



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – UNIDADE SANTA RITA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

RENATA DE QUEIROZ FERNANDES CHAVES

**UTILIZAÇÃO DE IMAGENS DE PACIENTES A TÍTULO DE PUBLICIDADE E
PROPAGANDA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA**

SANTA RITA – PB
2024

RENATA DE QUEIROZ FERNANDES CHAVES

**UTILIZAÇÃO DE IMAGENS DE PACIENTES A TÍTULO DE PUBLICIDADE E
PROPAGANDA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Unidade Santa Rita, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Ciências Jurídicas.

Orientador(a): Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho

SANTA RITA – PB

2024

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

C476u Chaves, Renata de Queiroz Fernandes.
Utilização de imagens de pacientes a título de
publicidade e propaganda: considerações acerca da
responsabilidade médica / Renata de Queiroz Fernandes
Chaves. - Santa Rita, 2024.
63 f.

Orientação: Adriano Marteleto Godinho.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Direito à imagem. 2. Direitos da personalidade.
3. Responsabilidade civil. 4. Publicidade e propaganda
médica. I. Godinho, Adriano Marteleto. II. Título.

UFPB/DCJ/CCJ-SANTARITA

CDU 34



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DIREÇÃO DO CENTRO
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO



DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

**ATA DA BANCA EXAMINADORA DA DEFESA PÚBLICA DO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO**

Ao décimo sexto dia do mês de Outubro do ano de dois mil e vinte quatro, realizou-se a sessão de Defesa Pública do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito intitulado “Utilização de imagens de pacientes a título de publicidade e propaganda: considerações acerca da responsabilidade médica” no Brasil”, sob orientação do(a) professor(a) Adriano Marteleto Godinho que, após apresentação oral, foi arguido pelos integrantes da Banca Examinadora que se reuniram, reservadamente, e decidiram emitir parecer favorável à APROVAÇÃO, de acordo com o art. 33, da Resolução CCGD/02/2013, do(a) aluno(a) Renata de Queiroz Fernandes Chaves com base na média final de 9,8 (NINE VÍRGULA OITO). Após aprovada por todos os presentes, esta ata segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Adriano Marteleto Godinho

Adriano Marteleto Godinho

Alex Taveira dos Santos

Alex Taveira dos Santos

Eloísa Dias Gonçalves

Eloísa Dias Gonçalves

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me abençoar, me amar e conceder-me tantas obras de vida, como a conclusão deste curso.

Agradeço a minha mãe, Verônica, que sobretudo, é minha maior incentivadora, amiga, amor maior e exemplo. Que sempre me educou e incentivou fortemente meus estudos, com toda sua persuasão e cuidado me manteve até aqui, honro aqui parte de nossa trajetória.

Agradeço imensamente aos meus avós, Renato e Haydeia, dos quais orgulho muito em ser neta, minhas rochas e meus grandes amores dessa vida.

Ao meu pai, Carlos, por me ensinar tanto com a vida, com seu ombro amigo, conselhos e acolhimento, me dando forças e com exemplo de que sempre na vida podemos começar ou recomeçar.

À minha madrasta, Suênia, por ser além de uma grande incentivadora, participante em toda minha trajetória com conselhos, apoio e carinho.

Também ao meu psicólogo, Rafael, por ter sido fundamental nesse ano, me auxiliando no eterno processo de autoconhecimento que é a vida.

Dedico minha conclusão do curso de Direito aos meus pais, familiares e amigos que me apoiaram nessa trajetória. Também a mim mesma, que não desisti de chegar até aqui.

Assim, dedico.

*“O esforço só é expresso em recompensa,
quando uma pessoa se recusa a desistir.”*

(Napoleon Hill)

RESUMO

Em meio ao desenvolvimento tecnológico, o direito de imagem vem ganhando ainda mais notoriedade dentro do ramo jurídico. Trata-se de uma espécie de direito da personalidade, logo, personalíssimo, intransmissível e inerente ao indivíduo, sendo compreendido como garantia fundamental. Nesse mesmo cenário, o crescimento das atividades em veículos de mídias sociais tem permeado diversas profissões no quesito de publicidade e propaganda, havendo o direito de imagem uma atenção maior, quando a atuação diz respeito a relação com outros indivíduos. No que concerne aos procedimentos metodológicos, este trabalho foi embasado em uma pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, fazendo-se uso de fontes secundárias indiretas, com o objetivo de produzir um arcabouço teórico sobre a temática visando a compreensão da responsabilidade médica no que tange a matéria de responsabilidade civil decorrente do uso indevido de imagem. Em recorte específico, o trabalho atentou-se na análise da atividade médica na relação de utilização de imagens de pacientes sob finalidade de publicidade e propaganda. A título de conclusão, foram trazidas considerações acerca da garantia do direito à imagem como parte da atuação médica e a respectiva responsabilidade civil e profissional, com observância da jurisprudência, doutrina e normas referentes à matéria.

Palavras-chave: Direito à imagem; Direitos da personalidade; Responsabilidade civil; Publicidade e propaganda médica

ABSTRACT

Amid technological development, image rights have been gaining even more notoriety within the legal field. It is a type of personality right, therefore, very personal, nontransferable and inherent to the individual, being understood as a fundamental guarantee. In this same scenario, the growth of activities on social media vehicles has permeated several professions in terms of advertising and advertising, with image rights receiving greater attention when the action concerns relationships with other individuals. Using a bibliographical, documentary and jurisprudential research methodology in indirect mode with the general objective of providing an academic framework on the subject and specifically understanding medical responsibility with regard to civil liability and the misuse of images. In a specific section, the work focused on the analysis of medical activity in relation to the use of images of patients for advertising purposes. By way of conclusion, the thesis on guaranteeing the right to image as part of medical action in this sense and the respective civil and professional responsibility, in compliance with jurisprudence, doctrine and standards relating to the matter.

Keywords: Right to image; Personality rights; Civil liability; Medical advertising and propaganda

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CFM – Conselho Federal de Medicina

CODAME – Manual da Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos

CRM – Conselho Regional de Medicina

RES – Resolução

RQE – Registro de Qualificação de Especialista

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DO DIREITO À IMAGEM	15
2.1 A IMAGEM NA HISTÓRIA DA HUMANIDADE	15
2.2 DEFINIÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM	16
2.3 DIREITO À IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALIDADE	23
2.4 TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	26
2.4.1 Tutela preventiva ou inibitória	27
2.4.2 Tutela indenizatória	28
2.5 UTILIZAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM POR TERCEIROS E O CONSENTIMENTO DO TITULAR	32
3 DA ATUAÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA PERANTE PUBLICIDADE MÉDICA	35
3.1 ASPECTOS DA RESOLUÇÃO Nº1.974 DE 2011 DO CFM	35
3.2 DOS ASPECTOS DA RESOLUÇÃO N 2.336 DE 2023 DO CFM	37
3.3 DAS ESPECIFICIDADES DA CONDUTA PROFISSIONAL SOBRE A UTILIZAÇÃO DE IMAGENS DE PACIENTES	38
3.4 A ÉTICA MÉDICA	41
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	44
4.1 DO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	44
4.1.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil	45
4.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM MATÉRIA DE DIREITO À IMAGEM	47
4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	50
4.4 DAS CONSEQUÊNCIAS AO MÉDICO PELA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA IMAGEM	53
4.4.1 Responsabilidade civil do médico na relação médico versus paciente ...	53
4.4.2 Consequências no campo ético-profissional	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo teve por objetivo estabelecer a conceituação do direito de imagem e tratar do desenvolvimento desta enquanto bem jurídico a ser tutelado, permeando sua atuação no meio da atividade jurisdicional como direito autônomo. O trabalho busca, portanto, a compreensão do recorte da atuação médica sobre o uso e responsabilidade da utilização de imagens de pacientes a título de publicidade e propaganda médica.

O contexto de imersão em tempos hodiernos, perante a utilização de mídias sociais como via de propagação de informação, conteúdo, publicidade e propaganda alcançou os mais diversos âmbitos de atuação profissional, dentre os quais, a seara da saúde, sobretudo a médica.

A comunidade médica passou a utilizar fortemente redes sociais com a finalidade de divulgar o trabalho dos profissionais, captar clientes, informar sobre a respectiva área de atuação e, por meio destas, expor uma espécie de portfólio profissional nos veículos de internet.

A evolução para uma nova realidade traz à tona a vinculação de conduta ética da área médica conectado à vasta gama de alcance populacional por tais veículos, de modo que emergiu a necessidade de uma articulação jurídica própria e atualizada, que abarcasse esse novo cenário. Sob essa perspectiva, o Conselho Federal de Medicina (CFM), realizou no ano de 2023 a atualização da normativa resolução sobre a tratativa de publicidade e propaganda médica, a Resolução nº 1.974, datada no ano de 2011.

Dentre a gama de modificações que a Resolução 2.336 de 2023 do CFM (Conselho Federal de Medicina) inaugurou para os parâmetros de publicidade e propaganda médica, no presente trabalho, o conteúdo do artigo 14 da normativa será meticulosamente analisado, por seu teor discorrer a respeito da utilização de imagens de pacientes.

O Direito brasileiro, nos domínios do Direito Digital, abarcou o chamado direito à imagem. O direito à imagem deve ser compreendido com a sua correlação com direito outros direitos da personalidade, mas de forma autônoma, em matéria de direitos da personalidade e de garantia fundamental.

Posto assim, o instituto do direito à imagem versa sobre a visualização da forma exterior do indivíduo vinculado a fotografia, retratos, vídeos, e que, portanto, detendo seu titular o pleno direito da sua utilização, sendo personalíssimo, tutelado em matéria de Código Civil de 2002, Constituição Federal de 1988 e diversas outras normativas, dentre elas a resolução do Conselho aqui analisada.

A problemática de pesquisa central se debruça sobre a perspectiva da utilização das imagens de pacientes a título de material vinculado à publicidade e propaganda médica, isto é, a imagem de um terceiro sendo utilizada como via de divulgação da atividade médica realizada.

Dentre os objetivos da pesquisa, além de delimitar o percurso desta normativa até a atualização dos parâmetros de atuação médica, aloca-se a análise dos aspectos à luz das garantias do direito à imagem dos pacientes, possíveis entrelinhas jurídicas e, por fim, a responsabilidade civil médica correlata à tal utilização. Bem como, aumento do material bibliográfico em pesquisa sobre o tema, sob finalidade de ampliação dos estudos desta para arcabouço acadêmico.

A metodologia do estudo consistiu em uma pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, abarcados também demais análises científicas sobre o tema. Adotou-se o método dedutivo, com delimitação acerca dos institutos jurídicos de direito à imagem, direitos da personalidade, tutela e responsabilidade civil, como também o posicionamento ético-profissional do Conselho Federal de Medicina.

Por sua vez, a coleta de dados bibliográficos e documentais foi realizada na modalidade indireta, com a realização de pesquisas bibliográficas em livros, artigos, bases de dados digitais, tais como *jus brasil*, *scielo*, dentre outras, com a finalidade de construir um arcabouço doutrinário, como base de compreensão e exploração metodológica.

Neste diapasão, o primeiro capítulo discorre sobre a definição e compreensão da imagem, acerca do instituto de direito à imagem, sua conceituação, histórico, dos direitos da personalidade, a tutela destes e, por fim, da autorização da utilização desta imagem por terceiros.

No segundo capítulo, trata-se da Resolução de 2.336/23 do CFM, com uma breve caracterização sobre as principais mudanças da Resolução n. 1.974 de 2011, seguindo com uma análise específica sobre o capítulo IX, do uso da imagem de

pacientes ou de banco de dados, além disso, tratar sobre a conduta profissional elencado nesta.

Por fim, no terceiro capítulo a discursão sobre matéria clássica do Direito Civil da responsabilidade civil, com recortes a respeito da atuação médica, abarcando os aspectos anteriormente mencionados, como regra da conduta médica, a responsabilidade diante da vinculação da imagem à publicidade e propaganda, bem como, a utilização e armazenamento das imagens. Deste modo, enfatiza-se a importância do presente estudo, haja vista que a utilização das imagens dos pacientes por parte dos profissionais da saúde pode implicar a responsabilidade civil destes.

2 DO DIREITO À IMAGEM

2.1 A IMAGEM NA HISTÓRIA DA HUMANIDADE

Para a compreensão do conceito do direito de imagem, é interessante compreender como surgiu o elemento da representação do indivíduo em gravuras, pinturas, retratos, fotografias, entre outras formas que a cultura humana alcançou ao que hoje conhecemos como imagem.

Para isso, remetemos esta análise para a meados de 2500 a.C., no território hoje conhecido como Egito, berço de muitas descobertas a respeito da origem humana, na qual a arte, para além dos grandes monumentos e pirâmides, emergiu sob finalidade de representatividade religiosa, homenageando faraós e a retratação de suas trajetórias.

A representação destas figuras a título de manter viva a história do povo, gerando a identificação e, portanto, unindo à representação artística à imagem daquele que estava sendo retratado. Gerou-se uma informação visual e tornou, para além do legado histórico, parte do indivíduo presente a qualquer tempo. A ideia se alonga aos povos Greco-romanos, em que grandes imperadores, filósofos e pensadores dos anos anteriores a Cristo foram homenageados através de esculturas.

Após longos anos, a arte renascentista e a crescente valorização do homem e suas formas, fomentou entre o meio artístico os chamados retratos, que se fundam na representação humanística por meio da pintura em quadros. Ainda que dessa produção artística não obtivesse o objetivo do vínculo à pessoa representada, como faziam os egípcios, deu início a cultura de imagem do indivíduo como o enfoque da realização artística, por sua mera demonstração, embelezamento. Fato que se consuma pelo exemplo de desconhecermos quem se trata a real modelo da obra mais conhecida de Leonardo da Vinci, a Mona Lisa.

Outros grandes movimentos artísticos valorizam essa cultura de representação humana em suas formas, características e feitos. São grandes exemplos, desde as obras napoleônicas à título de imponência de Napoleão, por sua pessoal valorização, até o período pós-impressionista, marcado pelo emblemático Van Gong e seus trinta e cinco autorretratos, cunhados sob a finalidade de alcançar perspectivas distintas de si mesmo e aperfeiçoamento suas técnicas.

No entanto, essa procura de mostrar, de retratar, o real passou a conter outra modalidade de representação, para além das obras plásticas. No século XIX, o desenvolvimento do que viria a ser uma máquina fotográfica teve seu início, sendo marcado o ano de 1826 como a primeira fotografia realizada pelo inventor da câmera escura, Joseph Niépce. Ao longo do tempo, o desenvolvimento alcançou as conhecidas câmeras de filme, câmera fotográfica digital até a união da tecnologia fotográfica em celulares em 1999.

A era digital revolucionou a utilização de imagens, juntamente com o desenvolvimento das chamadas redes sociais, a conotação das representações fotográficas passou a ter um cenário diferente em meio a sociedade. A exposição cresceu, a utilização de retratos para finalidades diversas amplificou a conceituação em torno da visão anterior de algo mais simplista do que era a imagem.

Com a curva exponencial de redes sociais e utilização da imagem ligado a essa interação virtual, o conceito migrou para além da cultura, memórias e acervo pessoal. A imagem então passou a ser compreendida como à frente veremos, algo próprio, individual e que alcança aspectos extremamente íntimos do ser humano.

A compreensão vai além da representação visual, alcança aspectos mais amplos do que a simples materialidade. Alcança a reputação, a integridade, a personalidade, a intimidade da pessoa, pontos que serão elencados mais a fundo ao longo do presente trabalho, mas que embasam a tutela jurisdicional desta.

2.2 DEFINIÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM

A imagem para o direito será compreendida como a representação do indivíduo pelas diversas modalidades de reprodução fisionômica deste, como fotos, vídeos, pinturas, sendo, ainda, considerado por alguns juristas como a imagem sonora e a radiodifusão partes do entendimento. Para Bittar o conceito estende-se por:

Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os

olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa) (Bittar, 2015, p.153).

Logo, a conceituação de imagem embasa a representatividade da pessoa, seja qual for a maneira, podendo ser o rosto ou parte do corpo desta que a tornem identificáveis. Para parte dos doutrinadores a imagem abarca não somente o visual como também a sonoridade do indivíduo, sua voz, como parte da sua imagem, ponto de vista este que há concordância neste trabalho.

A exploração econômica da imagem e da sonoridade são práticas comuns na atualidade, detendo, o indivíduo, direito personalíssimo sobre a imagem visual e voz, abarcados dentro do conceito de direito à imagem. Direito este que pode ser conceituado por algumas teorias, conforme aponta Domingos Franciullini Netto (2004), parafraseando as teorias de Gitrama Gonzáles, são, resumidamente:

A) Teoria negativista: teoria superada e pouco aceita, que nega o direito à própria imagem como tal;

B) Teoria da subsunção do direito à própria imagem ao direito à honra: entende o direito a imagem como modalidade de expressão do direito à honra, não considerando o direito à imagem de forma autônoma e, portanto, dependente da tutela da honra;

C) Teoria do direito à própria imagem como manifestação do direito ao próprio corpo: compreende está o direito à imagem como parte do direito ao próprio corpo, como uma compreensão que se estende à imagem como parte física do indivíduo;

D) Direito à própria imagem como expressão do direito à intimidade ou reserva à vida privada: vincula a imagem ao direito à intimidade, e que, portanto, a imagem estaria associada a esta, bem como a possibilidade de utilização da imagem poderia ser entendido como supressão dessa intimidade;

E) Teoria da identidade: teoria que enfatiza o reconhecimento da imagem e da pessoa mediante a sua identificação de forma individualizada e que se configura como expressão deste direito;

F) Teoria do direito à própria imagem e o direito à liberdade: entende como o direito à própria imagem e a liberdade unidas, mas não é a liberdade objeto do direito a imagem. A compreensão dada é que o indivíduo deve possuir liberdade para dispor da sua imagem como desejar;

G) Teoria do patrimônio moral da pessoa: compreende a imagem como parte do “patrimônio” moral do indivíduo, como coisa integrada a tal, junto com demais direitos da personalidade;

H) Teoria do direito autônomo: compreensão trazida no direito positivo brasileiro na Constituição de 1988 do direito à imagem como autônomo.

Dentre os recortes teóricos analisados, compreendemos que o debate acerca da compreensão do direito à imagem permeia e conversa com uma diversidade de conceitos jurídicos e hermenêuticos sobre a delimitação do tema. Mas fato é, que a elucidação de uma universidade de correlações enfatiza a importância do direito, bem como, sua concretude como direito autônomo.

Não há de se colocar o direito à imagem como parte doutro direito. A sua conceituação deve ser entendida *per si*, ainda que incida a comunicação com outros institutos como a individualidade, intimidade, honra e corpo. Ademais, não se estende a utilização, ofensa e tutela do direito à imagem a vínculo presumido a outros direitos, devendo ela ser compreendida de maneira autônoma, conforme trouxe a Carta Magna em 88. Para a visualização do que diz respeito a positivação do direito à imagem, iniciaremos o apanhado normativo do direito de imagem no ordenamento jurídico brasileiro.

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 da 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 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 (Brasil, 1988).

O ponto central da Constituição Federal de 1988 em apresentar como matéria fundamental o conceito sobre o direito à imagem fundamenta a autonomia e proteção deste. Ao ser trazido no rol de garantias fundamentais, o legislador confere a tal direito seu caráter autônomo, personalíssimo, irrevogável, intransferível e fundamental, aspectos que serão discutidos a frente neste trabalho.

O que garante a importância do direito à imagem para a perspectiva jurídica é sua caracterização como direito fundamental e de personalidade, trazendo ao âmago do seu conceito a defesa do indivíduo. Não há de se falar sob forma isolada do retrato, sem que se esteja tratando do indivíduo, quem o fundamenta.

É importante compreender a imagem-retrato e a imagem-atributo, aspectos que pelo texto constitucional conseguem ser extraídos para a definição de imagem. A primeira trata-se da compreensão visual do indivíduo, enquanto a segunda refere-se ao comportamento do indivíduo que o identificam como tal. Teffé, assim teoriza, sobre esta diferenciação:

Quando se protegem apenas a fisionomia e o retrato do indivíduo, o conteúdo do direito à imagem torna-se por demais reduzido, deixando descobertas diversas situações em que a imagem pode vir a ser violada sem que ocorra necessariamente lesão à expressão gráfica. Dessa forma, parece razoável que sejam reconhecidos dois perfis para o direito à imagem, os quais se encontram protegidos pela Constituição Federal de 1988: a imagem- retrato, expressão externa da pessoa humana, que representa a fisionomia e a forma plástica do sujeito (art. 5º, X); e a imagem-atributo, que representa “o conjunto de características de- correntes do comportamento do indivíduo, de modo a compor a sua representação no meio social”, ou seja, as características por meio das quais a personalidade do indivíduo seria captada pela coletividade, no sentido do conceito social de que desfruta (art. 5º, V). Assim como o ser humano tem a garantia legal de se opor à reprodução, à publicação ou à exposição de sua forma exterior, igualmente deve ter a garantia de que as características que o identificam não poderão ser utilizadas de forma distorcida ou modificada material ou intelectualmente (Teffé, 2017, p.176).

Além disso, o duplo caráter do instituto também deve ser evidenciado, diga-se, o direito à imagem assume aspectos ligados a moralidade e patrimônio para o âmbito jurídico, a partir do momento que elenca à título de sua tutela danos morais e materiais.

A Constituição de 1988 evidencia a autonomia do direito de imagem, sua tutela como um direito de personalidade e ainda seu carácter fundamental. Pontos estes que serão analisados para a delimitação e compreensão acerca do direito à imagem como direito de personalidade. Dispõe o Código Civil de 2002:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização

da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes (Brasil, 2002).

Da leitura do artigo, a compreensão é que com a autorização e em caso de necessidade da justiça, ordem pública a utilização de tudo aquilo compreendido como imagem podem ser proibidas conforme a vontade do titular, caso venha a atingir sua honra, boa fama ou respeitabilidade, ou se for destinada a fins comerciais.

Um aspecto de relevância na exegese do artigo 20, diz respeito a vinculação do direito de imagem à honra, boa fama ou respeitabilidade da pessoa para que a proibição seja possível. Arrisco-me a afirmar, neste ponto, que o Código Civil de 2002 não alcançou as expectativas determinadas constitucionalmente sobre a autonomia do direito à imagem. Isso porque, afasta-se da compreensão de seu carácter autônomo a necessidade de vinculação a outros direitos para que seja proibitivo o seu uso.

Além do ponto de vista supracitado, a leitura do dispositivo soa que somente com o alcance aos demais direitos, o titular poderá proibir a utilização da sua imagem. Essa interpretação afasta do detentor do direito o carácter personalíssimo e individual do instituto. O texto do Código Civil de 2002, neste referido artigo, carrega consigo o teor patrimonial e de manutenção de bons costumes herdados de tempos anteriores ao direito republicano brasileiro.

A imagem, uma vez consagrada como direito fundamental, não deveria ter a sua divulgação proibida apenas quando a publicação atingisse também a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo. Em regra, a utilização não autorizada da imagem de uma pessoa deveria ser proibida, salvo se as peculiaridades e as circunstâncias do caso legitimassem o uso do bem, ocasião em que seria necessário avaliar alguns parâmetros e limites desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência (Teffé, 2017, p.177).

Sobre tal perspectiva, é válido analisarmos o Enunciado número 587 da VII Jornada de Direito Civil (2015), que dispõe do entendimento aqui defendido a respeito da autonomia do direito à imagem. Segue seu inteiro teor:

O dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*. (Conselho Nacional de Justiça, 2015).

Na justificativa da jornada, enfatiza-se a importância de desvincular a tutela do direito à imagem aos demais direitos, de modo que a valorização da vontade da pessoa em caso da utilização da sua própria imagem é inquestionável. Ainda, enfatiza a necessidade da existência do consentimento sobre a utilização da imagem.

O enunciado traz na mesma, a previsão de dano moral a título de reparação do dano, sem que haja a necessidade de uma comprovação concreta de prejuízo. Isto mostra o caráter personalíssimo e individual do direito à imagem, a irrelevância de uma prova material de que a moral foi ferida fundamenta a autonomia desse direito e da personalidade.

Sob tal diapação, temos a Súmula 403 do Superior Tribunal da Justiça, que “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.” Da qual, torna-se pertinente trazer parte do voto do Relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

Sendo a imagem “toda a expressão formal e sensível da personalidade de um homem” (Walter Moraes, Direito à própria imagem, RT, 443), e assim objeto de um direito subjetivo privado, espécie de direito da personalidade, dá ao seu titular o poder dizer de si mesmo: “A minha figura, sendo exclusivamente minha, só eu posso usá-la, desfrutá-la e dela dispor, bem assim impedir que qualquer outro a utilize” (Walter Moraes, Como se há de entender o direito constitucional à própria imagem, Repertório IOB de Jurisprudência, 3/80).

Deixando de lado as teorias que procuram de algum modo vincular o direito à imagem a algum outro direito de natureza personalíssimo, como à intimidade, à honra, à privacidade, etc., a doutrina brasileira e a jurisprudência que lentamente se afirma nos Tribunais é no sentido de atribuir-lhe caráter de um direito autônomo, incidente sobre um objeto específico, cuja disponibilidade é inteira do seu titular e cuja violação se concretiza com o simples uso não consentido ou autorizado, com as exceções referidas pelos doutrinadores, como a da figura que aparece numa fotografia coletiva, a reprodução da imagem de personalidade notórias, a que é feita para atender a um interesse público, com o fito de informar, ensinar, desenvolver a ciência, manter a ordem pública ou necessária à administração da justiça (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 46420-0-SP. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recorrentes: Confederação Brasileira de Futebol –

CBF e Editora Abril S/A. Recorridos: Clodoaldo Tavares Santana e outros. Julgamento ocorrido em 12.09.1994. DJU, 05 dez. 1994).

Portanto, o entendimento é de que o dano à imagem, independe de uma comprovação de alcance a demais aspectos como honra. Somente o uso indevido da imagem é suficientemente uma lesão a direito de outrem, o dano moral embasa-se nisso, sem a necessidade de provas do dano moral sofrido. Sob essa vertente, foram transcritos os julgados a seguir:

Ementa: Apelação - Ação de indenização por danos morais - Direito de imagem - Sentença de procedência - Insurgência da ré - Não cabimento - Direito à imagem que corresponde à identificação e individualização (art. 5º, V e X, da CF)- Uso indevido ou não autorizado da imagem, ainda que não cause dano material, resultará em dano moral pelo simples fato da publicação ou revelação da imagem não autorizada (art. 20, do CC)- Irrelevância de ter sido a imagem utilizada em publicação sem cunho depreciativo, humilhante ou vexatório Aplicabilidade da Súmula 403 do STJ - Dano moral decorrente de violação ao direito de imagem em razão de publicação não autorizada que não restou excluída da redação da Súmula - Utilização de imagem da apelada não autorizada e captada sem o consentimento da autora em reportagem sobre diabetes - Autorização indispensável e que não se presume - Imagens que embora captadas em local público, dentro de um shopping, refere-se a uma filmagem do momento em que a autora comia uma sobremesa, algo que não tem interesse público e atendeu um propósito dentro da reportagem - Dano moral caracterizado, por violação do direito de imagem - Indenização mantida - Honorários advocatícios majorados, nos termos do art. 85, § 11º do CPC - Recurso improvido (Tribunal De Justiça de São Paulo, TJSP. Apelação Cível n. 1004057-74.2019.8.26.0003, São Paulo, julgado em 2019).

Ementa: Direito de imagem. Uso indevido. Reparação por danos morais. Súmula 35 deste regional. O uso indevido da imagem alheia, sem prévia permissão, configura ato ilícito, por violar direito de personalidade, protegido constitucionalmente, nos termos do artigo 5º, incisos V e X da CR/88, gerando ao ofendido direito à reparação dos danos morais decorrentes do desrespeito ao direito da pessoa. A reparação pela utilização não consentida da imagem, direito personalíssimo, prescinde de prova quanto à existência de culpa ou nexa causal, este intrinsecamente ligado ao ilícito locupletamento à custa alheia (Tribunal Regional do Trabalho, TRT-3. Recurso Ordinário n. 0010499-34.2020.5.03.0034, Minas Gerais, julgado em 2020).

Pode-se concluir que o direito de imagem, portanto, tem sua definição como o direito que o indivíduo tem sobre a sua imagem, sendo esta, a sua forma física visual, expressa por todo e qualquer meio que gere retrato, seja câmera, pintura ou escultura, bem como a percepção sonora, audiovisual.

Este, que apesar de se comunicar com outros direitos da personalidade, é um direito autônomo, resguardado de tutela moral e material. É, por si, só garantia fundamental, e que a utilização por terceiros de forma não autorizada pelo titular já configura dano material.

2.3 DIREITO À IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Para Bittar (2015), são considerados direitos da personalidade aqueles da própria pessoa humana em si e em suas projeções em sociedade, sendo juridicamente abarcados como valores inatos, próprios, ao homem, como intimidade, intelectualidade, honra, vida, entre outros. De forma majoritária entre doutrinadores, os direitos da personalidade dizem respeito aos poderes que o homem exerce a si mesmo.

Os direitos da personalidade como personalíssimos, levam a interpretação de um direito inegável e, portanto, que parte do princípio da existência humana para que este seja detentor de seus direitos próprios de personalidade. Ademais, não se afasta da condição de existência de uma pessoa os direitos sobre si mesma, de forma amplamente compreendida a respeito daquilo que o entorna, dentre os mencionados anteriormente, bem como imagem, nome e integridade.

No artigo 11, verifica-se que são atribuídos aos direitos da personalidade as características da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade, além da impossibilidade de limitação voluntária de seu exercício. Tais características já eram amplamente veiculadas em doutrina, muitas vezes vindo acompanhados de outras, como a da imprescritibilidade ou da sua natureza de direito absoluto - assim entendido por ser oponível *erga omnes* (Doneda, 2005, p. 83).

Logo, compreende-se sobre a natureza dos direitos à personalidade sua íntima ligação com a existência da pessoa humana ao ponto de ser inegável sua detenção e transmissão, sendo esta, uma posição naturalista a respeito do tema. A luz do Código

Civil, no artigo 11 supracitado, tem-se “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

[...] a dignidade é característica personalíssima do ser humano, algo que só a ele pertence, que lhe é inerente, sendo, então a personalidade da pessoa humana a própria manifestação da dignidade (Borcat; Alves, 2013, p. 08).

Há de se entender a importância da esfera de direitos da personalidade para o universo jurídico e para o estado democrático de direito, porque a proteção de aspectos da própria existência do indivíduo, da personalidade, é de extrema valia para a proteção jurisdicional e plenamente evidenciados na atuação constituinte em matéria de garantias fundamentais.

É válido elencar que mediante o reconhecimento e proteção dos direitos da personalidade, não se confunde estes com direitos que foram conferidos pela constituição, já que estes possuem sua fundamentação em um direito natural do indivíduo. Reconhece-se da atividade constituinte a valorização e devida importância da presença dos direitos fundamentais sendo, portanto, fundante para a redemocratização do positivismo jurídico.

Outrora, a atuação constitucional remota, a valorização de aspectos patrimoniais indicava certa atuação jurisdicional afastada da pessoa humana, da pessoa que possui garantias. Os direitos da personalidade entornam-se na base fundante na Constituição Federal de 1988, por meio da qual o direito brasileiro passou a analisar a óptica do indivíduo, por meio de seus direitos fundamentais. Conhecida como o marco de mudança no posicionamento positivista jurídico do direito brasileiro, a Constituição de 1988, carrega no artigo 5º os direitos fundamentais, dentre os quais os da personalidade.

Consideremos aqui para a conceituação do direito da personalidade sua intimidade do ser humano e, portanto, desassociação deste sobre tal. Bem como, a centralização do indivíduo no ordenamento jurídico e tutela constitucional. Os direitos da personalidade adentram o âmago da existência humana, por resguardar aquilo ligado a intimidade, vida privada, honra e imagem, compreendidos também como norteador da dignidade humana.

Cabe salientar a importância da abordagem constitucional da proteção do indivíduo, mas juntamente com esta a atuação infraconstitucional do Código Civil de 2002. O qual apresenta um capítulo exclusivo referente aos direitos da personalidade, de maneira sistemática e expressa, mudança tamanha em comparativo à codificação anterior, que sequer os mencionava.

Este supracitado código, que abarcou aspectos fundamentais da Carta Magna e os trouxe para a tutela da esfera privada de direito, evidenciando, portanto, a dicotomia dos direitos da personalidade fazendo-os reconhecidos e presentes em ambas esferas. Bittar tece a seguinte reflexão acerca da compreensão sobre a divisão material das ordens públicas e privadas para o direito contemporâneo:

Na visão contemporânea, que encontra no princípio da dignidade pessoa humana (Declaração Universal de 1948; Constituição Federal de 1988) a sua principal escora, teórica e prática, que atravessa o ordenamento em todos os seus quadrantes, não importa se na ordem privada ou pública, torna obsoleta a tentativa de consolidar uma diferenciação tão vinculada entre ambos os ramos da ciência do direito. Por isso, pode-se perceber, nas duas últimas décadas, uma tendência à consolidação da visão de que a dicotomia entre público e privado cedeu lugar para uma fundamentação unificada da luta por efetividade dos direitos no sentido da plena realização da dignidade da pessoa humana, em suas diversas manifestações. Com isso, cede espaço a antiga diferenciação que qualificou a visão privatista, sob o influxo da codificação e da tradição romanista, para uma visão complexa e unificadora, como a desenvolvida por Gustavo Tepedino, que vem sendo reconhecida pela ideia da "constitucionalização do Direito Civil" (Bittar, 2015, p. 60).

Enfatizando, que a matéria de garantia fundamental elencada pelo constituinte reforça a atuação jurisdicional em reconhecer esse instituto como tal. Isto posto, entende-se que é inafastável da interpretação do Código Civil o entendimento dos direitos da personalidade como fundamentais, com proteção e posição do indivíduo como centro do ordenamento.

Compreendemos a inerência da imagem ao indivíduo desde o simples fato do reconhecimento social nas das relações humanas. A vida em coletividade nos confere um reconhecimento público de forma desassociada ao nosso poder de escolha, ainda que o indivíduo não queira, ele passa a ser reconhecido no meio em que convive, logo é parte de si, o constitui como tal.

Pode-se concluir neste tópico a tamanha da magnitude dos direitos da personalidade, abarcando o direito de imagem em tal classificação. Elencando um elemento intrínseco à natureza do indivíduo, de forma indissociável e que permeia a dignidade da pessoa, devendo ser protegida pela Constituição Federal de 1988, Código Civil 2002 e atuação jurisdicional.

2.4 TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

É salutar, em alusão a tutela dos direitos da personalidade, reforçar a magnitude desta, por tratar-se da proteção do indivíduo. É inafastável da proteção jurídica da pessoa de seus direitos de personalidade, isto porque, não há como resguardar direitos e garantias quaisquer da vida privada e pública do indivíduo, sem que antes haja a ressalva da sua intimidade nos âmbitos físicos, morais e psíquicos.

Compreendido o direito à imagem como um direito da personalidade, é válido discorrer a respeito de sua tutela jurisdicional. Conforme a previsão Constitucional sobre os direitos da personalidade, o inciso X do artigo 5º garante: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (Brasil, 1988).

A intimidade dos referidos direitos, a moral e a integridade do indivíduo, no texto o legislador elenca diretamente a incidência de dano causado em âmbitos materiais e morais. Bem como, traz o artigo 12 do Código Civil de 2002, a ressalva à direitos de personalidade, ao prever que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei” (Brasil, 2002).

Conforme já mencionado no presente estudo, os direitos da personalidade possuem uma dupla atividade da sua matéria, alcançando a esfera moral e a esfera patrimonial. O que outrora a atividade legisladora não abarcava, o entendimento atual entorna-se na compreensão de um direito intimamente ligado ao indivíduo pode ter aspectos monetários correlatos ao seu respeito, mas não resumida a tal.

Ademais, compreende-se que, ferido o direito de personalidade, as consequências patrimoniais não devem ser eximidas da responsabilidade civil. A tutela dos direitos da personalidade não pode se entornar somente no âmbito a moralidade,

as consequências patrimoniais possuem em seu âmago a consequência pelo desrespeito ao direito e aspecto de reparação ao sofrido.

A delimitação de responsabilidade de danos morais envolvidos na própria definição de tais direitos, compreende a moral como valor presente naquilo que é pessoal ao indivíduo. Ora, a imagem é demonstração do próprio corpo, é expressão em fotografia de uma pessoa, sobre tal estende-se a presença de sua honra, intimidade e vida privada. O indivíduo titular além de sua própria representação física por imagem, tem vinculada sua existência.

A proteção da imagem é a proteção da própria pessoa, de sua dignidade, já que não se dissocia o indivíduo de sua imagem representativa. A moralidade como cerne central dos aspectos do direito de personalidade retoma o conceito no que diz respeito a tutela destes, isto porque, o desrespeito a um dos aspectos da personalidade de um indivíduo afeta a sua moral. Sob tal perspectiva e compreensão, na seção seguinte foram apresentadas as duas principais possibilidades da tutela dos direitos da personalidade.

2.4.1 Tutela preventiva ou inibitória

A tutela preventiva ou inibitória trata-se da tutela anterior a ocorrência do fato, de modo a prevenir que sejam feridos direitos da personalidade. É a modalidade da tutela que entende que feridos, tais direitos não são reparáveis, e que por tal, devem ser previamente resguardados.

Embasada no caput artigo 12 do Código Civil de 2002 no que tange a exigibilidade da tutela tem-se: “Pôde-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei” (Brasil, 2002).

A tutela preventiva embasa, portanto, a prevenção do ferimento a determinado direito que esteja sob iminência ou já esteja sendo lesado. De modo que, possui um caráter de preservar o indivíduo como o todo, já que há a plena compreensão da impossibilidade de se valorar determinadas lesões geradas à personalidade.

Especificamente à título de prevenção, compreende-se a tutela inibitória como expressão desta, de modo que, quando for possível evitar que o direito seja ferido,

assim faça. Ademais, não se consolida a proteção do direito somente pela previsão de reparação, mas também com o impedimento para que ocorra o ato confrontante.

Sobre o tema, disserta Godinho:

Trata-se da única via de tutela que pode impedir de todo a produção de danos, vez que dirigida a conter a mera ameaça de violação aos direitos da personalidade. A admissibilidade de uma atuação preventiva do titular dos direitos da personalidade, a refrear toda e qualquer ameaça de violação contra eles dirigida, encontra justificativa na própria natureza não patrimonial de tais direitos, o que dificulta – ou mesmo inviabiliza, em determinadas circunstâncias – a reparação integral dos danos, uma vez já provocados (Godinho, 2009, p. 02).

Lembremos que não se trata de uma lesão exclusivamente patrimonial, a alusão trazida pela constituição e pela atenção ao indivíduo visa garantir aspectos para além daqueles que podem ser monetariamente delimitados, por tal, compreendese a importância e existência da tutela preventiva. O objetivo é resguardar os direitos de personalidade, por sua essencialidade de sua dignidade, liberdade e integridade do indivíduo.

2.4.2 Tutela indenizatória

A tutela indenizatória, trazida pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988, já mencionado por diversas vezes no presente trabalho, traz consigo a resguarda da tutela patrimonial em matéria de personalidade. Com a impossibilidade anterior de contenção da existência de um direito lesado, a responsabilidade civil alonga-se para o feito *a posteriori*, ou seja, a tutela indenizatória atua mediante o direito ferido, do titular lesado, da personalidade alcançada pelo dano.

É evidente que o dano a direitos desta natureza não se configura dentro de um espectro monetário como valorativo. Haja vista o carácter de intimidade, privacidade, honra e moralidade anteriormente discorridos que se encontram dissociados dos direitos da personalidade e, em âmbito deste estudo, ao direito de imagem.

No entanto, a tutela indenizatória institui a título de reparação a responsabilidade de obrigação em indenizar aquele que, havendo direito lesado, venha a ser reparado. Não se trata de um valor à título de ressarcir uma lesão patrimonial que eventualmente foi gerada, mas a compensação pelo efetivo dano que o titular sofreu.

Logo, a tutela indenizatória em direitos da personalidade atua como uma estipulação de valor, em nome do dano à personalidade gerado, com o objetivo de compensar parte da lesão moral sofrida pelo indivíduo. Não se confunde como a lesão patrimonial sofrida, caso tenha ocorrido uma.

A reparação envolve a situação irreparável “in natura”, ou seja, não se pode reparar o dano sofrido em *status quo ante*, não há como se recuperar as lesões sofridas neste âmbito. No direito à imagem a ligação é concreta, tomemos como exemplo a utilização de uma fotografia demonstrativa de antes e depois de cirurgia plástica de uma paciente mulher, com o demonstrativo de seu corpo despido, sem sua autorização, em redes sociais, revistas, entre outros veículos de publicidade. A problemática acerca da moralidade afligida nessa situação é extremamente grave, em diversos aspectos a paciente poderia se sentir lesada, com o uso indevido de sua imagem a maior lesão não me parece ser em esfera patrimonial.

Contudo, ainda que não se configure lesão financeira, trata-se a indenização como modalidade de reestabelecimento de justiça e proteção de direitos fundamentais garantidos. Por isso, não é necessária a comprovação de um dano moral para que seja efetivamente tutelado o ocorrido.

Havendo em concomitância a lesão de um direito de personalidade algum tipo de dano patrimonial, este também deverá ser abarcado a título de indenização. Não pelo direito da personalidade *per si*, mas com a lesão a este, o alcance a demais esferas do indivíduo. Devendo ser o dano patrimonial comprovado, seja diante do real prejuízo ocorrido ou pela iminência deste. Teffé (2017), conclui, brevemente, sobre a possibilidade dupla de atuação da compensação por violação do direito à imagem:

A injusta violação do direito à imagem, em qualquer de suas dimensões, se retrato ou atributo, gera por consequência o dever de compensar o dano moral sofrido pela vítima. Se for comprovado algum prejuízo material ou financeiro decorrente da utilização da imagem, será necessário indenizar também os danos patrimoniais. (Moraes, 2009 *apud* Teffé, 2017, p. 187).

Importante mencionar, que a extensão do dano deve ser considerada na tutela indenizatória, sendo atividade do juiz em caso concreto analisar quais as ações indenizatórias serão estabelecidas. Sendo assim, desde a determinação de valor a ser pago, como medidas de retratação, de conduta pública ou entre partes, são

bemvindas a título de reparação. A exemplos de que forma a jurisprudência brasileira vem atuando sobre a temática, analisa-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. USO INDEVIDO DE IMAGEM. DANO MORAL. 1. Trata-se de apelação cível em face de sentença de procedência, em ação indenizatória, que condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais a autora, pelo uso indevido da imagem. 2. Nos termos do art. 5º, X, da CRFB/88 e do art. 20 do Código Civil, a mera exposição da imagem de um indivíduo que não a autorizou expressa e previamente, por si só, caracteriza ofensa ao direito personalíssimo da imagem. 3. Súmula nº 403 do STJ. A indenização independe da comprovação do prejuízo. 4. Ausência de prova de que a autora tenha autorizado a publicação das imagens. 5. Dano moral razoavelmente arbitrado no valor de R\$15.000,00 quinze mil reais), tendo em vista a atitude reiterada do réu. 6. Desprovimento dos recursos.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DIREITO DE IMAGEM. AUTORA TEVE SUA IMAGEM VEICULADA EM PERFIS NO INSTAGRAM E NO TWITTER. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. EXPOSIÇÃO DE IMAGEM COM FINS COMERCIAIS. DIREITO DA PERSONALIDADE. 1. Autora postula condenação da Ré ao pagamento de quantia indenizatória a título de danos materiais e morais decorrentes da utilização não autorizada de sua imagem em postagens realizadas nas redes sociais Instagram e Twitter. 2- O registro de páginas na internet, por meio de "prints", pode ser usado como meio de prova, independentemente da lavratura de ata notarial, a qual, como preceitua o art. 384 do Código de Processo Civil de 2015, é facultativa. 3- O direito à imagem, enquanto atributo da personalidade, não obstante possa sofrer limitação voluntária, deve ter autorização inequívoca do seu titular. 4- Não existindo qualquer finalidade atrelada ao direito à informação e não existindo qualquer obrigatoriedade de a Autora ter sua imagem atrelada à da empresa Ré, é certo que a utilização de sua imagem demanda justa indenização, sob pena de restar configurada a usurpação do direito da personalidade de outrem por quem não é seu titular. 5- Os perfis da Ré nas redes sociais têm como objetivo atrair clientes, mostrando os produtos à venda nas lojas físicas e pela internet. Assim sendo, naturalmente, a publicação da imagem da Autora funciona como se essa fosse "garota-propaganda" da Ré. 6- O fato de a Autora, em seu próprio perfil nas redes sociais, mencionar ou marcar as lojas ou marcas que usa não permite que essas, por sua vez, utilizem a imagem da Autora sem sua autorização. 7- Danos morais configurados. Quantum fixado em R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) que se mostra condizente com o período em que a imagem esteve nas redes indevidamente, sobretudo por se tratar de pessoa pública. 8- Precedentes do STJ. 9- Parte Autora pleiteou a condenação do Réu ao pagamento de indenização por danos materiais e danos morais, restando vencida no pedido de danos materiais, sendo a hipótese de sucumbência recíproca. 10- Provimento parcial do recurso (Tribunal de

Justiça do Rio de Janeiro, TJRJ. Apelação n. 8125132018.8.19.0004, Rio de Janeiro, julgado em 17 mar. 2023).

APELAÇÃO - VEICULAÇÃO DE IMAGEM SEM AUTORIZAÇÃO OFENSA AO DIREITO PERSONALÍSSIMO - DANOS MORAIS CARACTERIZADOS - VALOR DA INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS - FIXAÇÃO - PARÂMETROS. 1. A Constituição da República assegura, no inciso X do artigo 5º, que "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". 2. A utilização da imagem da pessoa sem a sua autorização, por afrontar direito personalíssimo, produz dano moral puro indenizável, cuja existência se presume, bastando a demonstração da prática do ilícito. 3. O valor da indenização por dano moral deve ser fixado examinando-se as peculiaridades de cada caso e, em especial, a gravidade da lesão, a intensidade da culpa do agente, a condição socioeconômica das partes e a participação de cada um nos fatos que originaram o dano a ser ressarcido, de tal forma que assegure ao ofendido satisfação adequada ao seu sofrimento, sem o seu enriquecimento imotivado, e cause no agente impacto suficiente para evitar novo e igual atentado. 4. Os danos materiais não podem ser presumidos e, para serem indenizados, necessitam ser demonstrados de forma clara e incontestável e neles não se compreendem lucros imaginários (Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG. Apelação Cível n. 509775796.2020.8.13.0024, Minas Gerais, julgado em 2020).

Conforme analisadas as jurisprudências, vemos a presença dos aspectos aqui aludidos sobre o direito da personalidade, sob o recorte de direito à imagem, como autônomo, detentor de tutela específica, proteção constitucional e elencada a ausência da necessidade de comprovação de dano pela natureza do direito.

A valoração individual referente a indenização pela magnitude do dano moral causado, no primeiro julgado do Rio de Janeiro, por exemplo, justifica a quantia pedida com a citação da conduta reiterada do réu referente ao uso não autorizado da imagem da autora.

Ponto interessante, e expressamente elencado no julgado de Minas Gerais, menciona que "os danos materiais não podem ser presumidos e, para serem indenizados, necessitam ser demonstrados e neles não se compreendem lucros imaginários ou fantásticos". Consolida que, em objeto de dano material, não se tem uma característica de aproximação de valores, e sim uma comprovação, para que seja em mesmo valor restituído a título de compensação material.

Aspecto este que foi mencionado no segundo julgado do Rio de Janeiro, a utilização indevida e o fato da autora realizar em seu perfil pessoal a propaganda de

empresas da mesma na natureza da ré, houve dano material. No entanto, a parte não identificou o prejuízo patrimonial que foi gerado, em aspectos quantificados para a devida restituição. Dessa forma, a previsão constitucional, entende que há a tutela jurisdicional no âmbito moral, individualizado perante o efeito dos fatos ocorridos na vida do indivíduo, e é imensurável a gama de possibilidades que pode no caso concreto que podem ser aludidas como lesão moral. Também a tutela patrimonial, resguardados os danos materiais a título de indenização pela lesão ao direito material, por prejuízos econômicos gerados pelo ato cometido, com a comprovação devida na esfera patrimonial.

A garantia do aspecto moral intrínseco ao direito à imagem fortalece a intimidade presente nesse âmbito, assegurando a dignidade, honra e intimidade protegidas, conferindo a pessoa o domínio sobre algo que é seu, a imagem. Ademais, a possibilidade de que haja reparação de dano e clara proteção da imagem, recai sobre o aspecto do consentimento, autorização.

2.5 UTILIZAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM POR TERCEIROS E O CONSENTIMENTO DO TITULAR

A temática da utilização da imagem por terceiros, cabe iniciar com a clara distinção de autorização para uso e transferência do direito à imagem. Enquanto a primeira se refere a permissão do indivíduo retratado, o modelo, para a utilização de sua imagem, a segunda refere-se a uma cessão de direito sob um instituto jurídico pela concessão a outro. Não se confunde, jamais, a autorização de uso de imagem com o fim da detenção do direito de imagem ao indivíduo retratado.

Milton Fernandes (*apud* Franciulli Neto, 2004) discorre acerca da autorização de utilização de imagem levando em consideração três aspectos: 1) não se é dado o direito de fixar e reproduzir imagem sem a devida autorização do indivíduo retratado; 2) somente em situações particulares a autorização presumida é cabível; 3) deve haver limitação da autorização e o objeto deste deve ser específico.

O respeito ao consentimento do titular pode soar mínimo mediante a materialidade, já que se trata da imagem da própria pessoa e, como fora anteriormente debatido, carrega consigo o mais íntimo deste. No entanto, a magnitude desse

consentimento é bem grandiosa, haja vista que marca legalmente aquilo que se chama de concessão de utilização de imagens por terceiros.

Essa concessão deve ser compreendida como a forma que o titular permite que outra pessoa utilize sua imagem. Ao meu ver, o ideal é que seja feito de forma expressa e delimitada, anteriormente à utilização, posição essa adotada por boa parte da doutrina e jurisprudência. Ademais, a autorização de forma tácita deixa em aberto o posicionamento do indivíduo acerca das possibilidades de forma, contexto e veículo de divulgação da imagem. Modalidade esta que é inadequada em matéria de imagem e arriscada para ambas as partes. Essa abrangência pode ser um tanto quanto ineficiente pela iminência em ferir aspectos morais, de honra, de intimidade, e de intimidade do indivíduo.

A temporalidade da utilização é matéria relevante de análise dentro da perspectiva da concessão. Tratando-se de direito da personalidade, é inadequado possibilitar a terceiro a utilização de uma “parte de si” sem que haja uma previsão datada para findar tal. Sobre o tema discorre Godinho:

Vê-se, portanto, que cabe reconhecer a possibilidade de um indivíduo atuar sobre seu próprio direito à imagem, sem que tal implique uma afronta à existência deste direito e à dignidade do seu titular. Entretanto, ainda que se admita que certos aspectos da personalidade sejam passíveis de negociação jurídica, e que a autonomia privada tenha um papel relevante para a realização da personalidade humana, uma restrição fundamental se impõe sobre a matéria: em se tratando de negócio jurídico que envolva direito da personalidade, particularmente a imagem, cabe afirmar que qualquer limitação deve conter lapso temporal determinado. Não se admitem vinculações *ad aeternum* neste domínio, sob pena de se atingir, por vias oblíquas, o núcleo duro do direito, o que implicaria, em última análise, o sacrifício do bem jurídico em si (Godinho, 2009, p. 07).

A visualização da liberdade do titular sobre seu direito é presente na concessão de utilização, ou seja, sendo ele visualmente representado, titular do direito, este tem plena deliberação para aceitar ou não de que forma sua imagem será utilizada, logicamente sem que tenha um alcance para além da atuação legal de divulgação de imagens. Importante que nessa autorização realizada, a vontade do titular seja respeitada e haja uma interpretação restritiva para as formas, meios e finalidades que serão utilizadas as imagens. O consentimento trata-se da anuência do titular do direito de imagem para que terceiros utilizem sua imagem. É salutar a menção de que os

aspectos de transmissão de direitos não dizem respeito a tal consentimento, não detém o concedido a autorização de uso de imagem os direitos sobre esta.

Em suma, o ponto de vista a respeito da autorização de utilização de imagens de terceiros aqui defendida deve trazer os seguintes elementos: a) delimitação expressa sobre a finalidade da utilização; b) rol taxativo dos meios de comunicação que serão utilizadas as imagens; c) tempo ou quantidade de uso (por ex: “duas semanas” ou “duas publicações”); d) elencado de forma expressa recortes que sejam de vontade do titular; e) assinatura de termos de compromisso e a previsão em casos de quebra de contrato; f) trazer o texto legal em referência à proteção de dados; g) presença documental com assinatura de ambas as partes, com CFP e número de identificação do CRM, no caso aqui analisado.

A importância da proteção da utilização de imagem se dá pela complexidade do direito envolvido, haja vista sua característica personalíssima, deve ser garantido ao indivíduo autonomia acerca de sua utilização, mas com sua devida proteção. Tratando-se da matéria, aqui analisada, uma vinculação à publicidade e propaganda, esse consentimento requer ainda mais atenção e respeito, ademais, o tema será analisado à frente afunilando a respeito da atuação médica e a responsabilidade civil envolvida em tal.

3 DA ATUAÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA PERANTE PUBLICIDADE MÉDICA

3.1 ASPECTOS DA RESOLUÇÃO Nº1.974 DE 2011 DO CFM

De forma antecedente a disposição da Resolução n. 2.336 de 2023, a Resolução n. 1.974 de 2011 tratava acerca dos aspectos norteadores de publicidade e propaganda médica, a qual teve sua revogação a partir da publicação da normativa de 2023.

É expressa a necessidade emergente que a mudança ao longo do tempo, da evolução de redes sociais e utilização de veículos de internet na atividade médica trouxe para a modificação regimental do Conselho Federal de Medicina. Das quais, no presente capítulo debruçarei sobre os aspectos gerais modificados em matéria de publicidade e propaganda médica.

A finalidade da resolução para os critérios norteadores da propaganda em medicina, em seu artigo 1º, a resolução entende por anúncio, publicidade ou propaganda a comunicação com o público, em qualquer meio de divulgação a título de iniciativa profissional, com a participação do médico ou até pela sua permissão.

É evidente que a abrangência na definição da atuação publicitária, não é dissociada à propaganda e ao anúncio, carregando consigo o teor de uma venda na atuação médica. Isto é, a definição apresentada pela Res.1974/2011, entende a utilização de redes de comunicação em uma atividade ligada ao anúncio comercial. Sob tal, a presença de dados do profissional de forma obrigatória, como nome, especialidade, inscrição do CRM, número de registro de qualificação de especialista foram regras estabelecidas. Dentre as vedações elencadas, a presente na alínea g do artigo 3º diz respeito à utilização da imagem de paciente de forma descritiva e direta:

art. 3º: é vedado ao médico: (...) g) Expor a figura de seu paciente como forma de divulgar técnica, método ou resultado de tratamento, ainda que com autorização expressa do mesmo, respaldo o disposto no art. 10 desta resolução (Conselho Federal de Medicina, 2011).

A leitura de inteiro teor da supracitada alínea dispõe de completa vedação da exposição do paciente a título de divulgação de técnica, método ou resultado. Cabível

a ressalva elencada do artigo 10º, referente a utilização desta somente em casos de exposição em trabalho e eventos científicos, mediante a autorização prévia, expressa do paciente ou de seu representante. Estabelece o CFM:

Art. 13 - As mídias sociais dos médicos e dos estabelecimentos assistenciais em Medicina deverão obedecer à lei, às resoluções normativas e ao Manual da Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos (Codame).

§1º: Para efeitos de aplicação desta Resolução, são consideradas mídias sociais: Sites, blogs, Facebook, Twitter, Instagram, YouTube, WhatsApp e similares.

§2º: É vedada a publicação nas mídias sociais de autorretrato (selfie), imagens e/ou áudios que caracterizem sensacionalismo, autopromoção ou concorrência desleal.

§ 3º: É vedado ao médico e aos estabelecimentos de assistência médica a publicação de imagens do “antes e depois” de procedimentos, conforme previsto na alínea “g” do artigo 3º da Resolução CFM nº 1.974/11.

§4º: A publicação por pacientes ou terceiros, de modo reiterado e/ou sistemático, de imagens mostrando o “antes e depois” ou de elogios a técnicas e resultados de procedimentos nas mídias sociais deve ser investigada pelos Conselhos Regionais de Medicina (Conselho Federal de Medicina, 2011, p. 04).

Elencar o artigo 13 do dispositivo é de suma importância para a tese aqui analisada. A vedação expressa sobre a utilização de imagens de “antes e depois” é a característica marcante da Resolução de 2011. Em consonância com o artigo 3º, anteriormente citado, no §3º do artigo 13º há vedação completa sobre a tipologia comparativa do paciente antes e depois do procedimento, a exposição da figura do paciente ainda que com autorização expressa, em ambos os casos.

Ademais, pontua o CRM que, quando por parte de pacientes ou terceiros, a publicação desse tipo de imagens de forma reiterada e/ou sistemática devem ser investigados pelos Conselhos Regionais de Medicina, podendo-se investigar a conduta do profissional nessa situação.

A utilização de imagens comparativas de antes e depois, sob título de propaganda, publicidade, anúncio conforme requeria a aplicação da Resolução nº1974/2011, seria completamente proibida à atuação médica, em obediência a tal Resolução, como também as leis, às resoluções normativas e ao CODAME.

Ponto este que foi expressamente modificado na Resolução de 2023 do CFM e será analisada à frente. O descumprimento destas regras possibilidade de

penalidade e/ou cessação de direitos do exercício da atividade médica, tópico que será abordado à frente no presente trabalho.

3.2 DOS ASPECTOS DA RESOLUÇÃO N 2.336 DE 2023 DO CFM

Com considerações evidenciadas na atualidade sobre dispositivos de redes sociais, aspectos da dinâmica publicitária e a migração das relações de propaganda, a resolução de 2023 atualizou aspectos de publicidade e propaganda médica mediante uma série de fatores identificados.

Foram citados pelo Conselho a necessidade de revisão das regras de publicidade e propaganda, a necessidade de diferenciação de “redes sociais próprios do médico e de seus estabelecimentos assistenciais (pessoas jurídicas)”, e empresas jornalísticas, televisivas, radiofônicas, a disposição no Código de Ética Médica sobre esta parte da conduta médica, dentre outras.

Primeiramente, a resolução distinguiu o entendimento sobre os termos da resolução anterior. A publicidade e a propaganda médica foram devidamente descritas para a delimitação precisa do que de fato se configura como tal à luz do CFM, retirouse o termo “anúncio” desse rol de atuação, excluindo o indicativo da utilização de publicidade e propaganda a título exclusivo de venda, mas sim, como parte da atividade médica. Define o CFM como publicidade e propaganda médica da seguinte forma:

Art. 1º: Para fins desta Resolução, entende-se por publicidade ou propaganda médica a comunicação ao público, por qualquer meio de divulgação da atividade profissional, com iniciativa, participação e/ou anuência do médico, nos segmentos público, privado e filantrópico. §1º Entende-se por publicidade médica o ato de promover estruturas físicas, serviços e qualificações do médico ou dos estabelecimentos médicos (físicos ou virtuais).

§2º Entende-se por propaganda médica o ato de divulgar assuntos e ações de interesse da medicina (Conselho Federal de Medicina, 2023, p. 02).

É clara a mudança e necessidade de diferenciação da atuação, por consagrar dentro da realidade médica essa dinâmica publicitária. Ademais, a visão da publicidade médica como o ato de promoção de estruturas físicas, serviços e qualificações do profissional ou dos estabelecimentos médicos e a propaganda como

o ato de divulgar assuntos e ações de interesse da medicina abrange o leque de atividades que podem ser desempenhados sob o exercício da medicina, sem que esta carregue uma entonação comercial e apelativa sobre o conteúdo que é divulgado.

A respeito das regras de identificação de forma clara e explícita em maioria permaneceram, devem conter o nome completo, registro do CRM, explicitamente a palavra *médico*, especialidade e/ou área de atuação, quando registrada no CRM, com o número do RQE, quando especialista, for disposto no art. 4º da Resolução n. 2.336/2023.

A mais nova resolução apresenta o Capítulo IX – Do uso da imagem de pacientes ou de banco de dados, o qual discorre sobre as delimitações, possibilidades e regras para a utilização de imagens de pacientes. Notavelmente, uma perspectiva diversa da Resolução n. 1.974 de 2011, de modo que há a permissibilidade para o uso das imagens de pacientes ou de banco de imagens, especificidades estas que serão tratadas a seguir.

3.3 DAS ESPECIFICIDADES DA CONDUTA PROFISSIONAL SOBRE A UTILIZAÇÃO DE IMAGENS DE PACIENTES

As possibilidades trazidas pela Resolução n. 2.336/2023 sobre utilização das imagens de pacientes ou de banco de imagens, algo anteriormente vedado a atuação médica. Nota-se, não somente uma modernização e autonomia da medicina com utilização de redes sociais e veículos de propaganda e publicidade, como também um campo jurídico específico pela correlação de proteção de dados e o direito de personalidade, da imagem das pessoas, na conduta destes profissionais. Traz o CFM sobre os motivos da resolução:

Sob esse prisma, a revisão periódica das regras de publicidade/propaganda médica se faz necessária em virtude da evolução dos meios de comunicação, notadamente com a incorporação de métodos de divulgação que tornaram instantâneas a veiculação de matérias de divulgação da profissão, sem a exigência da mobilização de equipamentos e pessoal para sua construção. Ademais, a telemedicina e a geração de conteúdos publicitários e propagandísticos já são predominantes no exercício da medicina moderna, não podendo as normas éticas ficarem numa estagnação histórica irremediável (Conselho Federal de Medicina, 2023, p.13).

A utilização das imagens de pacientes ou de banco de imagens é pautada na finalidade educativa, segundo o *Caput* do artigo 14 da Res. 2.336/23, “Fica permitido o uso da imagem de pacientes ou de banco de imagens com finalidade educativa, voltado a:”. Logo, entende-se que ainda a título de publicidade e propaganda, a permissão de utilização é vinculada a uma atividade educativa da medicina. O carácter deve ser informativo e não vinculado à venda de procedimento, mercantilização da medicina é proibida pelo Código de Ética Médica.

Além das identificações anteriormente mencionadas de identificação do profissional, as imagens e procedimentos expostos devem apresentar texto educativo conforme as regras trazidas no inciso II do referido artigo, que se resumem a: texto educativo com as indicações terapêuticas, fatores influentes e descrição de complicações apontadas cientificamente; imagens de antes e depois com indicações, evoluções satisfatórias e insatisfatórias, complicações decorrentes, bem como é vedada a demonstração e ensino de técnicas; apresentar evoluções de diferentes biotipos e faixa etárias e evoluções ao longo do tempo (imediate, mediata e tardia); Somente em partos é possível a captação de imagens por equipes externas com a anuência médica e desejo da parturiente e/ou familiares; vedada imagens de procedimentos que identifiquem o paciente; verdade edição, manipulação ou melhoramento das imagens; repostagem de autorretratos pelos pacientes e depoimentos sobre a atuação profissional devem ser de forma sóbria, sem adjetivos indicativos de superioridade ou induzindo promessa de resultado; em casos de imagens de banco de imagens devem ter menções a origem em consonância às regras de direitos autorais; em casos de imagens de banco de imagens do médico ou serviço ao qual pertença deve ter autorização do paciente, respeitar o pudor e a privacidade e garantir o anonimato deste (Conselho Federal de Medicina, 2023).

É evidente, que a permissão da utilização de imagens de terceiros não é deliberada somente pela anuência do paciente. O Conselho Federal de Medicina ao determinar como deve ser realizada essa parte da atividade profissional frisa a conduta esperada de forma ética, descritiva e regulamentada para tal. Logo, regras restritas e estabelecidas conferem a delimitação do que seria uma conduta excedente ao previsto, há possibilidade de consequências tanto na esfera civil jurídica, quanto regimental da classe, pontos que serão posteriormente analisados.

O Código de Ética Médica, em seu artigo 14, versa a respeito vedações do sigilo médico profissional, a impossibilidade de reconhecimento dos pacientes nas imagens utilizadas, ainda que com sua autorização (Conselho Federal de Medicina, 2018). Resguarda-se, claramente, a dignidade do paciente no procedimento, como também o direito a sua integridade física exposta de maneira impessoal, com o enfoque da demonstração do feito a título educativo, sem que sua identificação constrangimento público. A clara vedação da atividade médica em relação a exposição do paciente é evidenciada no Código de Ética:

Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exhibir pacientes ou imagens que os tornem reconhecíveis em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente. Conselho Federal de Medicina, 2018, p. 35).

A atualização do CFM sobre o tema aqui analisado é de grande valia para a atualidade e para o futuro da atividade médica. O crescimento dessa vinculação a redes além de trazer um campo novo a ser utilizado pelos profissionais da saúde conversam diretamente com os direitos e deveres das partes, logo precisava de um regimento interno que especificasse tal atividade. Além disso, a segurança jurídica que essa regulamentação apresenta para a classe médica e para os pacientes é tamanha. Para a classe, gera uma equidade mais justa entre a os profissionais acerca da propaganda e publicidade realizada, sem que se vincule adjetivos sensacionalistas ou irreais da atividade.

Para os pacientes, colabora com a manutenção do seu direito de intimidade, garantia ao respeito à sua imagem, à autonomia sobre o seu direito de imagem, maior confiança sobre a conduta médica, entre outros aspectos que permeiam a ética existente na relação médico e paciente.

Toda a regulamentação da atividade médica de publicidade e propaganda, unido ao manejo da utilização de imagens de pacientes, devem ser respeitadas e criteriosamente e fiscalizadas pelos Conselhos Regionais e Federal, sempre a título de manutenção da segurança jurídica e regimental, proteção do paciente e respeito à classe médica. Em suma, a atividade do profissional médica deve estar alinhada com seu respectivo conselho e suas normativas, sendo as consequências da responsabilidade civil analisadas nas seções posteriores deste estudo.

3.4 A ÉTICA MÉDICA

Para além da responsabilidade civil agora analisada, o tema debruça-se sobre a atuação de um grupo delimitado de pessoas, os médicos. Aqueles que em sua primazia trabalham em nome de vidas, é o profissional da medicina que possui o dever de guiar, promover, reestabelecer a saúde fisiológica do indivíduo. A atuação da atividade médica vai além dos conceitos e conhecimentos específicos da área de atuação acerca do organismo do corpo humano, seus aspectos clínicos e fisiopatológicos. A medicina se volta ao indivíduo, em um dos seus mais íntimos aspectos.

Enquanto nós juristas desempenhamos nosso papel acerca da garantia de que direitos e deveres sejam cumpridos, o exercício da medicina se entorna ao longo da proteção da manutenção da vida em seu fundamento maior, a existência orgânica do ser humano. No Capítulo I do Código de Ética Médica, são elencados os princípios fundamentais da atividade médica, o referente capítulo preceitua como princípio fundamental médico que:

VI – O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício, mesmo depois da morte. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativas contra sua dignidade e integridade (Conselho Federal de Medicina, 2018).

São de extrema relevância para finalidade deste estudo os aspectos de impedimento de causar sofrimento físico ou moral, bem como a vedação dessa conduta sob finalidade de permitir e acobertar atos contra a dignidade e integridade do indivíduo. Elencados como vedação, em completa proibição da atuação médica, qualquer atividade que desrespeite estes valores do paciente, tratando-se não só um aspecto de responsabilidade civil jurídica, como também regimental da profissão.

Por tal, é com base nessa premissa, que aqueles que não detém os conhecimentos da área, mas que deles precisam, os pacientes, precisam de uma integra atenção e cuidado à saúde, possuem a ressalva de que há comprometimento

do profissional em guardar para si e para a finalidade terapêutica, o que for compartilhado entre eles.

Sob esse recorte, enfatiza-se também a preconização do que é chamado de sigilo médico, também trazido na referida Resolução n. 2.217 do 2018 do CFM em seu capítulo nono. O qual, apresenta no artigo 75, anteriormente apresentado, a expressa vedação ao exercício da profissão sobre a exibição de pacientes ou suas imagens, que sejam reconhecíveis, em anúncios profissionais, mesmo que com a autorização do paciente.

É interessante lembrar que a publicidade e propaganda médica, conforme a Resolução n. 2.336, possui finalidade educativa e os anúncios, carregados de teor de venda, não são abarcados na atuação médica, são vedados expressamente no código de ética, conforme mencionado. A interpretação realizada deve ser restrita nesse âmbito.

Vejamos a expressa delimitação da normativa do artigo 75 supracitado, está diretamente presente na atuação de publicidade e propaganda médica com a utilização de imagens de pacientes: a) referência a casos clínicos identificáveis; b) exibir pacientes ou imagens; c) reconhecimento de persona em anúncios ou sob finalidade de divulgação de assuntos médicos; d) meios de comunicação em geral; e) ainda que com a autorização do paciente.

Acerca de toda a linha de raciocínio do Conselho Federal de Medicina, trazido em capítulo anterior, o Código de Ética Médica ressalta a importância da vedação ética do exercício da medicina com o respeito do indivíduo em sua integridade, dignidade e valores morais. Bem como, o respeito ao sigilo médico na relação médico paciente e ao indivíduo em sua forma física real ou representativa com regras expressas, ainda que com sua anuência.

Válido mencionar, que além do consentimento sob a perspectiva do indivíduo detentor do direito, conforme elencado no capítulo I deste trabalho, essa autorização à utilização possui observância também na conduta médica. Isto é, é fatídico que o estabelecimento de regras pelo CFM indica que não há uma completa liberdade entre as partes para a disposição dessa utilização, devem ser seguidas regras para tal. Consolidando um entendimento que não é deliberativo ao médico e, nem que paciente queira, a utilização em forma diversa no uso, sendo de responsabilidade do médico em manter-se coerente a tais.

Pode-se concretizar que a ética médica adota para si valores constitucionais, a presença da defesa do indivíduo vai além do manejo médico na atuação ali realizada. É o aspecto central da conduta médica o respeito às garantias fundamentais do indivíduo, tanto sua atividade privativa em exercício da medicina, quanto aquelas, que permeiam esta.

A exemplo, a primazia da vida do paciente e a atuação de publicidade e propaganda médica, respectivamente. Em conclusão a este tópico, é imprescindível a menção às disposições gerais do Código referido, no último capítulo, no inciso segundo, tem-se:

II - Os médicos que cometerem faltas graves previstas neste Código e cuja continuidade do exercício profissional constitua risco de danos irreparáveis ao paciente ou à sociedade poderão ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico (Conselho Federal de Medicina, 2018, p. 45).

Enquanto a responsabilidade civil preceitua a restituição entre as partes, a título de compensação da justiça ao indivíduo lesado, as consequências vão além desta para os profissionais, haja vista a delimitação expressa trazida em seu regimento interno. Isto é, fica vinculado ao exercício profissional da medicina, conforme o exposto no inciso supracitado, o respeito aos princípios fundamentais da profissão e o grau dos danos gerados à pacientes, podendo assim ter o exercício profissional suspenso.

Na temática aqui analisada, somente o caso concreto poderá nortear o caminho que o uso indevido de imagem de paciente à título de publicidade e propaganda médica podem levar. Entretanto, é evidente a importância da garantia do direito à imagem, por sua natureza e respeito aos direitos personalíssimos do indivíduo.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No último capítulo deste trabalho discorreu-se sobre a responsabilidade civil, instituo clássico da matéria de Direito Civil. Elencando os seus elementos essenciais, a aplicabilidade da responsabilidade civil em matéria de direito à imagem, a análise jurisprudencial comentada e, por fim, a compreensão acerca das consequências médicas diante do uso indevido da imagem.

Anteriormente ao início deste, é cabível mencionar que a responsabilidade mediante o uso indevido de imagem não incorre somente na esfera cível. A depender da natureza da utilização pode sofrer reflexos em outras áreas da atividade jurisdicional.

A título deste estudo, será mencionada, além da responsabilidade civil médica perante a relação profissional e paciente, pelo uso indevido caracterizado pela ausência de autorização para o uso para finalidade de publicidade e propaganda. Também a sanção administrativa profissional pelo afastamento da conduta esperada e desrespeito a princípios de atuação do Conselho Federal de Medicina.

Outrora, a matéria ainda pode alcançar em esfera penal, a depender do caso concreto. Como por exemplo, da utilização indevida de imagens com ausência de autorização e ainda para uma finalidade criminosa prevista pelo Código Penal. No entanto, essa hipótese não será aqui debatida, mas é de válida menção.

4.1 DO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Haja vista a compreensão da temática, é salutar na caminhada a respeito da compreensão da tutela do direito à imagem no ramo médico, a explanação do instituto da responsabilidade civil. Isto porque, tratando-se da matéria de direito à imagem e sua tutela, a modalidade de obrigação gerada com o desrespeito ao direito à imagem é a reparação dos danos causados.

O instituto jurídico que norteia essa obrigação de reparação é a responsabilidade civil, que pode ser definida como a forma que alguém possui de compensar danos que ela causou a outrem. Segundo a definição de Marco Aurelio Bezerra Neto, desembargador do tribunal do Rio de Janeiro, apresentado em Tartuce

(2023), temos: “podemos definir a responsabilidade civil como a obrigação patrimonial de reparar o dano material ou compensar o dano moral causado ao ofendido pela inobservância por parte do ofensor de um dever jurídico legal ou convencional”.

Portanto, a compreensão desta abarca a noção de reparação de dano causado, seja sua natureza patrimonial ou extrapatrimonial, a obrigação de reparar emerge em decorrência do direito do outro ferido. Fato é que a responsabilidade civil é a base das relações civis, de modo a garantir que a sociedade, da forma mais abrangente de sua compreensão, é permeada pela noção de que para todo dano causado a outrem, há o dever de reparação. O Código Civil de 2002, define a responsabilidade civil da seguinte forma:

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (Brasil, 2002).

É nítido que, para a segurança jurídica e bem estar coletivo, a responsabilidade civil é um dos mais importantes institutos em prol da manutenção da justiça. Para a plena compreensão deste, faz-se necessária a delimitação dos seus elementos, ato ilícito, dano, nexo de causalidade e culpa.

4.1.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil

No tocante a ato ilícito, a definição trazida pelo artigo 186 do Código Civil é “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (Brasil, 2002). É o ato ilícito aquele que origina, por ação ou omissão, o dano causado. Em outras palavras, o ato inicial que gera a violação de direito de outro, seja de forma intencional, por inobservância ou irresponsabilidade.

Por sua vez, acerca da conceituação de dano, trata-se da consequência gerada pelo ato ilícito, que possui carácter lesivo, danoso, seja na parte patrimonial, seja moral. É esse um requisito indispensável da consolidação da responsabilidade civil, haja vista que é mediante a ocorrência do mesmo que se gera o dever de reaver a situação.

A compreensão do dano deve ser remetida a mais ingênua compreensão que nos seres humanos possuímos de nos sentirmos feridos. Podendo um dano ser exemplificado de diversas formas, abarcando desde de aspectos externos e materiais a e imateriais, como a dignidade da pessoa humana.

Em se tratando de dano moral, o principal aqui analisado do uso indevido de imagem, frisa-se a particularidade acerca da valoração de um dano sofrido na esfera moral. Por seu caráter subjetivo, é defendido no presente trabalho o fundamento de que o dano moral não requer sua comprovação do dano sofrido, o que é chamado de danos morais *in re ipsa*. Basta que seja ferido um direito de personalidade, não é necessário que seja comprovada que houve um abalo ao indivíduo, emocional ou psicológico, por exemplo.

No tocante ao nexo de causalidade, há de se compreender como o que une o ato ilícito e o dano, isto é, a conduta geradora da concretização do dano. Podendo ser essa conduta omissiva ou ativa, somente com a presença de tal, é consolidada a responsabilização civil, sendo sua comprovação essencial para um pedido de reparação de danos morais ou materiais.

O nexo de causalidade é base para que esta seja gerada a responsabilidade civil, é a conduta que define que o indivíduo terá obrigação de reparação, já que com a sua realização o dano foi causado. Os aspectos gerais da responsabilidade civil foram aqui mencionados para que a compreensão no campo do direito à imagem e atuação de publicidade médica seja amplamente compreendida e defendida, visando a real proteção dos direitos da personalidade do indivíduo.

Em seu turno, a culpa trata-se de um elemento essencial na responsabilidade subjetiva, isto é, aquela que precisa comprovar que existe dano causado a outrem por ato ilícito com dolo ou culpa. Aquela que não precisa da comprovação de culpa ou dolo é chamada de responsabilidade objetiva.

A culpa se configura pela prática do ato ilícito mediante negligência, imprudência ou imperícia do agente, logo, entende-se que o dano foi gerado pela ocorrência desse ato. Nestes casos, a responsabilidade civil é gerada com a presença de culpa.

Já sobre a responsabilidade civil objetiva o civilista Silvio de Salvo Venosa (2014) define o tema como “a responsabilidade civil objetiva, como se sabe, afasta a

necessidade de perquirir culpa do agente, bastando a existência do nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida pelo agente e o dano sofrido pela vítima”.

É válida a menção, acerca da atividade de profissionais liberais, como médicos, elencado no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, parágrafo 4º, no que tange: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (Brasil, 1990).

Logo, em regra, a responsabilidade dos médicos é subjetiva e precisa ser comprovada a existência de culpa por negligência, imprudência e imperícia na caracterização do ato ilícito e, por assim dizer, a responsabilidade civil. Em complemento, Veloso elucida que,

O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Levam-se em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados (Veloso, 2021, p. 294).

Sobre o “erro médico” utilizado pelo autor em referência à responsabilidade civil médica, compreende-se que expressão traduz qualquer responsabilidade civil decorrente da atividade médica. Logo, em respeito ao Código de Ética Médico, por parâmetros à frente discutidos, e aos fundamentos até então elencados sobre o direito à imagem e sua utilização adequada nos conformes das normas aqui trazidas, alongase à interpretação para o uso indevido da imagem como erro de conduta médica para fins de penalidades administrativas do âmbito regimental, o que também será aqui debatido.

4.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM MATÉRIA DE DIREITO À IMAGEM

Enfatiza-se que a responsabilidade da utilização de imagem de forma indevida, atua como reparação atenuante do feito. É impossível a reparação completa de um dano moral em valoração monetária, é incomparável pela própria natureza de ambas, conforme foi mencionado anteriormente neste estudo. Não se pode pagar por uma violação moral ocorrida, ao menos não o suficientemente compara-se valores monetários à aspectos de honra, moral, dignidade e intimidade.

Define Ribeiro (2013) a responsabilidade civil no direito à imagem como “No direito à imagem, a responsabilidade civil surge da ação ou omissão de um agente que causa lesão à imagem alheia”. A abrangência dessa definição leva-nos a indagar se para que haja a responsabilidade civil a imagem precisa ser negativamente veiculada ou que uso que soe pejorativo para pessoa no aspecto visual.

O que se exprime após toda a análise realizada neste estudo, é que não obrigatoriamente a responsabilidade civil do uso indevido da imagem está ligado a forma da utilização, isso pode agravar a situação, mas o mero uso sem consentimento, a exposição da representação da forma física de outrem por si só, gera o dever de indenizar por ferir o direito à imagem do indivíduo.

Caso assim fosse, a autonomia do direito à imagem seria descaracterizada, já que estaria vinculada a outros institutos, como à honra, e ainda à difamação. A autorização da utilização é a forma expressa de proteção à autonomia do direito de imagem, já que institui a proteção do direito e a garantia do titular sobre o seu domínio.

Outro aspecto relevante de ser mencionado é a distinção entre as modalidades contratual e extracontratual da responsabilidade civil, isto é, há uma diferenciação entre aquilo que é estabelecido contratualmente entre partes e o que é estabelecido em contrato social. De modo que, a celebração de um contrato gera entre as partes deveres pactuados perante a atuação esperada, do qual a violação gera perdas e danos exigíveis e também indenizações monetárias à título de restituição ao dano patrimonial nos moldes pactuados.

Já a responsabilidade civil extracontratual, compreende o ato ilícito nos moldes do artigo 187 do Código Civil, sendo dispensável para sua exigibilidade uma relação pactuada entre as partes, exigíveis as indenizações e restituições nos moldes da lei. Diante da perspectiva do direito à imagem, por sua característica principal de ser uma espécie de direito da personalidade, não se prende em uma relação contratual a possibilidade de que seja ferido o direito à imagem para sua tutela.

Isto é, ainda que seja pactuado contratualmente a autorização de utilização de imagem em determinado contexto, caso a outra parte venha a utilizar de forma além dos limites estabelecidos, além das consequências contratuais, pode se buscar compensação pelos danos morais em virtude da utilização indevida.

Ou seja, não é porque é permitida a utilização que é deliberado as formas, finalidades e modalidades, tal qual trazido no Capítulo 1, a concessão de utilização

não quer dizer transferência de direito. Em verdade, somente o estabelecido e consentido em contrato que poderá ocorrer. O dano moral à imagem, à honra e à privacidade são além do estabelecido em contrato e pactuado entre partes, trata-se de tutela de garantia fundamental.

Destarte, o instituto da responsabilidade civil tem como primazia a garantia do reestabelecimento das condições anteriores a ocorrência do dano. Por isso a compreensão de que se vislumbra uma certa equidade entre o fato e a restituição. Ainda que, conforme anteriormente dito, não há como a valorização de um dano moral ser comparável a uma restituição monetária, funciona como uma tentativa compensatória. Sob um paralelo acerca do tema, há a possibilidade de aspectos lesivos na esfera patrimonial conforme a utilização indevida de imagens. Sob perspectiva de que imagens em redes sociais são de ampla circulação, há possibilidade de dissabores financeiros para o indivíduo que vem a ser exposto nesse sentido.

Basicamente, nesse espectro de restituição, há a necessidade de comprovação do dano e sua magnitude, para que a compensação seja em cima desse valor. Bem como a chamada “perda de oportunidade” no âmbito financeiro, também deve ser valorada e comprovada. Um aspecto interessante acerca dos danos patrimoniais e direitos de imagem, é a correlação com os veículos de mídia como meio de obtenção de lucro ou como modalidade atual de trabalho. Por uma visão mais moderna e desestruturada de trabalho, as redes sociais são um espaço para a troca de comercialização, prestação de serviço e a exposição da imagem ser a principal atividade geradora de vendas.

O que nos leva a compreender que a utilização de imagens, no caso de pessoas que se utilizam dessa modalidade, a imagem é além de um direito personalíssimo, garantia fundamental, é a ferramenta direta de trabalho e subsistência. Uma utilização indevida da imagem pode gerar consequências em seu espectro econômico também. É evidente que, para que haja a consequência de responsabilidade civil de restituição nestas situações, o caso concreto deverá ser minuciosamente analisado e tanto o dano real, quanto o dano iminente de prejuízo financeiro deve ser estabelecido e, devidamente comprovados.

4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Sob finalidade de visualização dos elementos descritos como parte da responsabilidade civil médica, tem-se a caracterização do dano material, o caráter compensatório da tutela indenizatória de danos morais, a comprovação de danos patrimoniais a título de indenização material, dentre outros. Estes aspectos foram analisados nas seguintes jurisprudências:

RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação reparatória por danos morais - Pedido de indenização por divulgação não consentida de imagem da autora em rede social da ré para fins comerciais e de publicidade - Ré que publicou em seu Instagram imagem da autora do "antes e depois" da aplicação de botox sem o seu consentimento - Sentença de procedência parcial com fixação de danos morais no valor de R\$ 8.000,00 - Inconformismo da ré - Utilização da imagem da autora para divulgação do trabalho da ré, sem qualquer consentimento ou prévia autorização, que gera o dever de indenizar - Violação da intimidade - Danos morais - Cabimento - Entendimento lastreado na Súmula 403, do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Dano *in re ipsa* - Redução nesta sede para R\$ 5.000,00, pois apto aos objetivos da lei e ao cumprimento do duplo caráter da indenização - Verba honorária devida pela ré em face de sua exclusiva sucumbência (Súmula 326 do STJ) - Apelo parcialmente provido (Tribunal de Justiça de São Paulo, TJSP. Apelação Cível n. 1000696-28.2021.8.26.0634, São Paulo, julgado em 16 fev. 2022).

São identificados a indenização compensatória a título de dano moral, já que constatado a divulgação não consentida da autora, o dano *in re ipsa*, sem a necessidade de comprovação do dano pela sua natureza, mencionando a supracitada Súmula 403 do STJ e a presunção do dano.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA EM QUE A PARTE AUTORA POSTULA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS, AO ARGUMENTO DE OCORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE RECONSTRUÇÃO DE MAMA, APÓS MASTECTOMIA TOTAL, EM RAZÃO DE UM CÂNCER DE MAMA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA DEMANDANTE. 1. Cinge-se a controvérsia recursal em verificar se merece reparo a sentença para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial. 2. Ressalto que a ação foi interposta em face da operadora do plano de saúde e da médica assistente conveniada. Nesse cenário, destaco que a jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a operadora é solidariamente responsável pelos danos causados por falha ou erro de médico ou hospital conveniado. 3. Em que pese o entendimento do ilustre Magistrado sentenciante, a sentença merece

reforma. 4. A responsabilidade do profissional liberal médico é apurada com base no art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo decorrente de culpa e, portanto, subjetiva. 5. Na responsabilidade civil subjetiva, decorrente de suposto erro médico, mostra-se imprescindível o exame da culpa para fundamentar o dever de reparação, cabendo ao lesado comprovar o dano, o defeito ou vício na prestação dos serviços, assim como a culpa do médico. 6. Após examinar todas as provas produzidas nos autos, entendo que restou demonstrada a alegada imperícia na conduta da médica diante do quadro apresentado. 7. A prova dos autos, notadamente o laudo pericial e seu esclarecimento demonstra, de forma absolutamente clara, a inadequação técnica na realização do procedimento. 8. Evidente, portanto, a culpa da médica assistente pelos danos morais e materiais causados à autora, responsabilidade que se estende à operadora do plano de saúde. 9. No que se refere aos danos materiais, a autora comprovou gastos no valor de R\$ 400,00 com a cirurgia, tendo a médica assistente afirmado que a autora também realizou um pagamento no valor de R\$ 1.500,00 à equipe médica. Nesse passo, os valores encontram-se devidamente comprovados, sendo suficientes para demonstração das despesas. 10. No que diz respeito ao dano moral, o valor da indenização deve estar em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não sendo tão elevado a ponto de gerar um enriquecimento ilícito para o ofendido, nem tão reduzido a ponto de tornar-se inexpressivo para o ofensor. 11. Portanto, considerando as peculiaridades da demanda, entendo que a verba indenizatória deve ser fixada em R\$25.000,00. 12. Reforma da sentença. 13. Parcial provimento do recurso (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, TJRJ. Apelação n. 812513-2018.8.19.0004, Rio de Janeiro, julgado em 17 mar. 2023).

A respeito da caracterização da responsabilidade médica, é trazida a subjetividade da responsabilidade civil médica em decorrência do erro médico, com o supracitado artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, erro este comprovado, em matéria de culpa por imperícia, negligência ou imprudência do profissional. Além da descrição acerca do dano material sofrido, para pedido de indenização material da autora, com a valoração minuciosa sobre o patrimônio despendido.

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL e ESTÉTICO—
Pretensão fundada em responsabilidade civil médica e hospitalar – Paciente portadora de catarata no olho direito – Submissão a cirurgia de implante de lente intra-ocular – Infecção manifestada no pós-operatório – Dúvida sobre a causa primeira desse processo (se hospitalar ou não) – Dúvida que beneficia a consumidora – Prova pericial que aponta falha médica no pós-operatório danoso, a ponto de provocar a perda da visão e deformidade (por perda) no olho ("olho murcho") – Instalação de processo infeccioso com perda definitiva da visão – Não realização de tampão (dito desnecessário ou dispensável, dada a técnica utilizada) ou de fornecimento de óculos especiais (ditos

indicados pela mesma técnica, mas não comprovadamente ofertados à paciente) – Infecção grave, impositiva de dores – Indicação, por outro profissional, em atendimento emergencial, de internação em outro nosocômio – Orientação pela médica cirurgiã de não internação, indicando tratamento medicamentoso, mal sucedido – Alegação de que a infecção é intra-ocular e endógena – Ausência de comprovação – Falha na prestação de serviço, configurada – Danos materiais e estéticos comprovados – Indenização devida – Fixação destes em R\$ 90.000,00 – Sentença reformada para julgar procedente a ação. Apelação provida (Tribunal de Justiça de São Paulo, TJSP. Apelação Cível n. 148905-2010.8.26.0590, São Vicente, julgado em 19 abr. 2018).

Essa jurisprudência foi trazida para exemplificar a qualificação comprobatória acerca do chamado erro médico. A clara culpa da médica ré acerca do dano causado à autora, revelam expressivamente como pode ocorrer a negligência, imperícia e imprudência da profissional colocando em risco a saúde da paciente e gerando-a um dano físico irreparável.

Responsabilidade civil. Omissão e erro médico. Dano material, moral e estético. Responsabilidade subjetiva. Valor do dano. Razoabilidade. 1. Em se tratando de omissão médica já é sedimentado nesta e. Câmara que a responsabilidade da Administração é subjetiva, fundada, portanto, na teoria da culpa, sendo indispensável, para caracterizá-la prova de negligência, imperícia ou imprudência. 2. Implica responsabilidade civil a desatenção de médico em procedimento de parto que resulta em hipoxia cerebral no bebê. 3. A indenização por dano moral deve tomar como parâmetro a repercussão do dano, suas sequelas, a repreensão ao agente causador do fato e sua possibilidade de pagamento, bem como ter claro que não acarretará enriquecimento indevido. 4. O quantum do pensionamento deve ser compatível com a extensão do dano. 5. Apelo provido (Tribunal de Justiça de Rondônia, TJRO. Apelação Cível n. 2430-43.2013.822.0013, Rondônia, julgado em 17 jul. 2020).

Trata a última jurisprudência trazida, a respeito da comprovação do erro médico acerca da obrigação em indenizar. Enquanto a primeira há clareza acerca da ocorrência da culpa do médico, levando ao falecimento da criança e dano moral expressivo gerado, há o provimento da sentença. Ainda que sem necessidade de comprovação para que haja a responsabilidade, o dano gerado é inquestionável, sendo trazido o princípio da razoabilidade perante a determinação do valor indenizatório com a compatibilidade da lesão causada.

4.4 DAS CONSEQUÊNCIAS AO MÉDICO PELA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA IMAGEM

Conforme trazido no início deste capítulo, às consequências decorrentes do uso indevido de imagem, por si só, surte consequências tanto na esfera jurídica, quanto na ético-profissional. Com a temática de publicidade e propaganda abarcada ao instituto de uso indevido da imagem não seria diferente.

É conclusivo após a argumentação aqui apresentada a magnitude da importância do direito à imagem como um bem personalíssimo, de tutela prevista, garantia fundamental, bem como seus aspectos de intransmissibilidade e irrevogabilidade. Nada mais coerente diante da tutela jurisdicional que a previsão acerca da proteção desta fosse a compreensão desse direito como autônomo, e por assim sendo, a sua lesão um dano moral *in re ipsa*, sendo comprovado o dano material pelo uso indevido e, portanto, o cabimento da responsabilidade civil neste tema.

Ademais, acerca da ética médica mencionada, analisado as respectivas resoluções sobre a temática de publicidade e propaganda médica, o código de ética médico, compreende-se que a consequência se correlaciona diretamente com alguma sanção na esfera profissional. Cada uma das possibilidades serão a seguir analisadas.

4.4.1 Responsabilidade civil do médico na relação médico *versus* paciente

Inicialmente, devem estar presentes os elementos essenciais da responsabilidade civil de ato ilícito, dano, nexo de causalidade e culpa. A qualidade de profissional liberal, conforme mencionado no texto legal do Código de defesa do Consumidor e com a análise no entendimento jurisprudencial, deverá a responsabilidade civil médica ser de caráter subjetivo, havendo a plena necessidade de comprovação da culpa, por negligência, imperícia ou imprudência do profissional.

Fato é, que a própria utilização indevida da imagem a título de publicidade e propaganda do médico já configura essa obrigação. Além a natureza do objeto, acrescenta-se que mediante a atividade realizada de utilização para fim propagandístico se dá na própria atividade médica.

Ainda que não sendo a principal área de atuação técnica, a consideração da utilização de veículos de comunicação social como parte dessa atividade médica deve

ser abarcada ao conceito da atuação profissional. Logo, aqui compreendo que havendo a utilização indevida, já se configura a culpa do profissional.

Diante da finalidade de tutela material, conforme a análise jurisprudencial e a natureza da responsabilidade civil indenizatória em restituir os valores que foram perdidos, gastos ou que tenham iminência de prejuízo, devem ser meticulosamente detalhados, para a conformidade com o sentido da indenização em reparar e não tratar o fato como um meio de obtenção monetária indevida, com má-fé. Ademais, não se confunde em maneira alguma a existência de um dano moral a dano material.

Sobre a tutela moral, conforme vastamente teorizado no presente estudo, concluímos que a responsabilidade civil é *in re ipsa*, ocorrendo a sua obrigação somente diante do fato de ser utilizada à imagem de forma indevida e assim por ferir o direito à imagem.

A respeito da indenização devem ser mencionados dois elementos 1) compensação da lesão causada em valor compreendido como equiparável, mediante a impossibilidade de *status quo ante*; 2) o carácter punitivo e pedagógico. Sendo a característica da tutela indenizatória de dano moral a manutenção da equidade, ao menos em tese, frente ao dano sofrido pelo titular.

Esses elementos estão presentes na responsabilidade civil de forma geral, mas diante da natureza da atividade médica e a delicadeza, sutileza, da relação entre as partes, defendo que a valoração da indenização deva trazer consigo um peso maior em relação ao seu carácter punitivo e pedagógico.

Isso porque, a própria intimidade vinculada entre as partes deve exalar um respeito ao direito destas, e na relação entre médico e paciente, em opinião aqui defendida, trata-se o paciente o hipossuficiente. Tanto em quesito de conhecimento técnico, quanto em relação a confiança da vida e da sua saúde concedida aquele profissional. Logo, considero que a atividade jurisdicional deve consagrar essa perspectiva para a determinação da indenização e efetivamente cumprir a integral finalidade indenizatória.

Em matéria de vinculação à publicidade e propaganda, a temática possui um maior reflexo nos parâmetros ético-profissionais na perspectiva analisada neste estudo, por isso, não será citada em matéria da responsabilidade civil a modalidade da utilização indevida do direito de imagem.

4.4.2 Consequências no campo ético-profissional

Diante dos reflexos na atividade interna do médico e seu regimento interno devem ser considerados alguns pontos. Primeiramente o descumprimento acerca das considerações do Código de Ética são de grande relevância, haja vista o papel deste documento ser pautar a conduta esperada da sociedade médica. Considerando a proteção boa conduta profissional e o respeito a imagem coletiva dos profissionais.

Em consequência, a desconsideração acerca de valores proibitivos e princípios fundamentais deste mesmo documento por si só já preceituam uma consequência no campo da ética médica. Em matéria de vinculação à publicidade e propaganda a plena conformidade com os aspectos da Resolução n. 2.336 devem ser substancialmente presentes em qualquer tipo de publicidade e propaganda médica. Para que haja a plena coerência com os aspectos compreendidos e abarcados pelo Conselho Federal de Medicina em referência às modalidades, finalidades e formas de atividade médica nesse sentido.

Respeitados os parâmetros materiais elencados pela Resolução n. 2.336 de 2023 sobre a publicidade e propaganda realizados, continuo à análise em relação aos parâmetros morais com a utilização indevida de imagens de pacientes. Substancialmente, não se trata meramente de uma inconformidade acerca dos aspectos regimentais de modalidade de atividade do médico.

Aqui, remete-se a atenção para a qualidade ética da atividade médica perante a publicidade e propaganda realizada com a presença de uma inconformidade Constitucional. O desrespeito fere o indivíduo em si, conforme foi apresentada a intimidade do direito à imagem anteriormente neste estudo.

Compreendo que não podem os respectivos conselhos da classe, federais e Regionais, se absterem da inconformidade de um médico violar de forma tão grave o paciente. Isso porque, é preceito fundamental médico o respeito absoluto pelo ser humano, conforme trazido no primeiro capítulo do Código de Ética.

Sendo a perspectiva aqui apresentada, colabora para a compreensão de que deve haver sanção administrativa profissional, haja vista a seriedade do direito infringido e a relação do vínculo médico e paciente. Contudo, ratifica-se, a conduta não pode ser inobservada pelo Conselho de medicina.

Sendo assim, é válida a menção da Lei n. 3.268 de 1957 que trata sobre o exercício da Medicina e a fiscalização da conduta ética médica pelos conselhos, bem como a suas sanções. O seu artigo 22 discorre sobre as previsões de penalidades a serem instituídas em casos de infração ética cometida pelos profissionais da seguinte forma: a) advertência confidencial em aviso reservado; b) censura confidencial em aviso reservado; c) censura pública em publicação oficial; d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias; e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal (Brasil, 1957).

De modo a respeitarem uma graduação acerca da sanção, haverá de haver a interpretação do caso concreto para verificar qual das hipóteses seria imposta ao profissional. A primeira, trata-se de uma notificação privada sobre a infração, a segunda, trata-se de uma censura confidencial, mais grave que a anterior mas ainda incorre em caráter privado, em sequência a censura pública, ocorrendo a divulgação pública da penalidade, a suspensão do exercício em até trinta dias como uma penalidade bem severa e afasta temporariamente o médico do exercício da sua profissão e, por fim, a cessação do exercício profissional como medida extrema da sanção a título de penalidade à infração da conduta ética. A compreensão que aqui defendo é que a natureza da infração deve ser aplicada, na maioria dos casos, as sanções de advertência e censura, alongando-se até a censura pública a depender dos casos mais graves, dentro de um parâmetro justo ao ocorrido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao estudo realizado, foi possível compreender a atuação médica sobre publicidade e propaganda. Com a observância acerca das regras a serem abarcadas na atividade publicitária, como a presença completa de identificação, finalidade educativa, descrição da realidade dos procedimentos com pontos satisfatórios e insatisfatórios alcançados e a motivação de cunho informativo educativo e não mercantilizado.

Esses parâmetros, trazidos por meio da Resolução 2.336 de 2023, emerge em meio a atividade médica um novo cenário de atuação, que se afasta da técnica médica e assistência à saúde, mas que se aproxima a institutos de garantias fundamentais do ser humano, como nesse estudo, o direito à imagem. Uma atuação paralela que cresce em meio à presença tecnológica, de mídias de comunicação e digitalização do mundo.

Com essa perspectiva, compreende-se o instituto de direito à imagem diretamente correlato com essa atividade. O aumento da utilização das imagens de pacientes sob tal finalidade já é uma realidade expressiva, tanto fomentou para a resolução referida se fosse realizada para atualizar as delimitações e regras específicas para a profissão. No entanto, o direito à imagem tem sua proteção para além disso, trata-se de proteção constitucional, de garantia fundamental, direito personalíssimo e tutelado pela responsabilidade civil.

Para tal, a pesquisa conceituou o direito à imagem no ponto de vista do ordenamento jurídico, compreensão jurisprudencial e doutrinaria. Concretizando a visão acerca dos aspectos anteriormente mencionados, bem como o reconhecimento como direito de personalidade, a dicotomia de sua tutela moral e patrimonial, sua autonomia, o dano *in re ipsa* consolidando sua tutela moral, a natureza compensatória da indenização, entre outros que foram aqui apresentados.

Ademais, mediante a caracterização de ambos cenários, da classe médica e do ramo de direito civil, a tutela de direito da personalidade, as consequências diante da lesão a esse direito pelo desrespeito ao direito à imagem, por seu uso indevido sem autorização ou para além daquilo que foi delimitado, traz consequências nas duas esferas.

Do ponto de vista da atuação jurisdicional, concluímos a responsabilidade civil e a indenização como a modalidade de tutela. Sendo esta, com seu caráter de restituição e/ou compensação da lesão ocorrida, mas também com seu objetivo punitivo e pedagógico da atuação profissional acerca do dano gerado. Devendo considerar o julgador nesses casos, o fato de a relação entre médico paciente ser considerada de confiança e completa boa-fé, além da posição hipossuficiente do paciente.

Mediante as considerações realizadas, faz parte do papel regulamentar e fiscalizatório dos Conselhos de Medicina a observância de atuação do profissional médico em coerência com os princípios fundamentais éticos e o respeito à classe. Destarte, é evidente que o desrespeito ao direito de imagem viola para além até mesmo dessa própria regulamentação, alcança valores constitucionais, do próprio indivíduo, sendo papel a instituição de consequências ético-normativas efetivas nesse sentido.

Com a descrição do próprio CFM, institui-se a previsão acerca de consequências à conduta ética médica mediante a ocorrência de infrações éticas, sendo relevante a interpretação do caso concreto para determinação de tais. O que não pode ocorrer é uma inobservância acerca de tais casos e somente sendo instituído algum tipo de punição caso esteja a atividade em inconformidade com os parâmetros materiais da publicidade e propaganda médica, anteriormente mencionados.

A tutela do direito à imagem deve ser resguardada pela própria autonomia do direito, proteção ao indivíduo, coerência aos valores e garantias constitucionais e ainda manutenção da ética profissional da atividade médica. Conclui-se, também, que o estudo do recorte deste tema carece de estudos doutrinários mais complexos e delimitação acerca das previsões e consequências na esfera médica. Ademais, a imersão tecnológica somente tende a crescer e nosso papel jurisdicional funda-se na manutenção da justiça, integridade, dignidades das pessoas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista de Derecho Privado**. n. 24. p. 81-111, 2013.

BITTAR, Carlos. **Os direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

BORCAT, Juliana; ALVES, Alinne. Os direitos da personalidade como direitos fundamentais e manifestação da dignidade. In: II Simpósio regional sobre direitos humanos e fundamentais parte I - direitos fundamentais e inclusão social, 3., 2013. **Anais eletrônicos** [...]. Marília, SP: UNIVEM, 2013.

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016.

BRASIL. **Lei n 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil. Brasília DF: Diário Oficial da União, 2002.

BRASIL. **Lei n. 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRASIL. **Lei n. 3.268**, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e a fiscalização do exercício da profissão médica. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1 out. 1957. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm.

BRASIL ESCOLA UOL. **História da fotografia**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/curiosidades/historia-da-fotografia>. Acesso em: 09 out. 2024.

CAIRES, Bianca; LOPES, Maria; OKUNO, Meiry; CAMPANHARO, Cássia; BATISTA, Ruth. Conhecimento dos profissionais de saúde sobre os direitos de imagem do paciente. **Einstein**, 13(2):255-9, 2015.

CALEFFI, Isabella. **A proteção do direito à imagem na era da liberdade de imprensa**. Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2020. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-s08/isabellacaleffi.pdf>. Acesso em: 08 out. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.233**, de 29 de julho de 2019. Dispõe sobre a telemedicina. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 ago. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.974**, de 19 de agosto de 2011. Dispõe sobre a publicidade médica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 ago. 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.217**, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º nov. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.931**, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Enunciado 587**. VII Jornada de Direito Civil, Brasília – DF, setembro de 2015.

CRUZ, Marco; MARCO, Cristhian. **Considerações sobre o direito à própria imagem**. Santa Catarina, Unoesc, 2017.

DORNAS, Laís. Espécies de tutela jurisdicional aplicáveis ao direito da personalidade. In: **Jusbrasil**. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/especies-detutela-jurisdicional-aplicaveis-ao-direito>. em: 08 out. 2024.

DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade no Código Civil**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 6, n. 6, p. 71-98, 2005.

FRACIULLI NETTO, Domingos. A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**. V.19, n.1, p.1–74, 2004.

GODINHO, Adriano Marteleto. **A tutela do direito à própria imagem e a responsabilidade civil decorrente de sua violação post mortem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GODINHO, Adriano. **Direito ao Próprio Corpo: Direitos da Personalidade e os Atos de Limitação Voluntária**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GOMES, Francisco. **Responsabilidade Civil por Violação ao Direito à Imagem**. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília – DF. 2012.

LUZ, Igor; BRITO, Jaime. Positivismo Jurídico e os Direitos da Personalidade Natural. **Revista Brasileira de Direito**, 14(2), 2018.

MORAES, Maria. Ampliando os direitos da personalidade. **Revista Saúde Pública**. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro. 2007.

RIBEIRO, Iara. **Direito à imagem: conceito jurídico pleno da própria imagem**. Doutorado em direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo – SP. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **Súmula 403**. Brasília – DF, 2009. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revistasumulas-2014_38_capSumula403.pdf. Acesso em: 09 set. 2024.

TEFFÉ, Chiara. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. **Revista de Informação Legislativa**, n.213, p.173–198. 2017.

TOAZZA, Gabriele. VENTURI, Thaís. O Direito à Imagem na perspectiva da pessoa no direito civil contemporâneo. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v.4, p. 3081-3119, 2014.

TRIBUNAL DE MINAS GERAIS, TJ-MG. **Apelação Cível n. 509775796.2020.8.13.0024**, Minas Gerais, julgado em 2020. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, TJRJ. **Apelação n. 133682192.2018.8.19.0001**, Rio de Janeiro, julgado em 2018. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, TJRJ. **Apelação n. 8125132018.8.19.0004**, Rio de Janeiro, julgado em 17 mar. 2023. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA, TJ-RO. **Apelação Cível n. 243043.2013.822.0013**, Rondônia, julgado em 17 jul. 2020. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, TJ-SP. **Apelação Cível n. 100405774.2019.8.26.0003**, São Paulo, julgado em 2019. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, TJ-SP. **Apelação Cível n. 100069628.2021.8.26.0634**, São Paulo, julgado em 16 fev. 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, TJ-SP. **Apelação Cível n. 1489052010.8.26.0590**, São Vicente, julgado em 19 abr. 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2024.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO, TRT-3. **Recurso Ordinário n. 001049934.2020.5.03.0034**, Minas Gerais, julgado em 2020. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br>. Acesso em: 09 set. 2024.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.