, 6ª seção: «O direito da liberdade de imprensa tem como limite intransponível, entre outros, a salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada e à imagem dos cidadãos. *Idem, Ibidem*, p. 15.

¹⁴ Cfr. ADALBERTO COSTA, *ob. cit.*, p. 1366.

sobrevivo ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido). N.º 2 não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente. N.º 3 O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada».

Já no código penal português a imagem é protegida sempre que se prove a intenção de devassar a vida privada. Neste contexto o artigo 192.º n.º 1 alínea b) do código penal dispõe que «quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem das pessoas ou de objetos ou espaços íntimos é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.»

No Brasil, a Constituição, desta República Federativa, protege a imagem pessoal, no âmbito dos deveres individuais e colectivos, no artigo 5.º, n.º X nos seguintes termos: «são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indemnização pelos danos material ou moral decorrentes de sua violação», bem como no artigo 5.º, n.º XXVIII alínea a) «são assegurados nos termos da lei a protecção às participações individuais em obras colectivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas actividades desportivas.

No código civil brasileiro, no artigo 20.º, o direito à imagem é definido como direito de personalidade da seguinte forma: «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 indemnização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama a respeitabilidade ou se se destinarem a fins comerciais. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa protecção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes».

Por sua vez o código penal brasileiro não faz nenhuma referência directa à violação da imagem. Contudo, ao sancionar os crimes contra a honra, como por

exemplo, a calúnia, a difamação ou a injúria¹⁵, praticados com a ajuda dos meios de comunicação, inclusive através da fotografia manipulada, prejudicando a dignidade pessoal ou a fama profissional de um indivíduo, está a associar de forma indirecta a imagem aos crimes contra a honra.

Tendo em conta que a imagem pessoal, como já foi referido, abrange não só o retrato físico com também a honra, a liberdade ou privacidade, será que o direito à imagem é um direito autónomo dos demais direitos de personalidade?

Existe uma ligação entre o direito do modelo controlar a sua própria imagem e o direito ao próprio corpo, o direito à honra, à reserva sobre a intimidade da vida privada, à identidade pessoal e à liberdade. Neste contexto, o direito do modelo controlar a sua própria imagem pode ser:

- Uma manifestação do direito ao próprio corpo, utilizando-o como objeto de expressão artística e/ou comercial sob a orientação criativa do fotógrafo mas com o respeito da dignidade humana do modelo;
- Um meio de proteção da honra e por conseguinte, a imagem seria protegida em virtude da proteção da honra (por exemplo, da sua reputação profissional);
- Uma manifestação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, preservando para si alguns aspectos da sua imagem;
- Uma manifestação do poder de autodeterminação de cada pessoa ou seja o poder de dizer não às manipulações da sua própria imagem e
- Uma manifestação da sua individualidade ou seja das características que o distinguem face aos demais modelos.

Entendemos que, em virtude da imagem ter uma dimensão moral e ideal, está em conexão com outros valores juridicamente tutelados como a reserva sobre a intimidade da vida privada, a liberdade, a honra ou a identidade pessoal. O direito de controlar a própria imagem decorre do direito de personalidade à imagem. Como bem afirma Adalberto Costa «o direito à imagem tem em nossa entender a sua autonomia, não como direito autónomo e distinto, mas como direito especial de personalidade que reúne em sim mesmo todos os direitos de personalidade. Por essa razão podemos dizer que ele tem as mesmas características dos direitos de personalidade em geral, nomeadamente constituir um direito subjectivo de carácter privado e natureza absoluta; ser um direito

¹⁵ Vide artigos 138 a 145 do Código Penal brasileiro.

de personalidade com conteúdo patrimonial quando pelo seu exercício possa gerar bens de valor económico; é um direito inalienável, irrenunciável, intransmissível e imprescritível»¹⁶.

Por sua vez, a proteção constitucional da imagem abrange não só o direito de cada pessoa não ter o seu retrato reproduzido e publicitado sem o seu consentimento, mas também o direito que ela tem de não ver reproduzida e publicitada a sua imagem manipulada de forma ofensiva¹⁷, e, no nosso entender, que não representa a realidade ou uma realidade próxima do sujeito fotografado e das condições em que foi fotografado, quando este expressamente se opõe. Este é um direito absoluto e exclusivo do titular da imagem, no nosso caso do modelo, e tem como contrapartida uma obrigação universal, perpétua e imprescritível de respeito por parte de quem retira proveito económico com a utilização dessa imagem¹⁸.

Sendo assim, o fotógrafo, o director criativo ou o editor, no âmbito do seu direito de liberdade de expressão e criação artística tem o direito de expor (não impor) ao modelo a sua ideia ou visão sobre a forma como utilizará a sua imagem. Cabe ao modelo decidir, no uso da sua liberdade, intrínseca à sua imagem pessoal, se consente ou não que a sua imagem seja utilizada desta ou daquela forma.

No caso de consentimento o modelo cede a sua imagem, através de um contrato, assente numa vontade esclarecida, pois apesar do direito à imagem ser um direito de personalidade sobre um bem ideal que não pode ser alienado, neste contexto, a imagem pode ser objeto de cedência com um conteúdo e fim não contrário à ordem pública¹⁹. Caso contrário, a utilização abusiva da imagem dá direito ao seu titular de exigir que aquele que a ofende adopte as providências para cessar os efeitos da ofensa, com consequente indemnização.

¹⁶Cfr. ADALBERTO COSTA, *ob. cit.*, p. 1372.

¹⁷ Sobre a interpretação do artigo 26 da CRP v. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I – Artigos 1.º a 107.º, Coimbra Editora.

¹⁸ E isto porque o seu direito à imagem é oponível *erga omnes* e subsiste mesmo depois da morte do seu titular.

¹⁹ Estamos na presença aqui da dimensão económica da imagem pessoal, sendo o seu titular livre de a tornar rentável dentro do respeito da ordem pública. Sobre este ponto não é demais lembrar o conteúdo a disposição do código civil português sobre a limitação voluntária dos direitos de personalidade: Artigo 81.º, n.º 1 «Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública».

O modelo tem ainda o direito de revogar o seu consentimento. Contudo, neste caso, poderá ser obrigado a indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte²⁰.

Concluimos esta reflexão citando Carlos Mota Pinto «os direitos de personalidade são inalienáveis e irrenunciáveis, dada a sua essencialidade relativamente à pessoa, da qual constituem o núcleo mais profundo». São «direitos inatos» e «direitos originários».²¹

²⁰ Neste âmbito v. Artigo 81 n.º 2 do Código Civil português.

²¹ Cfr. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, p. 211.