

**Imagem-retrato - Divulgação sem autorização prévia - Obra de cunho científico - Informação - Potencialidade de ofensa de forma autônoma - Dano moral - Quantificação - Promoção do direito à saúde - Relevância para fixação da indenização - Dano material - Ausência de fins preponderantemente lucrativos - Dano emergente e lucros cessantes não demonstrados ou presumidos - Veiculação que não teve objetivos comerciais ou publicitários - Multa diária**

Ementa: Imagem-retrato. Divulgação sem autorização prévia. Potencialidade de ofensa de forma autônoma, ainda que permaneçam ilesos outros atributos da personalidade. Dano moral. Quantificação. Obra de cunho científico. Informação. Promoção do direito à saúde. Relevância para fixação do montante indenizatório. Danos materiais. Ausência de fins preponderantemente lucrativos. Danos emergentes e lucros cessantes não demonstrados ou presumidos. Veiculação que não teve objetivos comerciais ou publicitários. Multa diária. Obrigação de natureza diversa daquela imposta pela decisão que antecipou os efeitos da tutela. Não incidência.

- A veiculação da imagem-retrato sem o consentimento expresso tem a potencialidade necessária para ofender a personalidade do titular, a despeito de terem sido ou não afetados outros atributos da subjetividade humana.

- Embora persista a configuração do dano moral, bem como do respectivo dever indenizatório, não obstante tenha a imagem-retrato, sem a prévia autorização do titular, sido publicada em obra de conteúdo preponderantemente científico, versando sobre o quadro clínico e a profilaxia referentes à Hepatite C, de modo a promover, em última análise, o direito fundamental à saúde, tal

circunstância deve necessariamente ser levada em consideração na fixação do *quantum* indenizatório.

- Não há falar em indenização por danos materiais em qualquer das duas vertentes que lhe são inerentes, quais sejam danos emergentes e lucros cessantes, se a veiculação da imagem-retrato, sem a prévia autorização do titular, a quem ademais se afigura estranho o uso de tal atributo da personalidade com fins econômicas, ocorreu em obra científica e, ademais, não foi utilizada, preponderantemente, em caráter comercial ou publicitário.

- É inviável a incidência da multa diária pelo descumprimento de obrigação que se afigure estranha ao comando estampado na decisão que antecipou os efeitos da tutela.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.056300-0/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelados: Editora Fio Cruz, Coopmed - Cooperativa Editora e de Cultura Médica Ltda., Ernesto Gontijo Aguiar - Apelantes: 1ª) Coopmed - Cooperativa Editora e de Cultura Médica Ltda., 2ª) Ernesto Gontijo Aguiar - Relatora: DES.ª SELMA MARQUES**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 24 de agosto de 2011. - Selma Marques - Relatora.

#### Notas taquigráficas

DES.ª SELMA MARQUES - Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra r. sentença de f. 250/259, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na demanda que Ernesto Gontijo Aguiar formulou contra Coopmed - Cooperativa Editora e de Cultura Médica Ltda. e outro, para: 1) condenar a parte ré, solidariamente, a pagar a importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais, a qual deverá ser corrigida com base na tabela da CGJMG a partir da publicação da sentença e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação; 2) condenar a parte demandada a pagar a título de multa diária pelo descumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela o importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), atualizado com base na tabela da CGJMG desde a data da sentença e acrescida de juros de mora a partir da citação da primeira ré.

Inconformada apela a parte ré às f. 270/282, primeiro recurso de apelação, assinalando a inexistência de ato ilícito hábil a gerar o dever indenizatório. Destaca que a autorização de f. 73 deve ser feita com todo o conjunto probatório destinado ao tratamento da Hepatite C do

requerente, donde se infere a autorização verbal para a veiculação da fotografia do autor em publicação médica referente à moléstia da qual é portador. Ressalta, nesse sentido, as declarações da Dr.<sup>a</sup> Rosângela Teixeira, evidenciando o consentimento do autor para retirar as fotografias que evidenciavam o progresso no tratamento do Sr. Ernesto. Assevera que o requerente se comprometeu a contribuir com os estudos. Afirma que o requerente

se prontificou em colaborar, sugerindo poses para melhor expor as partes do seu corpo, e que hoje refletem sua cura, alcançada com sucesso do tratamento promovido pela equipe médica que o atendia desde 30 de junho de 1994 (data da sua primeira internação no Ambulatório Bias Fortes do Hospital das Clínicas) (f. 273).

Sustenta ser excessivo o montante fixado a título de indenização por danos morais, pugnando por sua redução, mormente diante do contexto relativo à participação volitiva do requerente nos estudos em questão, de modo a se tornar demasiadamente contraditória a conduta ora adotada pelo demandante, que não pode por ela ser premiado. Ainda, nesse ínterim, salienta ser a requerida uma entidade cooperativa sem fins lucrativos, o que necessariamente deve ter repercussão na fixação do *quantum* indenizatório. Trata, ainda, da questão atinente ao não cabimento da incidência da multa diária fixada pelo Juízo em decorrência do descumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela, uma vez que sua eficácia se destinava ao futuro, não abarcando as publicações, reproduções e comercialização ocorridas no passado.

A parte autora também demonstrou sua irresignação com a r. sentença às f. 306/325, segundo recurso de apelação, asseverando ser inequívoco que o apelado não consentiu com a publicação da sua imagem individualizada, para fins de trabalho empreendido em torno da Hepatite C. Afirma que uma coisa é a utilização autorizada de fotografias para documentar o caso e outra sua inserção no livro publicado, com nítido destaque humilhante e fins exclusivamente comerciais. Destaca que, diversamente do consignado pela r. sentença, são inequívocos os danos materiais sofridos pelo autor, uma vez que se cuida de providência destinada a evitar que o requerido enriqueça ilícitamente à custa do autor. Ressalta que as provas documentais juntadas aos autos são inequívocas no sentido da comercialização dos livros em que foram veiculadas as imagens do autor pelo preço que varia entre setenta e setenta e cinco reais. Evidenciados os danos materiais, que denomina pedido mediato indeterminado, art. 286, II, do CPC, destaca que a previsão de liquidação por arbitramento, prevista pelo art. 475-C do CPC, se destina justamente aos casos em que inviável a fixação desde logo do montante, que, a esse título, deve ser adimplido. Assinala que o ato ilícito não pode se tornar lucrativo para o recorrente, que, a despeito das condenações veiculadas pela sentença, persistiria lucrando com a venda da obra. Noutra perspectiva, destaca

que a limitação da multa diária procedida pela sentença se encontra destituída de toda e qualquer razoabilidade. Afirma que, conforme comprova a Ata Notarial n. 8, a requerida descumpriu expressamente a determinação inserida na decisão de f. 23, que antecipou os efeitos da tutela, num total de 944 dias de descumprimento de ordem judicial, o que deve totalizar o importe de R\$ 944.000,00 (novecentos e quarenta e quatro mil reais), a título de *astreintes*. Aponta também a insuficiência do montante fixado a título de indenização por danos morais, sendo sua majoração medida que se impõe, mormente quando considerado o aporte financeiro aferido pelo infrator e a gravidade do ato ofensivo de nefasta repercussão nos direitos personalíssimos do requerente.

Resposta ao primeiro recurso, às f. 287/305, e ao segundo, às f. 334/341.

Presentes os requisitos legais, admito ambos os apelos, cuja análise ante a similitude e mesmo prejudicialidade das matérias debatidas será procedida de forma conjunta.

Do direito à imagem e sua ofensa.

Segundo ensina Paulo Lôbo, o direito à imagem diz respeito a toda forma de reprodução da figura humana, seja em sua totalidade, seja em parte. Consigna o mesmo civilista que não

se confunde com a honra, reputação ou consideração social de alguém, como se difundiu na linguagem comum. Relaciona-se ao retrato, à efigie, cuja exposição não autorizada é repelida. Neste, como nos demais casos de direitos da personalidade, pode haver danos materiais, mas sempre há dano moral, para tanto bastando a revelação ou publicação não autorizadas (*Direito civil*. Parte Geral, 2009, p. 154).

Assim, não obstante a equivocada redação do art. 20 do Código Civil, impende destacar que, malgrado no mais das vezes a divulgação da imagem possa estar acompanhada da ofensa à honra, ou mesmo outra manifestação da subjetividade humana, é possível sua ofensa e, por conseguinte, necessidade de tutela autônoma, como, aliás, é passível de ser inferido do art. 5º, V, *in fine*, da Constituição Federal.

Decerto, a característica da irrenunciabilidade, que, em regra, é conferida pela doutrina aos direitos da personalidade, estejam eles expressos ou não pelo direito posto, não guarda consonância com o sistema constitucional, que admite restrições e limitações pontuais, muitas vezes, advindas da própria autonomia privada do titular do direito, ou mesmo de outros interesses constitucionalmente relevantes.

Confirmam-se, a respeito, as lições de Luis Roberto Barroso:

O direito à imagem protege a representação física do corpo humano ou de qualquer de suas partes, ou ainda de traços característicos da pessoa pelos quais ela possa ser reconhecida. A reprodução da imagem depende, em regra, de autorização do titular. Nesse sentido, a imagem é objeto de

um direito autônomo, embora sua violação venha associada, com frequência, à de outros direitos da personalidade, sobretudo a honra. [...] A doutrina e a jurisprudência, tanto no Brasil quanto no exterior, registram alguns limites ao direito à imagem. Ato judicial, inclusive julgamentos, são públicos via de regra (art. 93, IX, da Constituição Federal), o que afasta a alegação de lesão à imagem captada nessas circunstâncias. Igualmente, a difusão de conhecimento histórico, científico e da informação jornalística constitui limites a esse direito (Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação [...]) (In: TAVARES, André Ramos *et al.* (Coords.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. 2005, p. 342-343).

Inequívoca a veiculação da imagem-retrato do autor, Sr. Ernesto Gontijo Aguiar, na obra intitulada *Hepatite C - Aspectos críticos de uma epidemia silenciosa*, f. 17 e 20, publicada pela Coopemed Editora Médica, 1ª ré, sendo coeditora a Editora Fiocruz, 2ª ré, f. 16.

Questão debatida com afinco pelas partes versa sobre a existência ou não do consentimento do requerente para que pudesse ocorrer tal publicação, uma vez que, segundo a parte ré, o documento de f. 73, assinado pelo próprio autor, conjugado com outros elementos, sobretudo as declarações da médica do demandante, evidenciará o consentimento do requerente nesse sentido.

Consta do referido documento:

Estou ciente e consinto na minha participação na pesquisa acima. Sei que a pesquisa inclui o exame clínico dermatológico completo e coleta de sangue e de raspados cutâneos para realização dos exames necessários para o diagnóstico. Estou ciente também e consinto que se realize biópsia da minha pele, incluindo biópsia da pele alterada e da pele normal, quando isto for necessário. Estou também de acordo com a realização de fotografias para a documentação do meu caso. Sei que os resultados serão mantidos sigilosos, podendo ser informados apenas à minha pessoa. Estou ciente de que os resultados deste estudo serão publicados somente em conjunto, não permitindo a identificação individual.

Das assertivas do referido instrumento não se infere a vedação para a publicação das fotografias, uma vez que tal conteúdo semântico não pode ser extraído da oração que registra que os resultados serão mantidos em sigilo - a fotografia que documenta o processo de realização da pesquisa não se confunde com seu resultado -, mas tampouco é possível extrair a autorização para publicação daquelas fotos.

No tocante ao consentimento do titular do direito, impende destacar que,

em se tratando de cessão de direito à imagem, há que se ponderar o caráter excepcional desta modalidade de negócio, razão pela qual a sua interpretação deve ser em princípio restritiva. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, esta tem sido a orientação, tendo sido objeto de decisão que não se deve ampliar o disposto em cláusulas contratuais. Por conseguinte, somente em situações muito claras deve ser aceito como válido o consentimento tácito em relação à cessão do direito à imagem [...] (ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Considerações sobre a Tutela dos Direitos da Personalidade*

no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed., 2006, p. 113).

Portanto é fato que o autor consentiu em participar das pesquisas, em que estaria inerente a publicação dos resultados e procedimentos, tendo mesmo consentido que fossem retiradas suas fotografias, até em momento posterior, 25 de março de 2008, tal qual relatado pela médica Rosângela Teixeira, f. 182/184. É dizer: o consentimento para ser fotografado não implica a autorização para veiculação da imagem-retrato em obras científicas, situação que, a despeito de repercussões em outros elementos da subjetividade humana, implica ofensa autônoma à imagem.

Assim, malgrado não tenha sido identificado o autor nas fotografias que aparecem na obra intitulada *Hepatite C - Aspectos críticos de uma epidemia silenciosa*, f. 17 e 20 dos autos, donde consta apenas a menção ao paciente portador de Hepatite Crônica, é inequívoca a veiculação da imagem-retrato do requerente sem o seu consentimento expresso.

Todavia, premissa que deve ser ressaltada é que, diversamente do consignado pelo requerente, embora não se olvide do caráter comercial da publicação em espeque, ele é absolutamente secundário em relação a seus objetivos científicos, de compartilhamento da informação com vistas à promoção do direito fundamental à saúde.

Frise-se que a relevância do estudo em questão pode ser ilustrada na reversão do quadro clínico do próprio requerente no tocante ao quadro de Hepatite C, como facilmente se colhe dos autos e, ademais, foi relatado por sua própria médica.

Resta clara, assim, a colisão entre o direito à imagem de um lado e o direito à informação, saúde e progresso científico de outro, gerando, por conseguinte, a necessidade de ponderação entre eles, sempre em observância ao princípio da unidade constitucional, a fim de ser mantida a harmonia do sistema. Sobre o tema da ponderação em caso de colisão, leciona Luis Roberto Barroso:

A ordem jurídica é um sistema, o que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia. Em um sistema, suas diversas partes devem conviver sem confrontos inarredáveis. [...] Na colisão de normas constitucionais especialmente de princípios - mas também de regras -, emprega-se a técnica da ponderação. Por força do princípio da unidade, inexistente hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como os de ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição (*Interpretação e aplicação da Constituição*, 2006, p. 372).

Ainda sobre a necessidade de ponderação em caso de colisão entre os direitos fundamentais da personalidade e o direito à informação, cumpre trazer à tona o

Enunciado 279, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 2006, que dispõe:

a proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se as medidas que não restrinjam a divulgação de informações (TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, 2007, p. 55).

Todavia, sob pena de ser suprimida a individualidade do requerente em favor da coletividade, hipótese vedada pela Constituição, art. 5º, V, não há como deixar, diante da falta de consentimento expresso para a utilização da imagem-retrato, de se reconhecer a ofensa ao direito personalíssimo, embora as implicações de cunho científico e informativo da obra, que, repita-se, preponderem sobre o comercial, deva ser sopesado na quantificação da indenização por dano moral.

Do dano material.

Os danos materiais repartem-se em duas frentes. São elas os danos emergentes e os lucros cessantes.

Em relação aos danos emergentes, cumpre registrar que advêm da “efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima em decorrência do ilícito” (CAVALIERI, Sérgio. *Programa...*, 2006, p. 97). Por isso, imprescindível seja comprovado e quantificado o prejuízo oriundo da conduta alheia tomada por ilícita. Todavia, na espécie, nenhum prejuízo imediato de ordem material pode ser vislumbrado. Note-se que o requerente não sofreu qualquer decréscimo em seu patrimônio em decorrência da veiculação de sua imagem-retrato no livro versando estudos sobre a Hepatite C.

Por seu turno, lucros cessantes

são os valores que uma das partes deixa de lucrar como consequência do cometimento de algum ato ilícito. Importante destacar, ainda, que sua ‘aferição é mais sofisticada que o simples cálculo diferencial que comanda a aferição dos danos emergentes’. Evidentemente, não basta alegar uma potencial perda futura para que se obtenha indenização por lucros cessantes. Ao contrário, no direito brasileiro, só se indeniza, a princípio, o dano certo e atual. ‘Diz-se atual o dano que já existe ou que já existiu no momento da ação de responsabilidade; certo, isto é, fundado sobre um fato preciso e não sobre uma hipótese’.

Assim, a jurisprudência brasileira recusa-se a impor a indenização de danos hipotéticos. Conforme reiteradamente decidido pelos nossos tribunais, ‘não se indenizam expectativas, nem se consideram danos futuros e eventuais’. A efetividade do dano é pressuposto indispensável da indenização, de modo que, se o dano consiste na subtração de uma condição favorável ao ofendido, não pode ser com segurança afirmada como danosa a conduta que só no futuro, talvez e eventualmente, poderá manifestar essa aniquilação ou alteração da

situação jurídica da pessoa (AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*, 2008, v. 4, p. 372-373).

Não trouxe a parte autora quaisquer elementos que permitissem a aferição dos lucros cessantes, ou mesmo que autorizassem fosse vislumbrada a possibilidade de sua existência.

Não se olvida que há precedentes do STJ no sentido de que a simples veiculação indevida da imagem poderia implicar lucros cessantes. Nesse ínterim, é paradigmática até mesmo a Súmula nº 403 do STJ, cujo verbete, em construção jurisprudencial, que, na ânsia de alcançar a síntese e uniformidade, que tem o péssimo efeito de não permitir a distinção entre danos morais e danos materiais, estabelece: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Note-se que, para que seja possível falar em danos materiais, na vertente de lucros cessantes, em decorrência da exposição da imagem, necessário atentar para alguns elementos recorrentes. No mais das vezes, as pessoas que têm obtido esse tipo de indenização fazem uso de sua imagem com fins profissionais, ou são dotadas de notoriedade.

São rotineiros no STJ casos de atrizes que, tendo sua imagem captada, com o seu consentimento, em determinado contexto, têm a cena reproduzida, num segundo momento, sem sua autorização, por outros veículos de comunicação.

Ora, tratando-se de pessoa notória que utiliza a própria imagem-retrato como atividade profissional, é coerente atribuir-se, sob pena de enriquecimento indevido daquele veículo de informação que utilizou a imagem de outrem com fins comerciais ou publicitários, aquilo que razoavelmente deixou de ganhar como retribuição financeira por sua exposição. Note-se que tal situação é facilmente aferível, ainda que possa persistir alguma dificuldade para se apontar, desde logo, o *quantum debeat*, em decorrência de contratos desse jaez, que, corriqueiramente, são firmados por aqueles que, seja em decorrência de sua profissão, seja por sua notoriedade, têm apelo junto ao público e contribuem para que sejam alavancadas as vendagens de determinada publicação.

Nesses casos, os ganhos materiais são inerentes à exposição da imagem da pessoa, que, por isso, faz jus a uma contrapartida material, pela exposição, sem autorização prévia, de sua imagem-retrato, para aumentar as vendagens, ou mesmo com fins publicitários de determinados veículos de comunicação. É inteiramente procedente que uma parcela dos lucros fique com quem contribui, ainda que sem manifestação idônea da vontade, para que fossem produzidos, sob pena até mesmo de ser efetivado o malfadado enriquecimento ilícito.

Nesse sentido o REsp 138.883/PE, tendo como Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no DJ de 05.10.1999, cuja ementa, inúmeras vezes

repetidas, ao menos no tocante ao conteúdo em outros julgados do Tribunal, dispõe:

[...]

2. Cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem a devida autorização. O dano está na utilização indevida para fins lucrativos, não cabendo a demonstração do prejuízo material ou moral. O dano, neste caso, é a própria utilização para que a parte aufera lucro com a imagem não autorizada de outra pessoa. Já o Colendo Supremo Tribunal Federal indicou que a 'divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica locupletamento ilícito à custa de outrem, o que impõe a reparação do dano'.

Todavia nenhum dos parâmetros elencados se faz presente na espécie. O autor não é alguém que faça uso da imagem em termos profissionais ou tampouco é dotado de notoriedade. É dizer: esse atributo do requerente, diversamente dos casos acima referidos, nos quais a pessoa, via de regra, é dotada de popularidade e repercussão junto ao público, deve ter sua proteção adstrita ao aspecto personalíssimo, que, necessariamente, se encontra desgarrado do aspecto patrimonial. O âmbito econômico-financeiro, assim, só ganha alguma relevância diante da tentativa imperfeita de compensação em casos de ofensa à subjetividade humana representada pela indenização por danos morais.

Além disso, conforme já enfatizado, a publicação de quatro fotos do autor em duas páginas de um livro que se destina ao estudo da Hepatite C, com fincas à veiculação da informação científica, que tem impacto direto na promoção do direito fundamental à saúde, apenas em caráter secundário tem cunho comercial ou publicitário. É dizer: a imagem do autor não foi utilizada para fins de publicidade indevida ou mesmo para aumentar o apelo da obra junto ao público.

Ora, ainda nesse ínterim, impende destacar que vem sendo aceito pelas partes que a vendagem do livro teria alcançado apenas 383 exemplares, situação que evidencia não ser publicação com fincas preponderantemente comercial. Não se trata de publicação destinada a atingir um grande público, ou tampouco a satisfazer o desejo por futilidades alheias, que, em certa medida, estão presentes em todos nós. Antes disso, cuida-se de publicação destinada a público específico, com finalidade preponderante de possibilitar que outros profissionais da área médica, ou mesmo aqueles que se encontram em vias de se tornar um, tenham acesso a estudos que retratam o exitoso tratamento a que foi submetido o requerente, para a cura da Hepatite C, de que era portador.

Acolher as assertivas constantes da peça recursal do autor, no sentido de levar em consideração o número de exemplares vendidos para o cálculo do seu direito indenizatório equivaleria a outorgar-lhe *status* superior à autoria da obra, que, na espécie, é conjunta, ou mesmo tomar que toda a publicação o tenha por matéria principal, o que nem na mais longínqua hipótese pode ser aceito,

diante das quatro fotografias em duas páginas de uma publicação que tem 212 páginas (f. 16).

Diversamente do consignado na peça recursal da parte autora, não é a inviabilidade de liquidação da suposta indenização por dano material, situação que, de fato, poderia ser remediada pelo art. 475-C do CPC, que obsta a condenação requerida, mas, sim, a sua inexistência.

Desse modo, deve ser mantida a improcedência dos pedidos à indenização por danos materiais.

Dos danos morais.

Estabelece o ordenamento civil constitucional (art. 1º, III, da CF, c/c o art. 12 do Código Civil) uma cláusula geral da personalidade humana destinada a proteger os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita, ou mesmo ameaça, à integralidade psicofísica, pois

o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é uma radical a partir do qual se formam diversas manifestações jurídicas, dentre elas a tutela da personalidade humana, categoria jurídica através da qual se revelam as mais expressivas facetas da subjetividade do homem. Se, de uma perspectiva, o princípio da dignidade possui uma dimensão objetiva, a partir da qual se podem extrair valores éticos e princípios jurídicos que devem reger a vida em sociedade, de outra ele possui também uma dimensão subjetiva que permite que dele sejam extraídos direitos subjetivos destinados a proteger juridicamente aspectos da pessoa humana, dentre os quais se encontram os direitos da personalidade (MELLO, Cláudio Ari. *O novo Código Civil e a Constituição*. 2006, p. 91).

Cumprir enfatizar, como bem o faz Maria Celina Bodin de Moraes, que a importância de se conceituar o dano moral como lesão à dignidade, que em uma de suas facetas envolve, como já referido, a personalidade humana como manifestação da subjetividade nas mais diversas situações cotidianas, é que consequências daí advêm, pois,

em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade de pessoa será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum 'direito subjetivo' da pessoa da vítima, ou causa algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação subjetiva extrapatrimonial (ou de um 'interesse não patrimonial') em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela, será suficiente para garantir a reparação (*Danos à pessoa...*, p. 188).

Ao longo da fundamentação, já restou devidamente demonstrado que a exposição da imagem da parte autora sem o seu consentimento tem a potencialidade necessária para ofender sua subjetividade. A análise do tema foi a primeira versada neste voto, sendo desnecessário repetir as considerações suprarreferidas.

No mesmo tópico, constou, ainda, que o fato de se tratar de publicação da imagem-retrato em obra de



cunho científico com fincas à promoção do direito fundamental à saúde em caráter difuso, uma vez que expunha o exitoso processo de tratamento para Hepatite C, ao qual foi submetido o autor, para que outros médicos pudessem aproveitá-lo em seus pacientes, não basta para evitar a configuração do dano moral, referido contexto tem, necessariamente, consequências na aferição de seu montante.

Importante destacar que, apesar de inexistir orientação uniforme e objetiva na doutrina ou na jurisprudência de nossos tribunais para sua fixação, ainda é ponto pacífico, mormente no STJ (REsps 228244, 248764 e 259816, dentre outros), que

a indenização, como se tem assinalado em diversas oportunidades, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom-senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades em cada caso, devendo, de outro lado, desestimular o ofensor a repetir o ato.

Nesses parâmetros, atentando-se, sobretudo, para o grau de culpa da parte autora, que teve o consentimento do requerente para a captura de sua imagem-retrato, embora não o tivesse para sua publicação nos termos retratados nos autos, e, ainda, dispensando-se a devida consideração a outros interesses, também de cunho constitucional, aos já destacados se agrega também o objetivo da construção de uma sociedade solidária, comando inserto no art. 3º, I, da CF-88, que não se destina apenas ao Estado, alcançando também o particular; o importe indenizatório fixado pela sentença, tentativa de compensação naturalmente imperfeita pela potencialidade de determinada conduta para expor a subjetividade humana, deve ser reduzido. A forma mais adequada ao caso dos autos é a fixação no importe de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), montante que, dentro do delicado contexto estabelecido pela presente demanda, se mostra suficiente para compensar o requerente pelos danos sofridos, sem se desgarrar das outras balizas, também de fundo constitucional, envolvidas.

Demais disso, relevante tutela ao direito à personalidade é prestada a partir do momento em que imposta a obrigação de não fazer consubstanciada na determinação para que cesse a veiculação não autorizada da imagem-retrato do requerente.

Da multa diária.

As multas periódicas atuam no sistema processual mediante o agravamento da situação do obrigado, onerando-o cada vez mais na medida em que o tempo passa e ele continua inadimplente, de forma a criar nele a consciência de que lhe será menos gravoso cumprir a obrigação decorrente da determinação judicial, ainda que advinda

da antecipação dos efeitos da tutela, do que permanecer inerte.

Não há na legislação processual critérios rígidos destinados a fixar o valor das multas, limitando o art. 461, § 4º, do CPC a estabelecer o caráter de suficiência e compatibilidade com a obrigação, pois devem motivar o obrigado a adimplir o que lhe foi imposto, sem, contudo, produzir uma devastação no seu patrimônio. Afinal, elas não são repressivas ou reparatórias, pois se destinam ao tempo futuro, querendo promover a efetividade dos direitos, e não a punir ou ressarcir alguém por ilícitos já praticados.

Nesse sentido a lição de Cândido Rangel Dinamarco, que elucida:

Estamos no campo da jurisdição de equidade, no qual o juiz decide sem as limitações ordinariamente ditas em lei, mas deve também estar atento aos objetivos a serem atingidos, ao valor do justo e a realidade econômica, política, social ou familiar em que se insere o conflito. No que se refere às *astreintes*, ele as arbitrará com atenção ao binômio suficiência-compatibilidade, estabelecido no par. 4º do art. 461 do Código de Processo Civil, sem ficar em níveis que não cheguem a preocupar o obrigado teimoso nem passar aos exageros de multas arrasadoras e talvez difíceis de serem pagas (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p. 471).

À f. 23 dos autos, consta a decisão que antecipou os efeitos da tutela determinando, sem maiores especificações:

Intimem-se as requeridas para que não prossigam com a divulgação, reprodução ou comercialização da obra denominada *Hepatite C - Aspectos críticos de uma epidemia silenciosa'*, contendo as imagens (rostos e mãos) do requerente a partir da citação, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) (f. 23).

Note-se que a decisão referida está datada de 28 de maio de 2008, sendo que a juntada do primeiro mandado de citação e intimação da decisão que antecipou os efeitos da tutela data de 13.06.2008, f. 27-verso.

Os documentos utilizados pela parte autora para evidenciar o descumprimento da medida antecipatória e, por conseguinte, ensejar a incidência da multa diária são os de f. 199/202.

Evidenciam referidos documentos que terceiros comercializavam o livro em data posterior à concessão e respectiva intimação da medida antecipatória dos efeitos da tutela.

Todavia, não prestam para fins de comprovar eventual descumprimento da medida liminar. Note-se que o comando judicial foi cristalino no sentido de determinar que apenas as rés deixassem de comercializar o livro. Tratava-se de uma obrigação de não fazer, que deixou de abarcar terceiros que não eram partes do processo. Frise-se, ademais, que do comando judicial de f. 23 não se colhe a obrigação de fazer, relativa ao recolhimento

dos exemplares já vendidos pelas editoras e que podem ser comercializados pelas livrarias e sítios eletrônicos especializados ou não em temas médicos.

Não se trata aqui de dizer da efetividade ou não da medida para resguardar a imagem-retrato do requerente, providência que deveria ter sido tomada pela parte recorrente por intermédio de agravo de instrumento no momento oportuno, buscando conferir à decisão interlocutória a eficácia necessária ao fim almejado. Cuida-se apenas de não condenar a parte ré ao pagamento de multa diária pelo descumprimento de uma obrigação diversa daquela que lhe foi imposta. A hipótese de incidência inserta na decisão interlocutória de f. 23 somente restaria configurada se fosse comprovado que a parte demandada comercializou o livro após ser intimada a não fazê-lo. O fato de terceiros persistirem negociando o livro pode até implicar proteção imperfeita da imagem-retrato, mas não autoriza sejam impostas as *astreintes* à parte requerida, a quem, repita-se, não foi determinada a obrigação de fazer consubstanciada no recolhimento de exemplares já negociados com livrarias e outros fornecedores.

Note-se que também na sentença, que apenas ratificou a medida antecipatória dos efeitos da tutela, persistiu a ausência da imposição da obrigação de fazer consubstanciada no recolhimento dos exemplares já comercializados no momento em que deferida a liminar. Todavia também este Tribunal, em observância aos limites da demanda estabelecidos pela regra da correlação, está impedido de fazê-lo. Isso porque, embora não se olvide que, no sistema processual brasileiro, vigore o princípio da substanciação, pelo qual

não é necessário que o autor qualifique juridicamente seu pedido, bastando fornecer, com a maior exatidão possível, a origem dos fatos que dão fundamento jurídico a seu pedido (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 2007, p. 72),

a norma não se estende aos pedidos, que, forte no art. 286 do CPC, devem ser certos e determinados. Frise-se que

Por pedido certo deve ser entendido o que descreve, com exatidão, a extensão, a quantidade e a qualidade do que o autor quer que lhe seja outorgado pela sentença (BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.*, 2007, p. 77).

Por isso, em atenção ao pedido constante da peça de ingresso, momento em que são estabelecidos os limites quantitativos e qualitativos da demanda, não é possível impor à parte ré a obrigação de recolhimento dos exemplares negociados frente a terceiros em data anterior à concessão da medida antecipatória dos efeitos da tutela. No entanto, uma vez que tal medida não constou do pedido, não há falar sequer na coisa julgada sobre ela, de modo que ainda é viável o ajuizamento de nova demanda com esse fim específico. Mas fato é que, diante da forma como realizado o pedido, no qual consta:

a - sejam as requeridas liminarmente impedidas de prosseguir com a divulgação, reprodução, comercialização e utilização da obra denominada *Hepatite C - Aspectos críticos de uma epidemia silenciosa*, contendo as imagens (rosto e mãos) do requerente a partir da citação [...] (f. 06),

não é possível inferir pedido para que sejam as obras já comercializadas com terceiros recolhidas pela parte ré.

Note-se que do conteúdo de nenhum dos quatro verbos aludidos é possível extrair o requerimento de referida providência. Repita-se, todas as obrigações relacionadas têm relação com uma abstenção, um não fazer da parte ré.

O exemplar de um livro já negociado com terceiros poderá ser disponibilizado para os destinatários finais sem que a parte requerida exerça qualquer divulgação, reprodução, comercialização ou utilização.

O recolhimento dos exemplares já comercializados na data em que deferida a medida liminar é, portanto, situação de tutela que escapa àquela pretendida.

Contudo, ainda persiste a obrigação de não fazer tal qual requerida, determinada pela medida antecipatória dos efeitos da tutela e ratificada pela sentença, de modo a ser viável a permanência da multa caso descumprido qualquer desses comandos insertos na decisão judicial. Por isso, deve permanecer a possibilidade de incidência da multa no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento, limitada, contudo, a vinte e seis mil reais.

Dispositivo.

Isso posto dou parcial provimento ao primeiro recurso para: 1) reduzir a indenização por danos morais fixada pela sentença para R\$ 6.000,00 (seis mil reais), acrescida de correção monetária desde a publicação da r. decisão apelada e de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação; 2) excluir da sentença o capítulo de condenou a parte ré a pagar à parte autora a importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de multa diária pelo descumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Dou parcial provimento ao segundo recurso apenas para, mantendo a possibilidade de incidência da multa diária de um mil reais em caso de inobservância da obrigação de não fazer imposta pela sentença à parte ré, estabelecer como limite das *astreintes*, que eventualmente venham a incidir, o importe de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais), que, ademais, não se encontra revestido pela coisa julgada, art. 461, § 6º, do CPC.

Custas do primeiro recurso, na proporção de 50% pela parte ré e 50% pela parte autora. Custas do segundo apelo, na proporção de 80% pela parte autora e 20% pela parte ré.

Custas processuais e honorários advocatícios, como fixados pela sentença, uma vez que, não obstante as alterações procedidas, o percentual lá estipulado permanece hábil para evidenciar a proporcionalidade da sucumbência recíproca.

É como voto.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - De acordo com a Relatora.

DES. MARCELO RODRIGUES - De acordo com a Relatora.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.