

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ARTHUR AZEREDO THEVENARD

**DIREITO À IMAGEM: POSSIBILIDADE INDENIZATÓRIA
PELO PLÁGIO DA APARÊNCIA FISIONÔMICA A PARTIR DE
PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS**

VITÓRIA

2017

ARTHUR AZEREDO THEVENARD

**DIREITO À IMAGEM: POSSIBILIDADE INDENIZATÓRIA
PELO PLÁGIO DA APARÊNCIA FISIONÔMICA A PARTIR DE
PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para obtenção do diploma de bacharel em Direito, orientada pela Prof. Dra. Bruna Lyra Duque.

VITÓRIA

2017

DEDICATÓRIA

À Deus por me proporcionar energia, sabedoria e paciência para seguir com o projeto até o final.

Aos meus pais, por todo o amparo e amor incondicional. Por serem um incentivo para todos os meus dias.

À minha orientadora, pelos ensinamentos, pelo auxílio e pelo incentivo. Por ter feito com que eu acreditasse em mim. Por ter feito com que eu enxergasse além.

À Faculdade de Direito de Vitória - FDV, por tornar possível a realização deste trabalho.

“Cabe a cada um definir sua personalidade. Imposta do exterior, a noção de personalidade perde seu sentido”.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade de aplicação de indenização por danos morais sobre aqueles que realizam procedimento estéticos que visam obter igual aparência de terceira pessoa. Para a análise e desfecho do problema será necessário analisar as peculiaridades e os requisitos inerentes ao direito da personalidade, tutelado pelo Código Civil e pela Constituição da República. Mais adiante, o busca-se analisar, especificadamente, a análise do direito à imagem, cerne do problema pesquisado e suas dimensões. Para se chegar a uma conclusão, no entanto, é preciso entender o ordenamento jurídico como um sistema uno de regras e princípio que impõe a sua observância, como todo, para sua aplicação no caso concreto. Nesse sentido, optou-se por utilizar a vertente doutrinária de aplicação civil-constitucional sobre a normas que disciplinam as relações jurídicas privadas. Seguindo essa linha de pensamento, aplicar-se-á sobre o problema a teoria da responsabilização civil e a sua potencial incidência, de forma que, presente seus requisitos e configurado o dano, surge para a vítima a possibilidade de ser indenizada pelo prejuízo sofrido. Por fim, por envolver questões estritamente extrapatrimoniais, deverá ser analisada a ocorrência ou não da indenização por danos morais como instrumento a ser utilizado por daquele indivíduo que teve sua imagem indevidamente apropriada por um terceiro.

Palavras-chave: Direito da Personalidade; Direito à Imagem; Responsabilização Civil; Dano Moral.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 A PERSONALIDADE HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	09
1.1 A DEFESA DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	11
1.2 PROTEÇÃO À PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA CIVIL - CONSTITUCIONAL.....	14
1.3 A INFLUÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO NA HERMENÊUTICA DAS NORMAS DE DIREITO PRIVADO	16
2 PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS: NATUREZA JURÍDICA, DIREITOS E DEVERES NA RELAÇÃO PACIENTE-CIRURGIÃO	20
2.1 O DIREITO À IMAGEM E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO JURÍDICO	22
3 VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM SOB A ÓTICA DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	27
CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS	37

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002, integrou o ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro visando regular as relações privadas entre os indivíduos, pautado principalmente nos princípios da operabilidade, eticidade e sociabilidade.

Diferentemente do Código Civil de 1916, que privilegiava questões acerca do individualismo e do patrimônio, o atual diploma disciplina que as condutas realizadas entre seus integrantes devam respeitar os limites da coletividade, lealdade, da confiança e dos bons costumes, sendo a principal distinção a preponderância dos valores coletivos sobre os individuais, sem deixar de observar, porém, o valor fundamental da pessoa humana.

Nesse sentido, um dos avanços alcançados pelo direito civil foi o reconhecimento da indenização por danos morais pela legislação pátria no decorrer dos anos. Inicialmente, por forte resistência por parte da jurisprudência e da doutrina brasileira tal direito fora rechaçado questionando sua legitimidade diante os demais. Dessa forma, para sanar quais dúvidas sobre acerca da temática o legislador ordinário expressamente dispôs tal reparação no artigo 186 do referido código.

Além do mais, os direitos da personalidade, a exemplo o direito de imagem e o direito autorial, presentes no artigo 11 ao 21 do diploma civilista, não existiam na antiga legislação de 1916 que buscava tutelar de maneira ampla e universal direitos relativos à propriedade, demonstrando de maneira clara sua característica patrimonialista em detrimento do indivíduo em si.

Superada a fase distintiva entre o ordenamento civilista atual e o anterior, o presente trabalho busca ressaltar a importância de se adotar uma interpretação sistemática do Código Civil com Constituição da República, norma hierarquicamente superior a qual todas as demais retiram seus fundamentos de validade e eficácia.

Deve-se, com isso, buscar uma hermenêutica civil-constitucional unitária ao analisar as normas de caráter privado, de forma a respeitar os princípios fundamentais básicos

positivados e, principalmente os direitos fundamentais elencados pelo Constituinte Originário.

Com relação aos direitos fundamentais, sabe-se que eles possuem aplicação imediata em face aos demais direitos, de forma a garantir a maior proteção da dignidade da pessoa humana nas relações firmadas entre os particulares.

A partir disso, será realizado o estudo acerca da violação dos direitos da personalidade, sob uma perspectiva constitucional, segundo os princípios e direitos fundamentais positivados, para concluir sobre a existência ou não de violação à direitos subjetivos referentes à imagem e o seu caráter ilícito exercido por terceiros.

Com isso, face a evolução do código civil em proteger a pessoa humana no seu interior, conjugado com o artigo 5º da Constituição Federal e, em decorrência do avanço tecnológico capaz de proporcionar experiências cada vez mais satisfatórias aos titulares de direitos, questiona-se: deve haver indenização por danos morais aos sujeitos que possuem a sua imagem violada, ao serem utilizados como parâmetros em realizações de cirurgias plásticas e estéticas quando terceiros possuem o intuito de adquirir determinado atributo particular referente àquela pessoa?

O tema abordado, justifica-se, pois, além de ser revestido de caráter inovador e atual, possui relevância nas relações jurídicas privadas contemporâneas. Isso se deve pela conjugação de inúmeros fatores que tornam a sociedade cada vez mais complexa, diante dos avanços tecnológicos permanentes e da evolução dos direitos que vêm sendo incorporados ao nosso ordenamento jurídico.

Por ser tratar de direitos da personalidade, e muitos deles estarem entrelaçados a direitos fundamentais com grande carga normativa e significativa, deve-se analisar de maneira profunda a extensão dos direitos envolvidos e as possíveis violações decorrentes das praticas cirúrgicas.

A partir disso, sabe-se que o direito à imagem, abarcado nos direitos da personalidade, visa garantir a dignidade da pessoa humana com vistas a preservar os indivíduos seja nas relações privadas, disciplinadas pelo Código Civil, seja nas demais

relações jurídicas, já que possui status de direito constitucional, mais precisamente de direitos fundamental.

Após o estudo dos direitos da personalidade, será necessário explorar a temática da responsabilidade civil, e a possibilidade de configuração, conforme presente seus requisitos, para a partir daí, averiguar a indenização por danos morais como plausíveis para o ressarcimento de eventuais danos.

Para análise do problema apresentado, conforme analisou Mezzaroba e Monteiro, será realizado a metodologia dedutiva de pesquisa. De forma que, serão analisadas determinadas premissas gerais que deverão ser aplicadas a determinados contextos e situação específicas, obtendo um resultado prático individual para cada situação concreta. Nesse sentido, (MAZZAROBA; MONTEIRO, 2009, p. 65)

O método dedutivo parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Primeiramente, são apresentados os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que essas conclusões ficam restritas única e exclusivamente à lógica das premissas estabelecidas.

Dessa forma, indaga-se a possibilidade de garantir indenização para àqueles que possuem sua imagem violada e pretendem tutelar em face de terceiros que pretensiosamente realizam esses procedimentos, visando favorecimento pessoal e patrimonial por possuir determinada característica não personalíssima própria, mas que fora adquirida com referência à outra pessoa.

Por envolver a análise acerca da possibilidade, ou não, de indenização por danos morais quando realizado procedimentos estéticos para buscar uma identidade pertencente a uma outra pessoa, será realizado um estudo com base nos direitos personalíssimos presentes no ordenamento jurídico pratica e sua aplicação social, tanto nas relações privadas, como nas públicas.

1 A PERSONALIDADE HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os direitos da personalidade correspondem a um rol de direitos de caráter subjetivo que são atribuídos aos indivíduos que integram o ordenamento jurídico brasileiro. O seu surgimento deve-se a um novo paradigma que emergiu na sociedade brasileira com a promulgação da Constituição de 1988, sendo este, o tratamento e reconhecimento do ser humano como centro de toda norma jurídica, em face de toda mazela humana vivida e presenciada nos anos anteriores, ao período da Ditadura Militar.

A sua natureza jurídica subjetiva se justifica uma vez que eles estão relacionados a própria essência do ser humano, são direitos pessoais inatos e inerente ao sujeito titular do direito, para garantir uma condição humana mínima de existência, conforme se extrai do entendimento firmado por Cleide Aparecida Fermentão (2006, p. 245)

Por meio dos direitos da personalidade, o ser humano tem tutelados pelo Direito a garantia e o respeito a todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana. Essa garantia abrange toda esfera individual, acrescentando-lhe o respeito à valores como sentimento, a inteligência, a vontade, a igualdade, a segurança, e o desenvolvimento da personalidade.

Deve-se entender os direitos da personalidade como o pressuposto básico de respeito aos indivíduos que devem ser observados por toda a sociedade. De certa forma a garantia a efetividade de tutela desses direitos proporciona a maior segurança aos cidadãos nas realizações de suas obrigações civis, já que muitos aspectos tutelados por esses direitos são requisitos necessários para validade de qualquer negócio jurídico firmado entre as partes.

Não se pode olvidar, no entanto, que o ambiente que permeia esses direitos é nebuloso, por existirem questões não pacificadas pela doutrina e pela jurisprudência, conforme dispõe Carlos Alberto Bittar (2015, p. 29)

[...] divergências entre os doutrinadores com respeito à sua própria existência, à sua natureza, à sua extensão e à sua especificação; b) do caráter relativamente novo de sua construção teórica; c) da ausência de uma

conceituação global definitiva; d) de seu enfoque, sob ângulos diferentes, pelo direito positivo (público, de um lado, como direitos fundamentais; privado, de outro, como direitos da personalidade), que lhe imprime feições e disciplinações distintas; e) de sua fundamentação e justificação no plano das divergências filosóficas.

Por isso, os direitos da personalidade, quando analisados sobre as mais diversas perspectivas, a partir da forma e da situação como ele está aplicado, podem apresentar roupagem diversa quando inserido em determinada relação jurídica específica, conforme apregoa Carlos Alberto Bittar (2015, p. 31)

No campo do Direito Internacional, costuma-se tratar destes direitos com o nome de Direitos Humanos. E, de fato, o assim chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos é uma clara expressão desta ramificação. É costume, também, no campo da Sociologia, da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado, além da Filosofia do Direito, abordarem-se estes mesmos temas, considerando-os temas dos Direitos Humanos, Já na perspectiva do Direito Constitucional, e do publicismo, na medida em que estes direitos são reconhecidos e positivados pelo Estado, costumam ser chamados de direitos fundamentais [...]

Mesmo que, atualmente, haja tantas discussões sobre o tema, não se pode negar que eles são direitos ínsitos do ser humano. Possuem, dessa forma, determinadas particularidades que os diferenciam dos demais, dentre outras, como a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade.

Entendidos como direitos inatos dos indivíduos, adquiridos com o nascimento, cabe ao Estado reconhecê-los, inserindo no ordenamento jurídico pátrio, sancionando as práticas provenientes do arbítrio do poder público ou de incursões de particulares, através de normas constitucionais ou leis ordinárias, conforme concluiu Carlos Alberto Bittar (2015, p. 38 e 39)

Assim, em certos casos, quando recebem consagração em nível constitucional – passando a representar “direitos fundamentais”, a sua consideração e o seu enfoque dentro do plano positivo encontram justificativa exatamente para a delimitação desse interessante campo de estudo [...]

[...]

O mesmo acontece com respeito ao campo privado, em que a inserção em códigos ou leis vem conferir-lhes proteção específica e eficaz – e não lhes ditar a existência – desde que identificados e reconhecidos, em vários sistemas, muito antes de sua positivação.

Assim, com vistas a promover a sua proteção, quase que de forma absoluta, e dos institutos abarcado por esse direito, o legislador brasileiro determinou a sua

observação tanto nas relações privadas, como nas relações pública, estando positivados tanto na Constituição Federal de 1988, como no Código Civil de 2002, estando no primeiro o substrato geral dos direitos da personalidade e, no segundo, uma tutela mais específica e detalhada de tais direitos. Acerca disso, a referida autora Cleide Aparecida Fermentão aduz (2006, p. 244)

Falar-se em proteção à pessoa humana como finalidade do Estado corresponde a dizer que cabe ao Estado propiciar as condições necessárias para que as pessoas possam desenvolver o seu potencial e com isso ser pessoas dignas e viver com dignidade. O mesmo aconteceu com o Código Civil em vigor, no seu Capítulo II, Artigos 11 a 21, que regulam os direitos da personalidade.

Então, a busca do legislador brasileiro em tutelar os aspectos ligados a personalidade de forma cada vez mais ampla e expansiva, ao passo que os encontramos nos diversos diplomas legislativos do ordenamento jurídico pátrio, para além do diploma civil.

Dessa forma, os direitos personalíssimos são de suma importância para o desenvolvimento do indivíduo enquanto ser humano e, do indivíduo enquanto membro integrante da sociedade, já que preserva valores inerentes à pessoa humana e possibilita a realização de maneira legítima e a defesa sobre os demais direitos e bens frente a sociedade.

1.1 A DEFESA DOS DIRETOS PERSONALÍSSIMOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Em compasso aos anseios e problemas vividos pelo Brasil na segunda metade do século XIX, marcado pelos acontecimentos da 2ª Grande Guerra Mundial, com muitas injustiças e revoltas, surgiram as primeiras demarcações ao redor dos direitos da personalidade com ênfase em sua importância, tido como essenciais a existência humana, correspondendo à direitos inerentes ao ser humano, cujo surgimento é pré-existente à própria concepção de Estado.

Sabe-se, que no diploma civil anterior, datado de 1916, o legislador não estava preocupado com a positivação de direitos da personalidade, deixando a sua disciplina dispersa e fragmentada, conforme observou Carlos Alberto Bittar (2015, p. 105)

[...] os direitos da personalidade, em sua ampla gama de projeções, encontram-se dispersos por todo ordenamento jurídico nacional, bastando citar a importância desses mesmos direitos no âmbito constitucional (art. 5º, *caput*, e incs. X, XXVII, XXVIII), espraiando-se por diversos textos normativos infraconstitucionais, entre os quais se podem citar, rapidamente: a) o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) [...] b) a Lei dos Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98) [...] c) o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) [...] d) o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) [...]

Foi apenas com o surgimento de um novo paradigma da matriz constitucional, que remodelou as relações jurídicas estatais, pautando-se em princípios e regras de direitos fundamentais, que gerou a necessidade de expansão, com sua incidência sobre as relações entre os indivíduos da sociedade.

Assim, com a consagração e a tutela da dignidade humana, como um dos pilares do Estado Democrático Brasileiro, houve a necessidade de reconhecer e incorporar seus ditames na esfera privada, a partir dessa releitura do direito civil à luz dos novos preceitos existências, acolhidos pela Constituição Federal de 1988.

O Código Civil de 2002 solucionou o antigo problema relacionado a esfera dos direitos personalíssimos aglutinando-os de maneira sistemática. Desse modo, dedicou onze artigos (do 11 ao 21) que buscam regularizar a defesa por questões inerentes ao ser humano, como o direito a honra, o direito à imagem, o direito ao nome, dentro outros.

Destarte, a estruturação de um capítulo dedicado voltado a tutela dos direitos aqui tratados, relacionados à proteção da pessoa humana, demonstra o compromisso firmado pelo legislador brasileiro em estender, por todo o campo do direito civil e das relações privadas, a tutela e a promoção da personalidade humana.

Mesmo assim, conforme apontou Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 191) “o novo Código mostrou-se tímido a respeito de assunto de tamanha relevância, dando-lhe reduzido desenvolvimento, preferindo não correr o risco de enumerá-lo

taxativamente”, extraindo, diante disso, que mesmo com os avanços presente no Código Civil de 2002, a matéria não foi tratada de maneira ampla, como desejava grande parte da doutrina.

Nesse sentido, excluindo quaisquer margens de dúvidas sobre o caráter taxativo dos direitos relacionados à personalidade, o Enunciado n. 274 da *IV Jornada de Direito Civil* estabeleceu que o rol de direitos elencados nos artigos 11 a 21, do Código Civil é meramente exemplificativo, podendo ser reconhecido, diante as particularidades do caso concreto, novas feições à personalidade.

Sobre suas características, Flavio Tartuce, em sua obra de Manual de Direito Civil, estabelece que (TARTUCE, 2017, p. 111)

[...] são tidos como intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios, eis que comuns à própria existência da pessoa. Tratam-se ainda de direitos subjetivos, inerentes à pessoa (inatos), tidos como absolutos, indisponíveis, imprescritíveis e impenhoráveis.

No que se refere ao seu aspecto irrenunciável e intransmissíveis, quis o legislador, estabelecer que o seu titular não pode dispor desse direito ou transmiti-lo à terceiros, ou sequer renunciar ao seu uso, visto que, sua aquisição ocorre ao momento do nascimento do individuo, extinguindo-se com eles, sendo inseparáveis à pessoa humana.

É certo, no entanto, que toda regra comporta exceção, e sobre esse aspecto dispôs o Enunciado n. 4 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, que “ o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente, nem geral” e dispôs ainda, o Enunciado, de número 139, na *III Jornada de Direito Civil*, que

Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificadamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

Deve-se compreender, a partir da interpretação dos enunciados acima dispostos, que a limitação voluntária, e conseqüentemente, a disponibilidade aos direitos

personalíssimos ocorre quando tal ato não possuir caráter de permanência e não constituir abuso do direito, conforme a redação do artigo 187, do Código Civil. Ainda sim, é possível extrair uma possível tendência doutrinária relativizadora, aplicável ao caráter absoluto de indisponibilidade que permeia a personalidade humana, em face a tais concessões acordadas nas Jornadas de Direito Civil.

Por absoluto, impenhoráveis e imprescritíveis, entende-se, respectivamente, que os direitos da personalidade são oponíveis contra todos, gerando um dever geral de abstenção e respeito a condição humana, são eles impenhoráveis, por serem inerentes à pessoa humana e dela inseparáveis e, por fim, imprescritíveis, que não se extinguem no decurso do tempo.

Sobre os pilares acima exposto os direitos da personalidade ganharam, com o passar dos tempos e de maneira tímida, concretude no ordenamento jurídico brasileiro, que por muito tempo deixou de reconhecer o ser humano como titular de direitos, enquanto pessoa, salvaguardando apenas questões de cunho meramente patrimonial.

1.2 PROTEÇÃO À PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Em decorrência do contexto histórico que ultrapassava o Brasil e o mundo, no final do século XIX, e as barbáries cometidas entre nações, gerou a edificação de um conjunto de princípios internacionais e universais para proteger os direitos da personalidade. Nesse sentido, a constituição federal, promulgada no ano de 1988 e influenciada por esse novo paradigma que se firmava no mundo contemporâneo, estabeleceu como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a proteção à dignidade da pessoa humana, conforme se observa em seu artigo 1º.

Nota-se, que o legislador brasileiro à época da constituição já visava resguardar valores ligados a dignidade da pessoa humana, como postulado básico a ser observado e com finalidade da própria sociedade. E, dessa forma, não há como negar que os direitos da personalidade, inerentes aos seres humanos, estão ancorados na

concepção de dignidade. Conforme expõe, Ingo Wolfgang a dignidade é compreendida como (2001, p. 60)

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Com isso, a pessoa humana, entendida como detentora de direitos e deveres, deve ser respeitada em sua plenitude, vez que o ordenamento jurídico pátrio atribui a ela prerrogativas que tem por objetivo valorizar a condição humana do indivíduo frente às demais relações jurídicas existentes.

Dessa forma, diante um princípio fundamental e basilar do ordenamento jurídico brasileiro, ele deve ser observado de forma absoluta, sem sofrer qualquer relativização ou mitigação, sob pena de causar instabilidade ímpar ao próprio regime democrático. Sobre o assunto Flavia Piovesan diz que (PIOVESAN, 2000, p. 54)

A dignidade da pessoa humana, [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Intimamente relacionada a dignidade humana, os direitos da personalidade foram interpretados, em 2006, na *IV Jornada de Direito Civil*, por meio do enunciado de n. 274 do CJF/STJ, da seguinte forma:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustivas pelo Código Civil, são expressões de cláusula geral de tutela da pessoa humanam contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

A partir do enunciado transcrito, pode-se concluir que, a relevância da matéria auferida pelos direitos da personalidade, entendido esses não apenas pelos artigos presentes no Código Civil, mas como todos aqueles que porventura não foram positivados e que

se referem ao ser humano em seu interior, demonstrando-se, também, seu caráter meramente exemplificativo.

Nesse contexto, e com intuito de garantir a proteção aos direitos individuais, inatos aos seres humanos, salvaguardando sua dignidade, foi que o legislador estabeleceu no artigo 5º da Constituição Federal, em seus incisos, um rol de garantias tidas como essenciais ao desenvolvimento humano, tanto no âmbito individual, como no âmbito coletivo que devem ser ponderados pelo Estado e suas instituições.

Sobre essa categoria de direitos, Uadi Lammêgo, dispôs que (2015, p. 526)

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica e *status* social.

Pelo seu caráter de norma constitucional, os direitos fundamentais possuem prerrogativas exclusivas, frente às demais normas que compõe o ordenamento jurídico brasileiro. Dentre elas, o seu caráter vinculante, que impõe aos aplicadores do direito e, principalmente, aos órgãos legislativo, executivo e judiciário a efetivarem, cada qual em seu espaço de atuação, o que prevê esse artigo.

A tutela de direitos dessa categoria não representa uma novidade no sistema jurídico nacional, eis que a Carta Constituinte de 1988, elencou os direitos fundamentais disponibilizados à pessoa humana, devendo-se realizar uma abordagem hermenêutica sob ótica civil-constitucional, que será examinada no tópico seguinte.

1.3 A INFLUÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO NA HERMENÊUTICA DAS NORMAS DE DIREITO PRIVADO

Em meados da década de 90, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro grande adesão por parte dos doutrinadores civilista e por parte da jurisprudência, à expressão “direito civil constitucional”. Por essa expressão, extrai-se a necessidade permanente de se realizar uma reinterpretação do Código Civil conforme os preceitos e valores constitucionais. Sobre isso, Daniel Sarmento (2004, p. 277) aduz que

[...] a Constituição brasileira impõe a extensão dos direitos fundamentais às relações entre pessoas e entidades privadas. Pelo menos, no ordenamento brasileiro, que tem em seu cimo uma constituição fortemente voltada para o social, não é possível conceber tais direitos como meros limites ao poder do Estado em favor da liberdade individual. A Constituição e os direitos fundamentais que ela consagra não se dirigem apenas aos governantes, mas a todos, que têm de conformar seu comportamento aos ditames da Lei Maior.

A necessidade de se realizar essa remodelação das normas de direito civil advém da própria defasagem que o Código promulgado. Com o projeto sido elaborada na década de 1970, à época do regime ditatorial, é evidente a sua promulgação com atraso de mais de três décadas. Por sua vez, esse contexto se evidenciou como propício e fértil para a necessidade de aplicar as disposições da Constituição sobre as relações jurídicas privadas.

Não se deve entender esse fenômeno como a simples incidência das normas constitucionais sobre as relações privadas, mas sim resguardar os valores por ela assegurados, segundo a nova ordem constitucionais vigente. Nas palavras de Anderson Schreiber (2016, p. 2), pode-se entender como

[...] não é “o conjunto de normas constitucionais que cuida do direito civil”, nem se trata tampouco de uma tentativa de esvaziar o direito civil, transferindo alguns de seus temas (família, propriedade etc.) para o campo do direito constitucional. Trata-se, muito ao contrário, de supera a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico.

Para que ocorra a sua efetivação e implementação sobre as normas de direito privado é necessário compreender que a normas prevista na Constituição possuem eficácia direta e, por isso, não é imprescindível sua regulamentação através de lei ordinária, consoante apregoa o referido autor (2016, p. 9)

Opõe-se, nesse sentido, à orientação mais tradicional da doutrina civilista brasileira, que ainda enxerga a Constituição como “carta política”, ou como norma de conteúdo meramente “programático” dirigida apenas ao legislador. [...] a Constituição dependeria sempre de uma lei ordinária, como degrau necessário para descer ao mundo dos fatos [...].

Em segundo lugar, é preciso entender a complexidade e unidade presente nas normas que integram ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo que há uma diversidade de normas, cada qual presente em uma legislação especial e disciplinando um

determinado tema específico, há, também, a característica unitária que une todas elas, o fato de se estarem amparadas, cada vez mais, aos princípios e valores constitucionais.

Por isso, é imperioso destacar que, a interpretação do jurista não deve ser meramente segundo uma concepção formalista que defende a subsunção da norma ao caso concreto, mas que se apresente sensível, pela máxima promoção dos valores sociais fundamentais e constitucionais, de forma que, se torna um dever do aplicador da lei exercer uma função essencialmente produtiva em face ao caso concreto, e não meramente reprodutiva. Conforme assevera Anderson Schreiber (2016, p 13)

[...] o direito civil constitucional assegura que a interpretação jurídica será exercida com o propósito unitário, vinculado aos valores fundantes de cada sociedade, e não aos interesses e opiniões de cada um. Garante, ademais, que o jurista não atuara de modo isolado, empregando técnicas formais para aplicar certo dispositivo legal a uma situação fática qualquer, indiferente ao que o ordenamento projeta para a sociedade como um todo.

Diante desse novo contexto que se propõe incidir sobre as normas de Direito Civil, o intérprete do direito enfrentará determinados desafios para sua concretização e eficácia plena das normas privadas sobre o caso concreto. Inicialmente, em razão das acepções acima exposta de unidade e complexidade, caberá ao jurista não se limitar à aplicação da norma mais específica, de forma que, será cada vez mais latente a necessidade da interpretação à luz de todo o ordenamento jurídico pátrio, em face as peculiaridades existentes caso a caso, em razão da própria evolução da sociedade em face ao direito contemporâneo.

Outra adversidade que incorrerá ao aplicador das normas jurídicas será ponderar a utilização dos mais diversos valores constitucionais no caso concreto, já que, por algumas possuem certo nível de abstração, como determinados princípios, deve-se evitar que a partir de cláusulas gerais e preceitos jurídicos indeterminados venham as justificar certas condutas relacionadas às convicções pessoais, pautadas em cunho puramente retórico. Nesse diapasão, Anderson Schreiber (2016, p. 22) aduz que

A metodologia civil constitucional reclama a aplicação dos princípios constitucionais, mas tal aplicação se dá necessariamente de modo técnico e criterioso, por meio de uma fundamentação controlável, ancorada no dado normativo. A invocação velhaca dos valores constitucionais nada tem de civil

constitucional: é patifaria intelectual, que, longe de privilegiar, esvazia a densidade das normas fundantes do ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, diante de tal obstáculo, o aplicador do direito ponderar e encontrar o equilíbrio nesses dois extremos. Evadir-se do legalismo restrito, ou seja, da subsunção da situação fática ao que regulamenta a normas jurídica, e converter-se em um mero reproduzidor do direito e, por outro lado, contrabalancear a aplicação do subjetivismo ao caso concreto, que compromete a segurança e estabilidade jurídica como um todo.

Por fim, e com vistas ao resultado na aplicação do direito ao caso concreto, o civilista deverá, acima de tudo, proteger e tutelar o ser humano, a garantir seu pleno desenvolvimento pessoal e social, já que o direito por muitas vezes não consegue acompanhar os avanços sociais e tecnológicos que influenciam diretamente na esfera jurídica, necessitando dessa reinterpretação constante.

2 PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS ESTÉTICOS: NATUREZA JURÍDICA, DIREITOS E DEVERES NA RELAÇÃO PACIENTE-CIRURGIÃO

Atualmente, em razão do grande avanço tecnológico que a sociedade enfrenta, as relações intrapessoais estão se tornando cada vez mais complexas, impondo aos seres humanos a observância, da exigência de direitos e deveres que devem ser reciprocamente respeitados nas relações jurídicas estabelecidas.

Dessa forma, a ciência do direito busca estudar as modificações sociais para conseguir disciplinar as condutas humanas com base em princípios éticos socialmente construídos. Nessa seara, o direito civil, especialmente, pretende regular os comportamentos individuais determinando um conjunto de normas que devem ser consideradas pelos indivíduos em sua esfera privada de convivência.

É preciso, então, compreender, que os procedimentos cirúrgicos estéticos almejados pelos seres humanos, assim como quaisquer outras relações privadas, envolvem o cumprimento de um plexo de direitos e deveres por parte dos sujeitos envolvidos nessa relação que garantem uma segurança, para ambas as partes, na execução do serviço contratado.

Assim, primeiramente, deve-se compreender procedimento cirúrgico estético como sendo uma relação firmada entre dois sujeitos, o primeiro, chamado de paciente, que é aquele quem solicita a determinada modificação à determinado médico, a quem incube realizar o procedimento. Por modificação, entende-se como aquela com objetivo de alterar a aparência natural do corpo, através do método cirúrgico artificial, conforme as delimitações propostas pelo paciente.

Firmada a relação entre paciente e cirurgião, surgem para esses sujeitos o respeito a determinadas obrigações na esfera jurídica, que caso venham a gerar algum dano, pelo seu descumprimento, é legítimo àquele que suportou o dano ingressar com ação judicial para reparar o prejuízo sofrido.

Em se tratando de cirurgia plástica, surge para o médico a chamada obrigação de resultado, de forma que ele se responsabiliza em alcançar o devido resultado esperado pelo cliente. Nesse sentido, dispôs Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p.137)

A respeito desse tema, interessante questão diz respeito à obrigação do cirurgião plástico. Em se tratando de *cirurgia plástica estética*, haverá, segundo a melhor doutrina, *obrigação de resultado*. Entretanto, se se tratar de cirurgia plástica reparadora (decorrentes de queimadura, por exemplo), a obrigação do médico será reputada de meio, e a sua responsabilidade excluída, se não conseguir recompor integralmente o corpo do paciente, a despeito de haver utilizado as melhores técnicas disponíveis.

Convém ao médico, conforme se extrai do entendimento doutrinário, a realização dos meios e técnicas que sejam capazes de atingir fielmente a deliberação firmada com o paciente ao momento inicial da relação. Caso tal pressuposto não seja devidamente atingido, impetrando ao paciente um prejuízo não esperado, cabe a ele ser reparado pelas consequências advindas da falha médica.

Por outro lado, ao paciente lhe é imputada uma obrigação de caráter pecuniário, ou seja, uma obrigação de dar dinheiro, que caso não seja respeitada surge para o cirurgião a pretensão de tutelar em juízo a violação desse dever. Conforme prevê Álvaro Vilaça de Azevedo (2001, p. 132)

[...] o pagamento em dinheiro consiste, assim, na modalidade de execução obrigacional que importa a entrega de uma quantia de dinheiro pelo devedor ao credor, com liberação daquele. É um modo de pagamento que deve realizar-se, em princípio, em moeda corrente, no lugar do cumprimento da obrigação, onde esta deverá cumprir-se, segundo o art. 947, do CC.

Assim, cabe aos contratantes observar o limite de atuação e respeitar os contornos estabelecidos contratualmente. Devendo, além dessas obrigações principais impostas no contrato, atentar para as cláusulas acessórias que possam ensejar a responsabilização judicial pela sua inobservância, como por exemplo, de disposições que versam sobre os cuidados que o paciente deve ter no período pós-operatório, ou até mesmo, quando o médico omite determinada informação importante para a recuperação do paciente que venham lhe trazer algum estrago.

Vale mencionar que a natureza do contrato firmado entre o paciente e o médico, e a relação jurídica que permeiam suas condutas, é regido sob a égide das normas que tratam sobre a prestação de serviço, sendo o médico caracterizado pelo prestador do serviço e, por sua vez, o paciente, aquele denominado de tomador do serviço, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 275) “o contrato de prestação de serviço é o negócio jurídico por meio do qual uma das partes, chamada prestador, se obriga a realizar uma atividade em benefício de outra, denominada tomador, mediante remuneração”.

Compreende-se, então, o contrato de prestação de serviço como sendo um contrato bilateral e oneroso, em que as partes são credoras e devedoras entre si, sendo uma delas credora da atividade contratado, e a outra, da remuneração devida pela atividade prestada.

2.1 O DIREITO À IMAGEM E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO JURÍDICO

O direito à imagem pode ser compreendido como um dos direitos que se enquadram no rol dos direitos relativos personalidade. Pode-se compreender imagem, consoante apregoa Carlo Alberto Bittar (2015, p. 153)

Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distinto (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 boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadores da pessoa)

Tutelado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos X e XXVIII, alínea “a”, e pelo Código Civil, em seu artigo 20, o direito ora tratado possui ampla defesa no ordenamento jurídico pátrio e possui grande relevo na temática da personalidade. De forma que, expressamente prevista na Constituição Federal, o direito à própria imagem é uma condição essencial de direito individual, pelo qual a pessoa desenvolve suas atividades próprias inerentes a suas habilidades e características, conforme seus traços personalíssimos e particulares.

Por isso, pode-se relacionar o direito à imagem, conexo ao direito à vida, compondo o conjunto dos direitos à privacidade, ao lado dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, aplicando-se a ele todas as características já mencionadas que recaem sobre os direitos da personalidade.

É certo que sobre o direito à imagem, recaem todas as qualidades e atributos jurídicos inerentes ao direito da personalidade. No entanto, certos artifícios particulares se correlacionam mais especificadamente ao direito ora estudo.

Nesse sentido, é imperioso ressaltar que tal direito, por mais que seja considerado absoluto e exclusivo é passível de apresentar limitações em razão de sua natureza. Tais limitações podem ocorrer em virtude de duas variantes, sendo a primeira relacionada as restrições voluntárias do exercício do direito à própria imagem, e a segunda hipótese, quando o interesse individual deve se subordinar a eventuais interesses públicos, nas palavras de Silma Mendes Berti (1993, p. 51 e 52)

[...] a expressão do princípio da autonomia da vontade do titular da imagem que, pelo livre consentimento, pode sobre ela exercer os atos de disponibilidade que lhe aprover, como publicação, reprodução, exibição, exploração econômica, exceto aqueles que impliquem privar-se dela.

[...]

Outras limitações não criadas nem dispostas pelo particular, mas por ele suportadas em virtude de imperativos de interesses geral, podem também neutralizar a tutela da imagem.

Frisa-se, também, que diferentemente dos demais direitos da personalidade, o aspecto da disponibilidade ganha relevo ao se tratar da imagem. Isso, porque, constantemente há utilização da imagem humana, preferencialmente da imagem de pessoas notórias, associada à publicidade, para efeitos de divulgação de determinado produto ou serviço.

De forma que, conforme observou Carlos Alberto Bittar (2015, p.154)

Essa disponibilidade permite ao titular extrair proveito econômico do uso de sua imagem, ou de seus componentes, mediante contratos próprios, firmados com os interessados, em que autorizam a prévia fixação do bem almejado (figura; efígie; silhueta; rosto; perfil; seios; ou partes: como olhos, as pernas, os seios, a cintura, as nádegas).

Assim sendo, por mais que a disponibilidade seja relevante quando se trata do direito à imagem, deve-se entender que tal relevância e aplicabilidade estão condicionadas a uma prévia pactuação, que pode ocorrer, de maneira geral, por meio do contrato de licença ao uso do direito à imagem, ou por meio do contrato de concessão do seu uso, entre os sujeitos envolvidos nessa relação, caracterizando um ilícito a utilização não consentida da imagem alheia.

Além do mais, é preciso entender que o direito à imagem não está relacionado apenas a imagem física em si do indivíduo, mas a quaisquer um dos atributos inerentes caracterizadores do mesmo, nesse sentido José Oliveira e Ilza Silva expõe (2006, p. 404)

Deve-se entender como imagem não apenas a representação de uma pessoa, mais quaisquer sinais pessoais que permitam ser o indivíduo reconhecido e diferenciado, ai se incluindo voz, semblante, corpo, gestual, traços fisionômicos e até atitudes

Deve-se entender de forma ampla a proteção à imagem do ser humano, a abarcar tanto a projeção exterior da pessoa, como atributos relacionados à eles. No entanto, é necessário entender que há determinadas situação em que o direito à imagem é flexibilizado, conforme se extrai do entendimento firmado por Enéas da Costa Garcia (2002, p. 150)

O direito à imagem deve ceder quando a reprodução esteja ligada a fatos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público ou realizadas em público. A quem participa em um acontecimento ou em uma cerimônia de interesse público, pode mesmo atribuir-se consentimento tácito da reprodução de sua imagem. Em qualquer caso, sendo a figura do retratado um elemento do fato, acontecimento ou cerimônia de interesse público ou ocorridos em públicos, existe uma necessidade de ordem material para limitação do direito à imagem.

Dessa forma, a preservação que visa tutelar o direito à imagem positivado pelo legislador brasileiro, consiste na manifesta violação a honra das pessoas que possuem sua reputação danificada, não sendo justificada tal violação e, sendo realizada sem o expresse consentimento. Dessa forma, a simples notoriedade ou popularidade de uma pessoa, não justifica divulgações injustificadas, devendo ocorrer a anuência do titular para sua reprodução e utilização, para aquela determinada finalidade específica.

A partir disso, extrai-se que as categorias desses direitos podem ser relativizados no que concerna ao seu exercício. De forma que, como exposto anteriormente, o expresso consentimento e vontade do titular, permitirá sofrer certas limitações, lembrando-se, no entanto, o seu caráter irrenunciável, conforme entendimento de Fernanda Cantalli (2009, p.19)

Quando se fala em atos de disposição, permitindo-se que a vontade defina as direções e os efeitos de uma determinada situação, está-se, ao fim e ao cabo, falando de negócios jurídicos. Nessa medida, o titular do direito de personalidade pode dispor de tais direitos para a realização de negócios jurídicos.

Sendo assim, quando não configurada essas hipóteses permissivas, mas sim hipóteses excepcionais em que resta caracterizada a violação desse direito, surge para seu titular a possibilidade de ter seu dano reparado, através de uma tutela ressarcitória, conforme expõe Maria Stephany dos Santos (2006, p. 92-93)

Vê-se que o uso indevido da imagem alheia pode gerar uma série de consequências como danos morais e danos materiais, já que o direito imagem é inviolável, não cabe dispor dela sem a autorização do autor da imagem, logo a utilização de imagem sem o consentimento/autorização pela pessoa gera o direito de indenização. Isso tem como fim precípua evitar a exposição indevida das pessoas e daqueles que se utilizam da própria imagem para desenvolver e dar proeminência em suas atividades profissionais e econômicas.

Nota-se que a utilização indevida da imagem de qualquer pessoa, quando não enquadradas nas hipóteses permissivas já mencionadas, gera para o titular do direito a possibilidade de reparação dos danos causados, pelo próprio caráter absoluto que reside na oponibilidade aos direitos da personalidade, surgindo para os demais sujeitos um dever de abstenção.

É preciso destacar que, mesmo sem qualquer conteúdo econômico na utilização indevida da imagem, ainda estará configurada violação ao direito em apreço, isso porque, consoante entendimento de Carlos Alberto Bittar (2015, p. 155)

A economicidade do objetivo é fator de relevo na definição do ilícito, assumindo vulto maior ou menor, conforme as circunstâncias, em face das condições da pessoa, da vinculação a bem de cunho empresarial, do público atingido, da repercussão decorrente, enfim, de fatores vários, verificáveis em concreto, à luz inclusive do benefício obtido pelo usuário.

Dessa forma, independente da sua destinação ou finalidade, quando desrespeitados os limites impostos às partes para utilização de determinada imagem, seja quando esta usada indevidamente sem o consentimento do seu titular, ou quando usada em desconformidade aos parâmetros contratualmente estabelecidos, surge para o titular desse direito a possibilidade ser reparado pelos prejuízos acarretados.

Surge, com as violações esboçadas, o direito ao titular do direito à imagem a pretensão de ser reparado, podendo recorrer às esferas cíveis, penais (quando ocorreram fatos relacionais a violação à honra do indivíduo) ou por ordem administrativa.

Por fim, a reparação na esfera patrimonial, na fixação do valor da indenização por parte do sujeito causador do dano deve observar conforme concluiu Carlos Alberto Bittar (2015, p. 161)

[...] optar por valores que, a par da satisfação do interesse patrimonial do titular, sancionem a violação ao aspecto pessoal, buscando-se, pois, adicionar à verba usual do mercado o *plus* correspondente à lesão à personalidade, e em níveis desincentivadores da prática, como medida de plena satisfação ao interesse do lesado, e em perfeita consonância com a teoria da responsabilidade civil.

Com isso, caso ocorra a violação ao direito à imagem, desrespeitando os parâmetros de sua utilização previamente fixados, surge para o sujeito violado a possibilidade buscar tutelar a reparação dessa violação em juízo, que caberá a esse analisar, conforme as peculiaridades do caso concreto, a possibilidade ou não de se arbitrar um valor condizente ao ilícito praticado, e se realmente pode-se classificar o ato como ilícito, além de, se analisar as circunstâncias fáticas e o contexto pelo qual tal abuso ocorreu.

3 VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM SOB A ÓTICA DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O ordenamento jurídico brasileiro, com intuito de promover a segurança jurídica e o convívio harmônico entre os indivíduos em suas condutas sociais, estabeleceu premissas para responsabilização daqueles que porventura sejam autores de atos que contrariem a ordem jurídica nacional e venham a causar danos à terceiros, extrapolando os limites e ditames legais impostos a toda sociedade quanto ao exercício efetivo do seu direito.

Nesse sentido, pode-se dizer que o direito ao mesmo tempo em que dita regras de comportamento, regulando condutas firmadas entre os indivíduos, reprime, impondo sanções àquelas que o contraria. Assim sendo, o direito, entendido como conjunto de normas jurídicas validas, é o instrumento pelo qual os indivíduos devem respeitar e pautar as suas condutas ao agirem em sociedade, de forma que, esta agindo em conformidade quando observa as normas jurídicas postas, sejam as positivas, ou as negativas, conforme dispôs Sergio Cavalieri Filho (2014, p.13)

[...] a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito Romano através da *laedere*.

Extrai-se da citação acima, o surgimento de deveres jurídicos responsáveis por gerenciar as condutas e regular o convívio humano em sociedade. Assim, caso alguém venha agir em desconformidade aos deveres que lhe são impostos surge a figura do ilícito civil, conforme apregoa Carlo Roberto Gonçalves (2014, p. 493)

Ato ilícito é praticado com infração ao dever legal de não lesar a outrem. Tal dever é imposto a todos no art. 186 [...] Também o comete aquele que pratica *abuso de direito*, ou seja, “o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187).

Com isso, pode-se afirmar que o descumprimento de um dever legal, inicialmente imposto, surge para o infrator a figura de um segundo dever jurídico, de reparação do dano ao titular do direito lesionado. Nesse diapasão, a inobservância de de um dever

legal socialmente imposto, configura um ato ilícito, que, por consequência, surge um segundo dever legal, o de reparação ao dano causado, numa relação de causa e consequência, entre o dever jurídico primário e o sucessivo, que compreende, conforme Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 14)

A violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamados por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo.

Surge, então, a figura da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, podendo ser concebida como o dever legal de reparação pelo descumprimento de um dever legal primário a qual impõe sua observância nas condutas individuais em sociedade. Ainda assim, sobre a responsabilidade, ela não pode ser confundida com uma obrigação propriamente dita, uma vez que, consoante Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 14)

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais à outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violara o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

Com isso, a responsabilidade civil se apresenta como um instrumento capaz de sancionar o ato ilícito praticado pelos indivíduos em suas condutas sociais contrárias ao que dispõe o ordenamento jurídico. O ato ilícito, ora em questão, deve ser analisado conforme seu duplo aspecto de ilicitude, tanto na dimensão objetiva, relativa ao ato em si praticado, em descompasso ao ordenamento jurídico e, em seu aspecto subjetivo, analisando estritamente a conduta do indivíduo que a realizou e as motivações que o levaram a incorrer em tal ato, sobre tal distinção Sergio Cavalieri Filho (2014, p.22) define

A conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre. Por esse enfoque objetivo o ato ilícito indica a *antijuridicidade* da conduta, a desconformidade entre esta e a ordem jurídica, ou seja, a objetiva violação de um dever jurídico.

[...]

No seu *aspecto subjetivo*, a qualificação de uma conduta como ilícita implica fazer um juízo de valor a seu respeito – o que só é possível se tal conduta resultar de ato humano consciente e livre.

Além disso, insta ressaltar que a responsabilidade civil, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro possui duas dimensões, podendo ser de índole contratual ou extracontratual. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 30)

[...] a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamado de ilícito aquiliano ou absoluto.

Entende-se, então, que a responsabilidade civil contratual está relacionada ao descumprimento de deveres jurídicos estipulados consensualmente pelas partes integrantes de uma determinada relação jurídica, que os formalizaram por meio de um documento, podendo, ou não, ser o próprio contrato, configurando o chamado ilícito contratual.

No entanto, quando ocorrer a transgressão de um dever imposto pela lei haverá o chamado ilícito extracontratual, onde incidirá a responsabilidade civil extracontratual. De maneira geral, ambas as modalidades de responsabilidade civil se recaem sobre a inobservância de um dever jurídico, se diferenciando apenas quanto a origem do dever jurídico violado.

Além da conduta individual praticada em desconformidade a um dever jurídico legal, é imperioso mencionar que para a caracterização da responsabilidade civil são necessários outros elementos, para além da conduta propriamente dita, nesse sentido, Maria Helena Diniz (2005, p. 42) aduz como seus requisitos, a saber

[...] a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade.

Dessa forma, estando presente os requisitos acima elencados é indubitável a existência de responsabilização civil do agente por incorrer na violação a um dever jurídico imposto.

É necessário que, com relação ao cerne da problemática envolvida no presente estudo, sejam identificados nas condutas e a relação jurídica firmada os requisitos que ensejam a responsabilização do agente conforme prevê o Código Civil.

Inicialmente, quanto à conduta humana, que pode se tratar de uma ação ou omissão, tem-se que o paciente, ao lado do cirurgião, que se submete a um procedimento cirúrgico com o objetivo de obter igual fisionomia de terceira pessoa, se torna plenamente visível a existência de uma conduta humana comissiva ao solicitar prestação desse serviço.

O dano, em segundo lugar, se mostra efetivo quando configurada a identidade fisionômica do paciente (agente da conduta) e o terceiro (personalidade pública) obtida ao término da cirurgia plástica, violando assim o direito a imagem, assegurado constitucionalmente à todos. Já que, com dito anteriormente, por se tratar de uma obrigação de resultado, convém ao médico-cirurgião alcançar o resultado almejado pelo paciente.

O nexo de causalidade, por sua vez, compreendido como o elo entre a conduta e o dano, a relação causa e efeito entre a conduta culposa e o dano suportado por outrem, de forma que o dano esta intimamente ligado a conduta pratica.

Por fim, insta salientar que a responsabilização do agente deve ser enquadrada como sendo uma responsabilidade civil extracontratual, na qual, inicialmente, pelo agente exercer um direito que lhe é plenamente assegurado, qual seja, de se realizar intervenção cirúrgica estética, com base no princípio da liberdade, acaba excedendo e abusando no exercício do referido direito ao almejar uma identidade que a ele não pertence, mas sim pertence a uma terceira pessoa que fora utilizada de parâmetro.

Resta-se, então, configurada a figura do ilício civil, quando o agente ultrapassa os limites legais quanto ao exercício individual do direito adentrando na esfera personalíssima de outrem, por se tratar de direito à imagem, plenamente assegurado e tutelado pelo ordenamento jurídico contra todos que se opuserem a respeitá-lo.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988 e a aprovação do Código Civil em 2002, o ordenamento jurídico atentou-se para questões anteriormente esquecidas pelos constituintes e legisladores brasileiros. Uma das principais características desses diplomas reside na proteção a bens jurídicos eminentemente extrapatrimoniais relacionadas a aspectos subjetivos da personalidade dos indivíduos.

Entendido os direitos da personalidade como constitucionalmente tutelados, eles, a partir disso, devem ser observados e respeitados por todos, sob pena de responsabilização por eventuais danos que a sua violação venha a acarretar ao titular desse direito, assim como ocorre com os demais direitos patrimoniais assegurados pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, a partir da ideia de que um sujeito de direito é um ser livre e responsável, um titular não só de direitos, mas também de deveres (DUQUE e PEDRA, 2013, p. 63), propõe-se a observância dos deveres fundamentais nas relações privadas, o que, no estudo em exame, se verifica a partir da necessária imposição do dever de respeito ao direito de imagem, diante do uso da aparência de outrem, em procedimentos estéticos, sem o devido consentimento do titular do direito.

Com isso, configurada a responsabilidade civil no caso concreto, surge como um instrumento capaz de reparar o dano causado a outrem a possibilidade de indenização, quando presentes, no caso concreto, os seus requisitos para sua configuração. Sendo esses, conforme firmado pelo Relator Edison Feital Leite (BRASIL, 2002)

São elementos indispensáveis para obter a indenização: 1) o dano causado a outrem, que é a diminuição patrimonial ou a dor, no caso de apenas dano moral; 2) nexa causal, que é a vinculação entre determinada ação ou omissão e o dano experimentado; 3) a culpa, que, genericamente, engloba o dolo (intencionalidade) e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia), correspondendo em qualquer caso à violação de um dever preexistente.

Nesse campo do direito, a lesão causada atinge diretamente valores e interesse pessoais do indivíduo, já que se trata de direitos extrapatrimoniais, que não atingem a patrimônios propriamente ditos, mas à aspectos relativos às questões mentais e psíquicas dos indivíduos, surgindo, por si só, danos morais ao ofendido.

Por danos morais, consoante apregoa Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 106 e 107), pode-se entender a partir de dois aspectos

[...] em *sentido estrito* e em *sentido amplo*. Em **sentido estrito** dano moral é a *violação do direito à dignidade*. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do *direito à dignidade* que a constituição inseriu em seu art. 5º, V e X a plena reparação do dano moral.

Isto posto, a indenização por danos morais resta indubitavelmente cabível, quando não respeitados os termos pré-fixados referente a utilização de determinada imagem, restando presente as ofensas aos direitos da personalidade, por estarem diretamente relacionados aos preceitos e juízos íntimos do ser humano, conforme exemplifica Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.155).

Desta forma, considerou-se que o dano moral dizia respeito exclusivamente à reparação de violações causadas a direitos da personalidade. Foram, então, os danos morais conceituados como as lesões sofridas pela pessoa humana em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal o conjunto de tudo o que não é suscetível de valoração econômica.

Nesse contexto o dano a imagem pode ser compreendido conforme asseverou Silva Mendes Berti (1993, p. 105)

Tendo o direito à própria imagem, a pessoa tem também o poder jurídico de defendê-lo, tanto pela via provada quanto pela via judiciária. A este poder corresponde o dever de abstenção de todas as pessoas à prática de atos que possam importar ofensa ao seu direito à imagem.

Assim, quanto ao direito à imagem, a indenização por danos morais surge quando esta é utilizada sem autorização do titular, possuindo caráter maior caráter compensatório. Pode-se ainda, surgir uma violação gerando dano patrimonial ao titular, caracterizada quando há utilização indevida da imagem esta relacionada às atividades comerciais, com proveito econômico em seu emprego.

Acerca dos danos patrimoniais e danos morais, estes se diferenciam segundo Ivana Rodrigues (2002, p. 130)

No que concerne aos danos materiais, a sua reparação consiste na recomposição do patrimônio do lesado, por meio de ação ordinária de perdas e danos. Tal caracteriza-se pela satisfação dos danos emergente e lucros

cessantes, cabendo ao juiz, diante da prova produzida, determinar a indenização devida, na exata medida do prejuízo observado pelo lesado

Por outro lado, no que tange aos danos morais, a sua reparação constitui compensação à vítima pela dor, constrangimento, aflição ou outro sentimento negativo decorrente do evento danoso. O dano deflui do próprio fato violador, representando, de outra parte, sanção para o lesante pelo sacrifício causado ao lesado.

Logo, a caracterização do dano material e do dano moral deve ser analisada segundo o caso contrato de violação os direitos da personalidade. Restando claro que, para identificação do dano moral, basta que o indivíduo, em seu íntimo, sofra em decorrência de determinada lesão, diferentemente do dano material, que possui maior caráter indenizatório, relacionado diretamente a direitos patrimoniais, suscetíveis de apreciação econômica e de maior avaliação probatória acerca da extensão do dano.

No objeto de estudo abordado, a questão é bastante singela e depende de análise das circunstâncias concretas. A simples realização de procedimentos estéticos, pelos indivíduos que buscam maior aproximação e fidelidade a determinadas pessoas públicas, ou não, sendo por questões de fanatismo e admiração, ou não, implicam na possibilidade de indenização moral daquele que teve seu direito da personalidade, mais especificadamente o direito à imagem, violado.

Isso, porque, em tese, pode-se afirmar que os requisitos identificadores da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta propriamente percebida quando se busca apropriar-se por meio de intervenção cirúrgica da imagem alheia. O dano, que deverá ser demonstrado pelo titular do direito violado, e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, havendo relação de causa e consequência entre o primeiro e o segundo.

Primeiramente, deve-se atentar ao caráter expansionista na tutela dos direitos da personalidade na atual legislação em vigor, tendente a assegurar e defender de forma cada vez mais eficaz os direitos a ele elencados. Em segundo lugar, sobre as características que permeiam essa classe de direitos tem-se a sua indisponibilidade, estabelecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, e que conseqüentemente alcança o direito à imagem, na qual o seu titular detentor do direito ora estudado não lhe é conferido a possibilidade de disposição absoluta perante terceiros.

O crescente e rápido avanço tecnológico que vivemos atualmente alcança proporções mundiais nas mais diversas áreas, e a medicina não se esquivava a essa regra. Com isso, o direito deve, na medida do possível, acompanhar os avanços tecnológicos, regulando de maneira mais justa as relações intersubjetivas que venham a surgir a partir de novas tendências.

Nesse sentido, as intervenções cirúrgicas aqui questionadas, em poucos anos e com a ajuda dos avanços tecnológicos na medicina, apresentarão qualidades e um caráter fidedigno ao que o cliente buscará, de forma que, tais procedimentos se tornarão corriqueiros ante a perfeição técnica que alcançarão, influenciando de maneira indireta em aspectos da identidade dos indivíduos.

Além do mais, ao contrário da hipótese relatada, não se configura viável aceitar o fato de indivíduos, que realizam tais procedimentos cirúrgicos, visando obter proveito econômico em decorrência da aparência adquirida de terceiro. Nesta hipótese resta agravante a ocorrência de dano à imagem da pessoa pública, pois, assim, não há como controlar os atos praticados por estas pessoas quando devidamente caracterizados e atuando em nome de quem efetivamente possui os atributos que foram adquiridos.

Restam, pois, evidenciados que os direitos da personalidade são assegurados no ordenamento jurídico brasileiro, e devem ser observados e respeitados diante terceiros, caso contrário, surgirá para o titular desse direito o dever de indenizar por tais violações ocorridas, evitando, assim, que tais práticas se tornem corriqueiras e venha a gerar problemas ligados a identidade e, principalmente à imagem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção jurídica dos direitos subjetivos da personalidade corresponde a uma tendência advinda da promulgação do Código Civil de 2002, que deixou de possuir o caráter eminentemente patrimonialista para envolver e proteger as situações jurídicas para além da questão patrimonial, propriamente dita.

A partir desse cenário, a proteção dos direitos da personalidade ganhou força, impondo sua observância nas relações jurídicas firmadas entre particulares e na atuação estatal perante a sociedade. Isso, porque, uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial impunha uma interpretação civil-constitucional das normas contidas no Código Civil de 2002.

Esse movimento civilista, por meio que qual determinou a interpretação das normas de direito civil conforme os preceitos e ditames constitucionais foi de fundamental importância para que seu respeito e observância fosse alcançada e levadas as mais diversas relações jurídicas firmadas pelos indivíduos em sociedade.

Dessa forma, por se tratar de um direito amplamente tutelado, estando presente tanto no Código Civil, como na Constituição da República, o direito à imagem, como também os demais direitos que se encontram sob o manto dos critérios e características dos direitos da personalidade, deve-se levar em conta, em sua análise, de seus aspectos relacionados a indisponibilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade nas relações jurídicas firmadas.

Assim, pelo problema orbitar sobre a violação permanente e absoluta do direito à imagem, quando se busca a realização de procedimentos estéticos específicos para alcançar o resultado almejado, que, conseqüentemente, é o de obter a similar aparência de terceira pessoa surge, para esse indivíduo, a possibilidade de pleitear indenização por danos morais, por envolver a esfera extrapatrimonial de seus direitos, demonstrando, por óbvio, estarem presente os requisitos de responsabilidade civil caracterizador do dano.

Tal responsabilização por essa prática realizada visa resguardar o direito à imagem daquelas que foram indevidamente violadas e utilizadas como parâmetros para realização de um determinado procedimento estético com vistas a obter identidade fisionômica de terceiro.

Por apresentar afronta direta ao direito à imagem, civilmente e constitucionalmente tutelados, defende-se que surge a possibilidade de ressarcimento pelos danos morais eventualmente sofridos por aqueles que injustamente tiveram sua imagem apropriada por alguém, o que será apurado no caso concreto.

O ordenamento jurídico deve, ao máximo, estar em consonância aos avanços sociais enfrentados, de forma a conseguir tutelar as diversas relações jurídicas que venham a surgir com tais avanços. Nesse aspecto, é sabido que a medicina, graças ao constante avanço tecnológico que enfrentamos, passa por revoluções que garantem maior eficácia e segurança nos procedimentos realizados. Deve-se, então, reprimir o problema aqui analisado, desde já, para que a situação não se agrave e as pessoas venham a ter desconfigurado seu direito à imagem e, conseqüentemente, perder sua identidade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Teoria Geral das Obrigações**. 9.ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2001.

BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. 1.ed. Belo Horizonte; Del Rey, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8.ed. São Paulo; Saraiva, 2015.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. São Paulo: Renovar, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo; Saraiva, 2015.

CANTALLI, Fernanda. **Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia provada e dignidade da pessoa humana**. 35f. Tese. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2008. Disponível em: < <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4023/1/403067.pdf> >. Acesso em: 25 de mai. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19.ed. São Paulo; Saraiva, 2005. V.7.

DUQUE, Bruna Lyra. PEDRA, Adriano Sant'Ana. A harmonização entre os deveres fundamentais de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada. In: DUQUE, Bruna Lyra; SALOMÃO, Caleb. Et. al. (Org.). **Constituição de 1988: 25 anos de valores e transições**. Vitória: Cognorama, 2013.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DIREITOS ESSENCIAIS E A SUBJETIVIDADE DO DIREITO. **Revista Jurídica CESUMAR**, Paraná, n. 1, v. 6, p. 241-264, dez. 2006.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo; Atlas, 2014.

GARCIA, Eneas da Costa. **Responsabilidade Civil dos meios de comunicação**. São Paulo; Juarez de Oliveira, 2002.

GONÇALVES, Carlo Roberto. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO: Parte Geral**. 12.ed. São Paulo; Saraiva, 2014.

MAZZAROBA, O.; MONTERIO, C. **Manual de Metodologia da Pesquisa de Direito**. 5.ed. São Paulo; Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4.ed. São Paulo; Max Limonad, 2000.

STOLZE GAGLIANO, P; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil: CONTRATOS EM ESPÉCIE**. 8.ed. São Paulo; Saraiva, 2015.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: OBRIGAÇÕES**. 16.ed. São Paulo; Saraiva, 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Recurso de Apelação n. 1.0775.13.001378-9/001**, Relator: Edson Feital Leite, Data de Julgamento: 07/05/2017, 15º Câmara Cível, Data de Publicação 07/05/2015.

SILVA, I.; OLIVEIRA, J. DIREITO À IMAGEM E LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. **Revista Jurídica CESUMAR**, Paraná, n. 1, v. 6, p. 395-419, dez. 2006.

SANTOS, Maria Stephany dos. O direito à imagem da pessoa pública – *Leading case* Eduardo Henrique Accioly Campos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 17, v. 66, p. 83-105, abr-jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, A; NELSON KONDER, C. **DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL**. 1.ed. São Paulo; Atlas, 2016.

RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade Civil por danos causados aos direitos da personalidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n.9, p. 119-139, jan-mar. 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 1.ed. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7.ed. São Paulo; Método, 2017.