

DAVID CURY JÚNIOR

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DA
IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

DOCTORADO EM DIREITO

*PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2006*

DAVID CURY JÚNIOR

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DA
IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito (Direito das Relações Sociais), sob a orientação do Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura.

SÃO PAULO
2006

Banca Examinadora

“Os imortais não batem fotos entre si. Deus é luz; somente o homem é que é fotógrafo. Com efeito, somente aquele que passa, e sabe disso, quer permanecer.” (Régis Debray, *Vida e morte da imagem: uma história do olhar no Ocidente*, trad. Guilherme Teixeira, Petrópolis: Vozes, 1993, p. 28).

A atenção e o carinho dedicados por minha querida mulher, Maria Inês, e pelos meus estimados filhos, David, Filipe e Pedro foram indispensáveis para a conclusão deste trabalho, que a eles ofereço, como prova do meu amor.

A minha sincera gratidão ao Professor Sérgio Seiji Shimura, pela orientação da tese, sob regência firme desde a proposição do tema até a sua conclusão, com demonstrações de apoio e incentivo nos momentos mais difíceis durante a sua realização.

O meu reconhecimento ao auxílio inestimável prestado por David Cury Neto, que muito contribuiu na consecução do texto, de diversas formas, inclusive com o seu apoio moral nas horas mais tormentosas.

Os agradecimentos do autor aos amigos que colaboraram para a elaboração deste trabalho, com a permissão de mencioná-los sem maiores formalidades: Almir Gasquez Rufino, Ênio Moreira da Silva, Maria Catarina Cury, Maria Helena Diniz, Maria Tereza Xavier Moreira e “Zezé” Diniz.

RESUMO

Esta tese foi desenvolvida com o escopo de demonstrar a importância da proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente, sujeitos de direitos especiais da personalidade, em face da sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

A primeira parte do texto trata da origem jurisprudencial do direito à imagem, e do seu desenvolvimento na doutrina a partir da interpretação das normas de direito autoral, ressaltada a sua característica de direito da personalidade, do qual é expressão sensível. Após breve noção sobre os direitos gerais e especiais da personalidade, para melhor compreensão do tema, foram fornecidos os contornos essenciais do direito à imagem das pessoas em geral, como a conceituação, o conteúdo, a natureza e o enquadramento legal, mencionando-se, ainda, os sujeitos envolvidos nessas relações jurídicas e as limitações voluntárias e legais próprias a esse direito.

Na segunda etapa do trabalho, afirmada a proteção da infância e da juventude também como um direito da personalidade, assentada nos princípios do respeito à dignidade da pessoa humana, da proteção integral, da maior vulnerabilidade, do melhor interesse da criança e do adolescente, e do direito ao esquecimento, houve o exame da questão da imagem e dos direitos conexos sob o enfoque do artigo 17 da Lei n. 8.069/90, relativo ao direito ao respeito. Observada a tríplice tutela conferida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) à personalidade infanto-juvenil (civil, administrativa e penal), ressaltou-se o aspecto civil, da adequação do uso da imagem dos menores pelos meios de comunicação, das relações pessoais e patrimoniais entre os infantes e os pais, do contrato de utilização da sua imagem, e dos abusos perpetrados contra este direito, pelos próprios genitores ou por terceiros, definindo-se a responsabilidade civil por ameaça ou ofensa à imagem da criança e do adolescente, e as medidas processuais cabíveis para a prevenção, a cessação ou a reparação do ilícito civil.

SUMMARY

This thesis was produced to demonstrate the importance of legal protection to children and youth, who are subjects to special rights of personality, facing their peculiar condition of developing persons.

The first part of the text deals with those legal cases that bring about the right to image and its development into a doctrine after interpreting the copyright rules, stressing their characteristic of right to personality, of which it is a sensible expression. After a brief notion of general and special rights to personality and to better understand the theme, we supplied the essential profiles of right to image of people in general –such as conceptualization, content, nature and legal framing, also mentioning the subjects involved in this legal relations and the voluntary and legal limitations that are part of such right.

In the second part of the work, after stressing the protection to childhood and youth also as a right to personality and based upon the principles of respect to the dignity of the human person, full protection, greater vulnerability, highest interest of the child and teenager, and of the right to forgetfulness, we examined the interconnected issue of image and rights under the focus of article 17 Law # 8.069/90, concerning the right to respect. After noting the triple tutelage granted by the “*Estatuto da Criança e do Adolescente*” (Statute of Child and Teenager) to the infantile/juvenile personality (civil, administrative, criminal), we stressed the civil aspect of adequacy of the use of minors’ images by communication means, the personal and patrimonial relationships between infants and their parents, the contract for use of their images, and the abuses consecrated against such right by the very progenitors or third-parties, defining civil liability by threat or offense to the child or teenager image, and the appropriate procedural orders for preservation, cessation or repair to the tort.

RESUMEN

Desarrollamos esta tesis para demostrar la importancia que tiene la protección jurídica de la imagen de niños y adolescentes, sujetos de derechos especiales de personalidad, en razón de su condición peculiar de personas en desarrollo.

La primera parte del texto trata del origen jurisprudencial del derecho a la imagen, y de su desarrollo en la doctrina a partir de interpretación de normas de derecho de autor, resaltada su característica de derecho de personalidad, de la que es una expresión sensible. Después de presentar una noción resumida de los derechos generales y especiales de personalidad para mejor entendimiento del tema, suministramos los perfiles esenciales del derecho a la imagen de personas en general, como conceptualización, contenido, naturaleza y encuadramiento legal, y nombramos aún los sujetos involucrados en tales relaciones jurídicas y las limitaciones voluntarias y legales propias a tal derecho.

En la segunda etapa del trabajo, asegurada la protección de la infancia y de la juventud también como derecho de personalidad basada en principios de respecto a la dignidad humana, de protección integral, de mayor vulnerabilidad, de mejor interés de niños y adolescentes y de derecho al olvido, examinamos el asunto de imagen y de derechos conexos según el enfoque dado en el artículo 17 Ley n. 8.069/90 que concierne el derecho al respecto. Observada la tríplice tutela cotejada por el “Estatuto da Criança e do Adolescente” (Estatuto de los Niños y Adolescentes) a la personalidad infantil-juvenil (civil, administrativa y penal), resaltamos el aspecto civil de adecuación de uso de imagen de menores por medios de comunicación, de relaciones personales y patrimoniales entre los infantes y sus padres, de contrato de utilización de su imagen, y de abusos perpetrados contra ese derecho por los mismos genitores o por terceros, definiendo la responsabilidad civil por amenaza u ofensa a la imagen del niño o adolescente, y las medidas legales aplicables para prevención, cesación o reparación del ilícito civil.

ABREVIATURAS

| | |
|----------|--|
| ac. | acórdão |
| al. | alínea |
| Ap. Civ. | apelação cível |
| ACP | ação civil pública |
| AI | agravo de instrumento |
| amp. | ampliada |
| art. | artigo |
| aum. | aumentada |
| Câm. | câmara |
| CC | Código Civil |
| CComp. | conflito de competência |
| CDC | Código de Defesa do Consumidor |
| CF | Constituição Federal |
| cf. | conforme |
| cit. | citado |
| Coord. | coordenador |
| CP | Código Penal |
| CPC | Código de Processo Civil |
| Crim. | Criminal |
| Des. | Desembargador |
| DJU | Diário Oficial da Justiça da União |
| ECA | Estatuto da Criança e do Adolescente |
| ed. | edição |
| e.g. | <i>exempli gratia</i> |
| HC | <i>habeas corpus</i> |
| j. | julgado |
| MEC | Ministério de Estado da Educação e do Desporto |

| | |
|----------|--|
| Min. | Ministro |
| MS | mandado de segurança |
| m.v. | maioria de votos |
| n. | número |
| ob. | obra |
| p. | página |
| par. | parágrafo |
| par. ún. | parágrafo único |
| p. ex. | por exemplo |
| RE | recurso extraordinário |
| rel. | relator |
| RESP | recurso especial |
| rev. | revista |
| s.d. | sem data |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| T. | Turma |
| t. | tomo |
| tb. | também |
| TJRGS | Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul |
| TJRJ | Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro |
| TJSP | Tribunal de Justiça de São Paulo |
| Trad. | tradução; tradutor |
| un. | Unânime |
| v. | ver ; veja ; volume |
| v.g. | <i>verbi gratia</i> |
| v.u. | votação unânime |

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| CAPÍTULO I - ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO À IMAGEM | 3 |
| 1. Evolução histórica do direito à imagem | 3 |
| 2. Seu reconhecimento legislativo..... | 7 |
| 3. A origem jurisprudencial do direito à imagem | 9 |
| 4. A contribuição doutrinária para o desenvolvimento do di- reito à imagem | 11 |
| 5. O direito à imagem na legislação comparada | 15 |
| 5.1 França | 15 |
| 5.2 Espanha | 17 |
| 5.3 Itália | 18 |
| 5.4 Portugal | 20 |
| 5.5 Argentina | 22 |
| 6. O direito à imagem no Brasil | 23 |
| CAPÍTULO II – IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALI- DADE | 30 |
| 1. Direitos da personalidade e a imagem | 30 |
| 2. Direitos da personalidade: inatos ou positivados? | 34 |
| 3. A cláusula geral dos direitos da personalidade | 38 |
| 4. Conceituação, natureza, características e classificação dos direitos da personalidade | 43 |

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO III - CONTORNOS ESSENCIAIS DO DIREITO À IMAGEM | 50 |
| 1. Conceito e conteúdo do direito à imagem | 50 |
| 2. Natureza e enquadramento do direito à imagem | 59 |
| 3. Os sujeitos nas relações jurídicas atinentes à imagem | 63 |
| 3.1 Sujeito ativo | 63 |
| 3.2 Sujeito passivo | 70 |
| 4. Limitações do direito de imagem | 70 |
| 4.1 Restrições voluntárias – uso consentido da imagem pelo seu titular | 71 |
| 4.2 Limitações forçadas ou legais | 75 |
| CAPÍTULO IV - O DIREITO À IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE | 82 |
| 1. A proteção da criança e do adolescente como um direito da personalidade | 82 |
| 2. Fundamentos da tutela da personalidade em desenvolvi- mento | 89 |
| 2.1 Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana | 89 |
| 2.2 Princípio da proteção integral | 90 |
| 2.3 Princípio da maior vulnerabilidade | 91 |
| 2.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adoles- cente | 94 |
| 2.5 Princípio do direito ao esquecimento | 96 |
| 3. Os direitos da personalidade e o Estatuto da Criança e do Adolescente | 99 |
| 4. O direito ao respeito – breve análise do artigo 17 do Esta- tuto da Criança e do Adolescente | 101 |
| 4.1 Direito à identidade | 104 |

| | |
|--|-----|
| 4.2 Direito à autonomia | 108 |
| 4.3 Direito à liberdade ideológica e de crença | 110 |
| 4.4 Direito à vida privada e à intimidade | 111 |
| 5. A imagem da criança e do adolescente na legislação brasileira | 116 |
| 6. O ECA e as formas de proteção da imagem da criança e do adolescente | 118 |
| 6.1 Noções gerais | 118 |
| 6.2 Tutela administrativa | 119 |
| 6.3 Tutela penal | 127 |
| 6.3.1 Breve análise dos artigos 240 e 241 do ECA | 127 |
| 6.3.2 O caráter pornográfico da imagem da criança e do adolescente | 133 |
| 6.3.3 Objetividade jurídica nos artigos 240 e 241, ECA. | 141 |
| CAPÍTULO V - A PROTEÇÃO CIVIL DA IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE | 144 |
| 1. Adequação da imagem da criança e do adolescente e a mídia – imprensa e publicidade | 144 |
| 2. O menor de idade e o consentimento para o uso da sua imagem | 154 |
| 3. Utilização da imagem do filho menor e suas relações pessoais e patrimoniais com os pais | 166 |
| 4. Crianças famosas - atualidade e perenidade da imagem da criança e do adolescente | 175 |
| 5. O uso da imagem da criança e do adolescente por terceiros – representação legal do menor de idade nos contratos de cessão da imagem | 178 |
| 6. As limitações legais do direito de imagem e a criança e o adolescente | 182 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO VI – RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO À IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE | 199 |
| 1. A responsabilidade civil dos pais por dano à imagem do menor de idade | 199 |
| 1.1 – A responsabilidade civil por dano à imagem do fi- lho menor decorrente do abuso do poder familiar | 199 |
| 1.2- A responsabilidade civil dos pais pelo ato danoso praticado pelo filho menor à imagem de outrem | 206 |
| 2. Responsabilidade civil de terceiros por dano à imagem da criança e do adolescente | 211 |
| 2.1 – Responsabilidade contratual | 212 |
| 2.2 – Responsabilidade extracontratual | 213 |
| 2.2.1 Dano à imagem moral | 215 |
| 2.2.2 Danos decorrentes da publicação ofensiva da imagem de criança ou adolescente fora do contexto da captação | 216 |
| 2.2.3 Danos à imagem de menores de idade vítimas ou autores de delitos | 218 |
| 3. Reparação civil do dano à imagem | 223 |
| CAPÍTULO VII – TUTELA PROCESSUAL CIVIL DA IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE | 239 |
| CONCLUSÕES | 249 |
| APÊNDICE | 255 |
| 1. Revistas citadas e suas abreviaturas | 255 |
| 2. Sites da internet consultados | 256 |
| 3. Notícias de jornal em ordem de citação | 257 |
| BIBLIOGRAFIA | 258 |

INTRODUÇÃO

A presente tese tem o propósito de demonstrar o tratamento jurídico a ser dispensado à imagem da criança e do adolescente, considerando-se que deve ser reforçada a proteção da personalidade das pessoas em desenvolvimento, pois sua natureza assim exige, por serem particularmente vulneráveis no aspecto físico, intelectual, moral, espiritual e psicológico.

Em linhas gerais, após a investigação da origem e da evolução do direito à imagem, no Brasil e no estrangeiro, fica clara a sua natureza de autêntico direito da personalidade, do qual é expressão sensível. Por isso, são apresentadas as principais características e limitações ao seu exercício, indicando-se os sujeitos envolvidos nessas relações jurídicas, para, depois, enfatizar a criança e o adolescente como titulares de um direito à imagem especial, protegido por tutela diferenciada, por força da peculiar condição de seres humanos em formação.

Para tanto, evidenciam-se os fundamentos da tutela da personalidade infanto-juvenil, consubstanciados em cinco princípios: a) dignidade da pessoa humana; b) proteção integral; c) maior vulnerabilidade; d) melhor interesse da criança e do adolescente; e) direito ao esquecimento; princípios estes que devem nortear o aplicador do Direito na solução de qualquer conflito que envolva a imagem ou outro direito da personalidade dos menores.

Com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), são examinados os direitos da personalidade infanto-juvenil, com ênfase no artigo 17, que trata do direito ao respeito – onde o legislador inseriu o direito à imagem –, e na tríplice tutela conferida em lei a este direito, no campo civil, administrativo e penal, ressaltando-se a necessidade de alvará para a divulgação da imagem de meninos e

jovens, e de zelo da família, da sociedade e do Estado na prevenção dos delitos previstos nos seus artigos 240 e 241, relativos à exploração da imagem, de caráter pornográfico, das crianças e dos adolescentes.

No âmbito civil, destaca-se a proteção da imagem dos menores contra possíveis agressões da mídia, publicitária e jornalística, o confronto entre capacidade jurídica e personalidade infanto-juvenil, detalhando-se as relações entre crianças e adolescentes, de um lado, e pais ou terceiros interessados no uso da sua imagem, de outro, sendo abordada, também a questão do consentimento e da representação legal nos contratos, e das limitações voluntárias e legais do direito à imagem dos menores.

Analisa-se, ainda, o tema da responsabilidade civil por danos à imagem da criança e do adolescente, com menção aos atos ilícitos ou abusivos dos genitores do menor, à responsabilidade objetiva dos pais pelos atos do filho, e ao dever de indenizar por parte de terceiros em razão da ação ilícita ou do descumprimento do contrato de uso da imagem, mencionando-se as lesões a tal direito, e a forma de reparar suas conseqüências, pela indenização de prejuízos materiais e morais, inclusive, sob o prisma do dano moral coletivo.

São apontadas, enfim, as medidas de proteção à imagem da criança e do adolescente, sublinhando-se a importância de instrumentos como a ação civil pública, que têm servido para inibir a conduta lesiva aos interesses infanto-juvenis, providência mais adequada do que o ressarcimento em pecúnia, se considerada a dificuldade da recolocação do menor na situação anterior ao fato ilícito.

Adverte-se que o tema, pelo seu significado, merecerá novos estudos dentro do vasto campo dos direitos da personalidade e da criança e do adolescente.

Capítulo I

ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO À IMAGEM

1. Evolução histórica do direito à imagem

A representação da imagem da pessoa surge no antigo Egito, berço da invenção da effígie, pois os egípcios buscavam conservar o corpo pelo embalsamamento, enterrando-o com os seus pertences e as oferendas, entre os quais os alimentos, na crença de que, com a múmia, fosse garantida a sua sobrevivência.¹

A imagem permanecia, então, materializada no corpo imutável, perpetuada para sempre na múmia.²

Na Grécia, a imagem era transformada em estátua, objeto de pedra que, ao incorporá-la, substituía o corpo da pessoa retratada.³

No direito romano, o *jus imaginis* assegurava, inicialmente aos nobres, e mais tarde, no período republicano, aos cidadãos comuns, a exibição pública da

¹ Régis Debray, *Vida e morte da imagem: uma história do olhar no Ocidente*, trad. Guilherme Teixeira, Petrópolis, Vozes, 1993, p. 31 e 37; Ferdinando Cionti, *La nascita del diritto sull'immagine*, Milão, Giuffrè, 2000, p. 67 e 136; Jacques Ravanas, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Paris, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1978, p. 5; e Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli, *Direito à própria imagem*, Curitiba, Juruá, 1ª ed., 2004, p. 25.

² Ferdinando Cionti, *La nascita*, cit., p. 67 e 136. É interessante recordar que há oito décadas está em exibição pública, num mausoléu em Moscou, o cadáver mumificado de Lênin, líder da Revolução Bolchevique de 1917. (Lênin, ainda sem descanso – Destino da múmia do fundador da URSS volta a ser discutido, notícia publicada no o jornal *O Estado de São Paulo*, 06-10-2005, p. A-18).

³ Ferdinando Cionti, *La nascita*, cit., p. 67-68. Jacques Ravanas, *La protection*, cit., p. 5, lembra a utilização do retrato sobre a tumba, na Grécia antiga.

efígie dos mortos, por retratos ou bustos dos antepassados, na entrada de casas, palácios ou templos. Neste caso, havia um legítimo direito de propriedade sobre o objeto da exposição, que era símbolo da posição social de quem o exibia.⁴

Porém, como adverte Manuel Gitrama González⁵, o *jus imaginis* do direito romano, embora sob a mesma denominação, nenhuma relação possui com a configuração atual deste direito, que visa a garantir o poder individual de disposição da própria imagem, construído a partir da invenção da fotografia.⁶

Para os romanos, a violação do dever de respeito ao *jus imaginis*, por contrariar o brocardo *neminem laedere*, resultava em uma obrigação por ato ilícito, tutelada no vasto campo da *iniuriarum actio aestimatoria*, a exemplo de qualquer outro ataque à personalidade alheia.⁷

Gitrama González e Elimar Szaniawski mencionam que a manifestação embrionária do direito à imagem, tal como é hoje concebido, ocorreu entre os séculos XV e XVII, a partir da polêmica sobre a *potestas hominis in se ipsum*.⁸

⁴ Régis Debray, *Vida e morte da imagem*, cit., p. 23 e 26; Rodrigo Garcia da Fonseca, Direito à própria imagem, *Revista de Direito Civil*, v. 55, 1991, p. 92; Estela Cristina Bonjardim, *O acusado, sua imagem e a mídia*, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 16.

⁵ Verbete *Imagen (derecho a la propia)*, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix, t. XI, 1962, p. 302.

⁶ Maria Helena Diniz, Direito à imagem e sua tutela, in *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2002, p. 81. Vicente Herce de La Prada, *El derecho a la propia imagen y su incidencia em los médios de difusión*, Barcelona, Bosch Editor, 1994, p. 15, menciona a impossibilidade de se falar de um direito à própria imagem, tutelado juridicamente, até a metade do século XIX.

⁷ Josef Kohler, *A própria imagem no direito*, tradução de Walter Moraes, *Justitia*, v. 79, 1972, p. 24; Bartolomeo Dusi, *Del diritto all'immagine*, *Scritti Giuridici*, Torino, G. Giappichelli, v. 1, 1956, p. 536 (o texto foi originalmente publicado em *Rivista di diritto commerciale*, 1907, II, p. 431); Elimar Szaniawski, *Direitos de personalidade e sua tutela*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 22. Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 54, afirma que, juntamente com a *hybris* grega, “a injúria romana constitui o embrião do direito geral de personalidade.” Gustavo Tepedino critica tal posição, assinalando que: “o direito romano não tratou dos direitos da personalidade aos moldes hoje conhecidos. Concebeu a actio iniuriarum, a ação contra a injúria que, no espírito prático dos romanos, abrangia qualquer atentado à pessoa física ou moral do cidadão, hoje associado à tutela da personalidade humana.” (A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 24).

⁸ Respectivamente: *Imagen (derecho a la propia)*, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix, t. XI, 1962, p. 302 e 321 e *Direitos de personalidade e sua tutela*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 24.

Neste período de exaltação do indivíduo houve quatro acontecimentos notáveis, assim sintetizados por Vincenzo Miceli: a) o renascimento no domínio da literatura e das artes; b) a renovação da filosofia; c) a reforma protestante; e, d) a formação da doutrina do direito natural.⁹

Segundo este autor, tais fatos contribuíram decisivamente para fazer prevalecer o aspecto subjetivo do direito da personalidade, enquanto direito natural do homem “à existência, ao livre exercício do culto, à profissão e ao respeito à pessoa.”¹⁰

A Revolução Francesa e a promulgação da Declaração dos Direitos dos Homens, de 1789, inspiradas nas idéias de Rousseau, produziram grandes transformações no pensamento ético, pois o indivíduo passou se afirmar como pessoa moral, destacada do Estado e da sociedade, considerados meios para alcançar seus fins.¹¹

O princípio da personalidade foi consagrado, então, em sua máxima evidência.¹²

Assim, com a Declaração dos Direitos do Homem deu-se um verdadeiro impulso à conquista da liberdade do cidadão, à valorização dos direitos da personalidade e à defesa dos direitos individuais.¹³

Justamente nessa época, mais precisamente em 16 de outubro de 1793, que se passou o interessante caso do “retrato de Maria Antonieta feito às pressas por David no momento em que era conduzida à guilhotina.”¹⁴

⁹ Cf. Miceli, *La personalità nella filosofia del diritto*, Milão, Società Editrice Libreria, 1922, p. 138-165.

¹⁰ V. Miceli, *La personalità*, cit., p. 152. Capelo de Sousa, *O direito geral*, cit., p. 62, esclarece que: “Os contributos do Renascimento e do Iluminismo do séc. XVI, viria a constituir a rampa de lançamento de um direito geral de personalidade, entendido como um ‘ius in se ipsum’, que não mais deixaria de estar presente na reflexão jurídica da tutela da personalidade humana.”

¹¹ Vincenzo Miceli, *La personalità*, cit., p. 190.

¹² Vincenzo Miceli, *La personalità*, cit., p. 192.

¹³ Maria Helena Diniz, *Anotações de aula no curso direitos da personalidade: questões polêmicas*, PUC-SP, 1997.

¹⁴ Maria Helena Diniz, *Direito à imagem e sua tutela*, in *Estudos de direito de autor*, cit, p. 81.

O Código Civil francês de 1804, conhecido como o Código Napoleônico, conquanto sem reconhecimento expresso dos direitos da personalidade – inclusive do direito à própria imagem – absorveu integralmente os princípios da Declaração dos Direitos do Homem, tutelando os direitos subjetivos, entre os quais o da vítima da lesão ao ressarcimento de danos sofridos pela conduta culposa de outrem, calcada, inicialmente, no artigo 1.382, regra geral da responsabilidade civil subjetiva.¹⁵

É importante destacar que a partir da reforma do artigo 9º do Código Civil, pela Lei 70.643, de 17 de julho de 1970, que estabeleceu no seu parágrafo 1º, que “*Cada pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada*”, os tribunais franceses, conquanto já admitissem o direito à imagem antes da sua promulgação, passaram a integrá-lo no conceito de vida privada, valendo-se, especialmente, do parágrafo 2º, que permite aos juízes sem prejuízo da reparação do dano sofrido, adotar todas as medidas necessárias para fazer cessar os ataques à intimidade da vida privada dos indivíduos.¹⁶

Por outro lado, o Código Civil austríaco (1811) fixou expressamente no artigo 16, que todo homem tem direitos inatos, seguindo a linha jusnaturalista.¹⁷

A invenção da fotografia, em 1829, permitiu que a imagem humana assumisse, então, a relevância jurídica que apresenta na atualidade. Se com a pintura a indevida difusão da imagem surgia muito raramente, pois os pintores dependiam do consentimento explícito do retratado para executar o seu trabalho, o problema do uso abusivo da imagem alheia cresceu em proporções gigantescas

¹⁵ Ferdinando Cionti, *La nascita*, cit., p. 19; Capelo de Sousa, *O direito geral*, cit., p. 70. Este autor aduz que o mesmo se deu com o Código Civil alemão, de 1900, que deixou de consignar um direito geral de personalidade, sendo que a doutrina e a jurisprudência consideram o parágrafo 823 fonte de obrigação por lesão aos direitos da personalidade (p. 82). Maria Helena Diniz, *Anotações de aula no curso direitos da personalidade: questões polêmicas*, PUC-SP, 1997, explica que também o Código Civil italiano de 1865 e o Código Civil Português de 1866 quase nada mencionaram sobre os direitos da personalidade.

¹⁶ Augusto C. Belluscio, Daños causados por la publicación de noticias, in *Derechos de daños*, org. Félix A. Trigo Represas e Rubén S. Stiglitz, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1996, p. 376; Gilberto Haddad Jabur, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 120.

¹⁷ Ferdinando Cionti, *La nascita*, cit., p. 19; Capelo de Sousa, *O direito geral*, cit., p. 70; Gilberto Haddad Jabur, *Liberdade de pensamento*, cit., p. 38.

com a possibilidade da captação e da reprodução por câmaras fotográficas, especialmente as instantâneas, fato destacado pela doutrina.¹⁸

2. Seu reconhecimento legislativo

Das normas de direito autoral surgiu o esboço da proteção legal do direito à própria imagem, inicialmente pelas Leis alemãs de 1876, de 09 e 10 de janeiro, sendo a primeira concernente aos *direitos de autor sobre as artes figurativas* e a segunda sobre *a proteção das fotografias contra a reprodução ilícita*.¹⁹

Dusi escreveu que os defeitos e as lacunas dessas leis saltavam aos olhos, por protegerem o direito à própria imagem somente contra o abuso no caso do retrato ou busto feito sob encomenda, reportando-se a uma decisão do Tribunal do Império (26 de junho de 1900), que rejeitou o pleito formulado por jovem fotografada por solicitação de um senhor, que pretendia ter o retrato dela, sendo que o fotógrafo tirou outras cópias, e indevidamente as difundiu.²⁰

Por sua vez, Ferdinando Cionti observa que a Lei Belga de 22 de março de 1886 foi a primeira a assegurar a tutela da efígie, pois, no seu artigo 20, permitiu a defesa da imagem em relação à exposição de retrato sem o consentimento da pessoa retratada.²¹

¹⁸ Ferdinando Cionti, *Alle origini del diritto all'immagine*, Milão, Giuffrè, 1998, p. 11 e 37-38; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil português*, Coimbra, Almedina, v. 1, t. III, 2004, p. 193; Rodrigo Garcia da Fonseca, *Direito à própria imagem*, in *Revista de Direito Civil*, 1991, v. 55, p. 94; Silma Mendes Berti, *Direito à própria imagem*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 20; Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto, *Direito à própria imagem*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 10; Maria Helena Diniz, *Direito à imagem e sua tutela*, in *Estudos de direito de autor*, cit., p. 81. Paulo José da Costa Júnior, *O direito de estar só – tutela penal da intimidade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1995, p. 53.

¹⁹ Bartolomeo Dusi, *Cenni intorno al diritto alla própria immagine*, em *Scritti Giuridici*, Torino, G. Giappichelli, v. 1, 1956, p. 520-521, (o texto foi originalmente publicado em *Studi senesi, vol. in onere di Luigi Mariani*, 1905, p. 209).

²⁰ Bartolomeo Dusi, *Cenni intorno*, cit., p. 522, reproduz o seguinte texto de Kohler: “*nem sempre a pessoa do retratado se confunde com a do comitente; este pode bem ser um amigo ou um amante, mas pode, enfim, ser um inimigo mortal, que encomenda, para seus fins, uma fotografia instantânea.*”

²¹ *La nascita*, cit., p. 169-171. Idem: Walter Moraes, *Direito à própria imagem (I)*, *Revista dos Tribunais*, v. 443, 1972, p. 66.

O jurista italiano refere-se, ainda, à Lei Germânica de 1907, cuja maior virtude, segundo esclarece, foi a de tratar o retrato como direito autônomo, ao consignar no artigo 22 que ninguém poderia divulgar a representação da imagem de outrem sem consentimento da pessoa, anterior ou posterior, independente de haver injúria, decorrendo a ofensa ao direito pelo simples ato da divulgação.²²

Bartolomeo Dusi assim também se expressou, ao assinalar que, além do reconhecimento, como princípio geral, do direito da pessoa impedir a difusão e a publicação arbitrária da sua imagem (artigo 22), a Lei Tedesca teve o mérito de regular, no artigo 23, quatro exceções em que o retrato poderia ser difundido sem a autorização do retratado, a saber: a) em razão do interesse da história contemporânea; b) nas ilustrações em que a pessoa fosse um mero acessório de paisagem ou de um lugar qualquer; c) quando o retratado participasse de acontecimentos públicos ou ocorridos em lugares públicos; e d) quando a difusão e a exposição do retrato pudessem servir ao interesse superior da arte.²³

A respeito da evolução legislativa do direito à imagem, ainda na seara do direito de autor, Ferdinando Cionti menciona a Lei Suíça de 1922, e a Lei Italiana de 1925, ressaltando o valor da última, que conferiu ao retratado o direito ao proveito econômico da imagem.²⁴

Maria Helena Diniz elucida que os direitos da personalidade alcançaram maior projeção após a 2ª Guerra Mundial, em consequência dos crimes cometidos pelos governos totalitários contra os direitos humanos, surgindo, em reação, os atos de defesa desses direitos, na Assembléia Geral da ONU de 1948 e na Convenção Européia de 1950.²⁵

²² *La nascita*, cit., p. 181-185 e 192.

²³ Dusi, *Del diritto all'immagine*, *Scritti Giuridici*, Torino, G. Giappichelli, v. 1, 1956, p. 538-539.

²⁴ Cionti, *La nascita*, cit., p. 187 e 191.

²⁵ Diniz, *Anotações de aula no curso direitos da personalidade: questões polêmicas*, PUC-SP, 1997. Idem: Capelo de Sousa, *O direito geral*, cit., p. 84; e René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 40-43.

Por sua vez, Capelo de Sousa acentua que a partir de então surgiu “a nova luta pela unidade e pela expansividade da personalidade humana...”, especialmente a partir da Constituição Federal alemã de 1949, que, no artigo 2º estabeleceu que “*todos têm o direito ao livre desenvolvimento da personalidade*”, erigindo a dignidade da pessoa humana à condição de um direito inviolável.²⁶

A Itália teve a primazia da integração ao Direito Civil de preceito específico para a defesa da imagem, qual seja, o artigo 10 do Código Civil de 1942, fonte inspiradora do artigo 20 do Código Civil brasileiro de 2002.

Na legislação estrangeira, é conveniente recordar a inclusão do direito à imagem no art. 79 do Código Civil português de 1966; na Lei n. 21.173, de 22 de outubro de 1975, que acrescentou o art. 1.071 *bis* ao Código Civil argentino; na Lei Orgânica espanhola 1/82; no art. 15 do Código Civil do Peru, que tutela a imagem e a voz; e no art. 36, par. 3º, do Código Civil da Província de Québec, dispositivo que considera como atentado à vida privada da pessoa a captação ou utilização da sua imagem ou voz quando esta se encontrar em lugares privados.²⁷

3. A origem jurisprudencial do direito à imagem

Ao contrário do lento progresso legislativo sobre o tema²⁸, a jurisprudência contribuiu significativamente para o rápido desenvolvimento do direito à imagem, cabendo ressaltar que a sua origem pretoriana deve-se ao fato de os Tribunais terem sido forçados a dispor sobre matéria não legislada, a fim de conter os abusos advindos da rápida propagação da fotografia como forma de comunicação social.²⁹

²⁶ Capelo de Sousa, *O direito geral*, cit., p. 85.

²⁷ Gilberto Haddad Jabur, *Liberdade de pensamento*, cit., p. 119-121; Regina Sahn, *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 137-139 e 160.

²⁸ José Serpa de Santa Maria, *Direito à imagem, à vida e à privacidade*, Belém, Cejup, 1994, p. 43.

²⁹ Hermano Duval, *Direito à imagem*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 37. Sobre a origem pretoriana dos direitos da personalidade em geral, confira-se Patrick Auvret, *Protection civile de la personnalité*, em *Droit de la presse*, Paris, Litec, 1999, p. 2, trad. Maria Tereza Xavier Moreira; René Ariel Dotti, *Proteção da Vida Privada*, cit., p. 44.

Em França, o julgado pioneiro do caso da atriz Elisa Félix, pseudônimo Rachel, cuja imagem foi fixada em fotografias, no leito de morte, para uso da família. Entretanto, essas fotografias, obtidas por uma pintora, foram reproduzidas posteriormente em desenhos e colocadas em exposição para venda em estabelecimento comercial. O Tribunal de Sena, por decisão de 16 de junho de 1858, acolheu o pedido da família da atriz, e ordenou a apreensão e a destruição do desenho e das provas fotográficas, resguardando a tutela da imagem da pessoa célebre.³⁰

A rica jurisprudência francesa da primeira fase do direito à imagem, no final do século XIX, assim foi sintetizada por Ricca-Barberis:

“O Tribunal de Sena (5 de dezembro de 1877) negou ao artista que havia conservado o esboço de um retrato de expô-lo ou colocá-lo à venda, mesmo abstendo-se de revelar o nome da pessoa representada. Antes (8 de maio de 1872) foi apresentado o caso do pianista Dombrowski, por um jornal ilustrado, reproduzido com a divisa Militar, para fazê-lo parecer como o general homônimo, entre os cabeças da Comuna. É sabido, pois, que o pintor Jacquet, aborrecido por Alexandre Dumas Filho ter permutado com um outro quadro, uma sua aquarela, o representou e à esposa, como Marchant juif, vestido como um caftan em um bazar do Oriente (Annales de la propriété industrielle, XXXIV, 1888, p. 282).”³¹

Na Alemanha, colhe-se o famoso julgado do Tribunal do Império, de 28 de dezembro de 1899, que proibiu os fotógrafos de publicar, assim como determinou a destruição das fotografias do cadáver do conhecido *Chanceler de ferro*, atendendo ao pedido da família, mesmo que sob o falho argumento da prática do delito de invasão de domicílio para a captação da imagem de Bismarck morto.³²

³⁰ Silma Mendes Berti, *Direito à própria imagem*, cit., p. 20; René Ariel Dotti, *Proteção da Vida Privada*, cit., p. 59-65; Manuel Gitrama González, *Imagen (derecho a la propia)*, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., p. 364, nota 457. Paulo José da Costa Júnior, *O direito de estar só*, cit., p. 13 e 53.

³¹ Ricca-Barberis, *Il diritto all'immagine (casi e pareri della vecchia bibliografia francese e tedesca) in Riv. Dir. civ.*, v. I, 1958, p. 226 e segs. **apud** Ferdinando Cionti, *Alle origini*, cit., p. 11. Os precedentes são igualmente citados por Josef Kohler, A própria imagem no direito, *Justitia*, 79:30 e nota 16, que se refere, inclusive, à proibição do pintor expor o retrato de Alexandre Dumas Filho representado como mercador num bazar, em decisão de 20 de junho de 1884, do mesmo Tribunal de Sena. Sobre este caso, ver, ainda, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 2ª ed., t. VII, 1956, p. 55.

³² Nesse sentido: Joseph Kohler, *A própria imagem no direito*, *Justitia*, 79:31; Manuel Gitrama González, *Imagen (derecho a la propia)*, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., p. 364, nota 457; Ferdinando Cionti, *Alle origini*, cit., p. 77.

Na jurisprudência germânica consta, ainda, a decisão de 29 de novembro de 1898 que suscitou grande alvoroço, porquanto um fotógrafo captou a imagem de uma senhora de Kranz, em trajes de banho, comercializando-a em cartões postais. Conquanto se cuidasse de uma imagem exposta e verdadeira, a Corte alemã entendeu ilícita a exposição, dada a finalidade comercial atribuída ao retrato.³³

Nos Estados Unidos, tornou-se objeto de controvérsia a posição do Tribunal de Apelação de Nova Iorque, em 1902, no caso Roberson contra Rochester Folding Box Company, que negou à jovem Abigail Roberson, por maioria de quatro votos contra três, o direito à indenização pelo uso abusivo da imagem, em razão da aposição da sua fotografia acompanhada do título: “**Flour of the Family** – Flor da família”, em 25.000 impressos difundidos e colocados em lojas, armazéns, e outros locais públicos, como anúncio de um certo tipo de farinha produzido pela empresa demandada.

Sob o pretexto da ausência de previsão legal da tutela da imagem ou da intimidade, a Corte americana afirmou que a divulgação não autorizada da imagem da jovem seria um ato lícito, ignorando o *right of privacy*, apesar da grave lesão à imagem e à intimidade da vítima, que, como anota Josef Kohler, sofreu humilhações, zombarias e sarcasmos daqueles que a reconheciam como a moça da propaganda da farinha.³⁴

4. A contribuição doutrinária para o desenvolvimento do direito à imagem

A incipiente doutrina do final do século XIX e dos primeiros anos do século XX, mesmo dividida entre a existência ou não do direito à própria imagem, e

³³ Ferdinando Cionti, *Alle origini*, cit., p. 75 e 90.

³⁴ *A própria imagem no direito*, *Justitia*, 79:33-34, com excelente nota explicativa. Também, Silma Mendes Berté, *Direito à própria imagem*, cit., p. 24; e René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada*, cit., p. 54-57, que menciona que tal precedente provocou editorial do *The New York Times*, de 23.8.1902, cobrando providências das autoridades em razão dos constantes abusos na utilização de nomes e imagens de pessoas em anúncios comerciais (p. 57).

preocupada em definir a sua natureza jurídica, desempenhou papel decisivo ao impulsionar os tribunais na aplicação de normas intuitivas, permitindo que o direito de imagem alcançasse os contornos que possui nos dias de hoje.³⁵

Neste aspecto, parece evidente o mérito dos juristas alemães, que reconheceram a existência de um direito à imagem, a partir das obras de Keyssner (*Das Recht am eigenen Bilde*); Gareis (*Das Recht am eigenen Bilde*); Cohn (*Neul Rechtsgüter*); Kohler (*Das Cigenbild in Recht*); Rietschel (*Das Recht am eigenen Bilde*); Von Blume (*Das Recht*), entre outros.³⁶

Walter Moraes refere, ainda, que:

“O ponto de partida foi a monografia de Keissner de 1896 (“Das Recht am eigenen Bilde”), conquanto Kohler mencione trabalhos mais antigos de Vaunois (“La Liberté du Portrait”, 1894), de Bigeon (“La Photographie et le Droit”, ed. 1893), e seus próprios de 1895 e 1880. Tem-se ainda notícia de escritos de Schäffer (1897) Sauvel (1894) e Rosmini (1893); o estudo do austríaco Lentner (“Das Recht der Photographie”) data de 1886.”³⁷

Para alguns autores italianos, contudo, teria sido o jurista Moise Amar o descobridor do direito à imagem, ao defender na obra *Dei diritti degli autori di opere dell'ingegno*, Torino, 1874, a proposição fundamental de que a pessoa tem o direito de se ocultar da vista alheia, sem que ninguém possa impedi-la.³⁸

Mas, sem dúvida, os alemães muito contribuíram para o estudo do direito à imagem com a realização de dois Congressos de juristas, em 1902 (Berlim) e em 1904 (Innsbruck), sendo que o último inspirou a mencionada Lei de 1907.

No XXVI Congresso de 1902, Keyssner já aparecia como forte defensor da autonomia do direito à imagem, ao inseri-lo, no sistema delineado por

³⁵ Walter Moraes, Direito à própria imagem (I), RT 443:66; e Manuel Gitrama González, *Imagen (derecho a la propia)*, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., p. 302.

³⁶ Bruno Liguori, *Commentario del Codice Civile*, Torino, UTET, livro I, t. I, p. 153-154, notas 1 a 4. Confirma-se nota de Walter Moraes na tradução da obra de Joseph Kohler, *A própria imagem no direito*, *Justitia*, 79:23.

³⁷ Direito à própria imagem (I), RT 443:65; Paolo Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, UTET, 1959, p. 8-9.

³⁸ Ferdinando Cionti, *La nascita*, cit., p. 31-32. Consulte-se Silma Mendes Berti, *Direito à própria imagem*, cit., p. 21; e Estela Cristina Bonjardim, *O acusado, sua imagem e a mídia*, cit., p. 19.

Gierke, como um direito geral da personalidade, ante a ausência de fundamento no direito positivo.

Bartolomeo Dusi reproduziu as palavras de Keyssner:

*“que, porquanto as pessoas se mostrem em público e porquanto possam ser vistas por todos com olho mais ou menos discreto, com olhar do conhecido ou com aquele do galanteador, nem por isto surge para outros a liberdade de reproduzir-lhe a imagem. Cada um é dono da própria imagem (Jedweder ist seines Bildes Herr); e nenhum outro pode, sem a sua permissão, propagar-lhe a efigie ou dar-lhe renome mediante ilustrações.”*³⁹

Essa tese foi combatida por Kohler, que defendeu a idéia de que quem aparece em público, por qualquer razão, deve tolerar a curiosidade alheia acerca da própria imagem, sendo inadmissível o poder de impedir a qualquer um a sua publicação e exposição.⁴⁰

Gareis, que funcionou como relator do aludido Congresso juntamente com Keyssner, embora afirmasse a existência do direito à própria imagem, concluiu pela sua inserção na esfera do direito ao próprio corpo.⁴¹

Em 1904, no XXVII Congresso dos juristas alemães, prevaleceu, ainda, a posição contrária à autonomia do direito à imagem, conquanto Rietschel, que funcionou como relator ao lado de Wildhagen, se mantivesse fiel à referida tese. Wildhagen, por sua vez, sustentou a proposição de que a ofensa à imagem não se daria pela simples reprodução desautorizada do retrato, mas da inobservância do respeito ou da consideração devidos à personalidade, seguindo a noção da *actio iniuriarum*.⁴²

³⁹ Dusi, Cenni intorno ..., em *Scritti Giuridici*, Torino, G. Giappichelli, v. 1, 1956, p. 516. Esse texto é também reproduzido por Ferdinando Cionti, *La nascita*, cit., p. 176.

⁴⁰ Ferdinando Cionti, *La nascita del diritto sull'immagine*, Milão, Giuffrè, 2000, p. 174, transcrevendo lição de Ricca-Barberis. O autor afirma que embora Kohler tenha contribuído tanto para a configuração do direito à imagem, negava, porém, a sua existência por motivos de oportunidade política, mais que jurídica. (*La nascita*, cit., p. 175).

⁴¹ Ferdinando Cionti, *La nascita*, cit., p. 175.

⁴² Bartolomeo Dusi, Cenni intorno..., em *Scritti Giuridici*, cit., p. 528-529; Ferdinando Cionti, *La nascita*, cit., p. 177.

O último Congresso dos juristas alemães aprovou o seguinte princípio, redigido por Ennecerus:

*“Contra a abusiva difusão ou exposição pública de imagens fotográficas deve se dar proteção legal, quando esta viole interesses dignos de proteção, particularmente quando ela ofenda a devida consideração ou abandone à publicidade feita que só os interessados, segundo as idéias dominantes, têm a faculdade de tornar públicas.”*⁴³

Já foi esclarecido que tais conclusões serviram para a formulação da Lei Alemã de 1907, que passou a proteger os retratos contra uma abusiva difusão ou publicação, ressalvada a hipótese do interesse social ou científico no mesmo.⁴⁴

Walter Moraes registra que:

*“O advento do Código Civil de 1942, que em seu art. 10 inclui um dispositivo de tutela da imagem contra o abuso alheio, representou um novo alento para a multiforme produção científica italiana que continua, até nossos dias, a dar bons frutos, enquanto a doutrina germânica nada mais oferecia ou divulgava depois dos primeiros anos do século.”*⁴⁵

De fato, sob a vigência do novo Código Civil, a doutrina italiana passou a cuidar mais detalhadamente do direito à imagem, podendo ser mencionados os estudos de L. Ferrara, *Il diritto alla propria immagine*, Roma, 1942; De Cupis, *Il diritto della personalità*, Milão, 1950; Peretti-Griva, *In tema di diritto alla própria immagine*, in Riv. Dir. Comm., 1953; Pugliese, *Il preteso diritto alla riservatezza*, in Foro it., 1954; Ligi, *Alcune questioni circa il diritto all'immagine*, in Foro It., 1954; e Paolo Vercellone, *In tema de diritto all'immagine*, in Riv. Dir. Comm., 1955, entre outros.⁴⁶

Nos Estados Unidos, a proteção legal da intimidade abarcou a do direito à imagem na doutrina conhecida como *The Right of Privacy*, fruto do excelente trabalho publicado na *Harvard Law Revue*, por Warren e Brandeis, em 15

⁴³ Bartolomeo Dusi, Cenni intorno, em *Scritti Giuridici*, cit., p. 529; Ferdinando Cionti, *La nascita*, p. 179-180.

⁴⁴ Bartolomeo Dusi, Cenni intorno, em *Scritti Giuridici*, cit., p. 528, também mencionado por Ferdinando Cionti, *La nascita*, p. 177.

⁴⁵ Moraes, Direito à própria imagem (I), RT, 443:66.

⁴⁶ Bibliografia à margem do trabalho de Bartolomeo Dusi, Cenni intorno, em *Scritti Giuridici*, cit., p. 530. V., ainda, a bibliografia indicada por Walter Moraes, em Direito à própria imagem (I), RT 443:66, nota 9.

de dezembro de 1890⁴⁷, no qual se baseia ainda hoje o direito americano e o direito inglês.⁴⁸

Milton Fernandes sintetiza a idéia central do estudo daqueles juristas:

“os fotografos instantâneos e as empresas jornalísticas invadiram os sagrados circuitos da vida particular e doméstica: numerosas invenções mecânicas ameaçam fazer certa a profecia de que o sussurrado em recintos herméticos será proclamado bem alto. Precisa-se de um remédio legal para assegurar a proteção da pessoa, o direito de estar só.”⁴⁹

5. O direito à imagem na legislação comparada

5.1 França

No direito francês, assim como no Brasil, a tutela da imagem constitui uma criação pretoriana, posteriormente incorporada ao Código Civil.

Na jurisprudência anterior a 1970, a defesa da imagem, e dos demais direitos da personalidade, foi assentada no artigo 1.382 do Código Civil de Napoleão, tida como cláusula geral da responsabilidade civil subjetiva, baseada na culpa.

Com a inclusão do artigo 9º ao Código Civil, pela Lei 70.643, de 17 de julho de 1970, os Tribunais franceses passaram a associar a proteção da imagem e da voz diretamente ao direito à vida privada.

A doutrina, entretanto, ficou dividida quanto à autonomia do direito à imagem, pois, enquanto autores como J. Ravanas (*La protection des personnes contre la réalisation de leur image* - 1978) e V. M. Serna (*L'image des personnes*

⁴⁷ Milton Fernandes, *Proteção civil da intimidade*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 20-23; Regina Sahm, *Direito à imagem*, cit., p. 154; Silma Mendes Berti, *Direito à própria imagem*, cit., p. 23.

⁴⁸ Bruno Liguori, *Commentario del Codice Civile*, Torino, UTET, livro I, t. I, p. 154-155.

⁴⁹ Milton Fernandes, *Proteção civil*, cit., p. 22.

phiques et des biens – 1997), se posicionaram favoravelmente à sua autonomia, outros, de idêntico prestígio, como P. Kayser (*Le droit dit à l'image, in Mélanges Roubier, 1961*) e J.P. Ancel (*Image et vie privée - 1994*) e Daniel Becourt (*Image et vie privée, 2004*), o consideraram mero prolongamento da proteção garantida, pela legislação, à vida privada.⁵⁰

Como a primeira parte do artigo 9º, do Código Civil, sancionou o direito ao respeito da vida privada sem mencionar a imagem, doutrina e jurisprudência francesas, por significativa maioria, passaram a afirmar que a proteção contra a difusão abusiva da imagem, esta um atributo da personalidade, deveria mesmo ser incluída em tal preceito legal, não gozando de autonomia conceitual.⁵¹

Registra-se que a Lei n. 94.653, de 29 de julho de 1994, introduziu no Código Civil francês o artigo 16, com a seguinte redação: “*La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.*”⁵²

Essa lei estabeleceu a proteção e os limites jurídicos da vida humana, além de salvaguardar a dignidade da pessoa contra todas as formas de submissão ou de degradação. No âmbito da sua proteção pode ser incluído o direito à imagem, particularmente com referência à preservação da imagem do nascituro, da criança e do adolescente, e da pessoa falecida.⁵³

A divulgação da imagem e dos fatos da vida privada do menor de idade deve ser autorizada pelos detentores da autoridade parental, pois o exercício desses

⁵⁰ Confira-se Patrick Auvret, *Protection civile de la personnalité, in Droit de la presse*, Litec, 1999, p. 4 ; e Emmanuel Dreyer, *L'image de la personne, in Droit de la presse*, trad. Maria Tereza Xavier Moreira, Litec, 1999, p. 5-6.

⁵¹ Além dos autores citados na nota anterior, consulte-se, também, *Code Civil Dalloz*, Paris, 2005, p. 55, nota 36. O art. 9º, do CC francês, com a redação da Lei n. 70.643, de 17.07.1970, assinala, em sua parte inicial: “*Os juízes poderão, sem prejuízo da reparação dos danos sofridos, determinar todas medidas, tais como seqüestros, penhoras e outras, adequadas a impedir ou fazer cessar um atentado à intimidade da vida privada.*”

⁵² Em tradução livre: “*A lei assegura a primazia da pessoa, proíbe todo atentado à dignidade desta e garante o respeito ao ser humano desde o começo de sua vida.*”

⁵³ A conclusão é inferida das notas 18-19, do *Code Civil Dalloz*, 2005, Paris, Dalloz, p. 79-80.

direitos, pelas crianças e adolescentes, é objeto de proteção pelo artigo 9º, com as limitações impostas pelos artigos 371 e seguintes do Código Civil francês.

Na seara penal, é necessário citar que o artigo 227-23 incrimina “*o fato, em vista de sua difusão, de fixar, de registrar ou de transmitir a imagem ou a representação de um menor no momento em que essa imagem ou essa representação apresente um caráter pornográfico.*”

Por outro lado, a Lei n. 98.468, de 17 de junho de 1998 reforçou a sanção penal em decorrência da importação ou exportação de tais imagens, considerando circunstância agravante a sua difusão ou representação pelos meios de comunicação.⁵⁴

É importante mencionar que esta lei francesa pune com maior rigor a propagação das imagens pornográficas de crianças e adolescentes, executada, com facilidade, diante dos modernos meios de comunicação, como a internet, revelando o cuidado na preservação da personalidade dos menores, ainda que não identificada a sua origem, preocupação esta que também está presente, no Brasil, no artigo 241 da Lei n. 8.069/90.

5.2 Espanha

A doutrina não encontra dificuldade em declarar a autonomia do direito à imagem, pois o artigo 18, n. 1, da Constituição Espanhola de 1978 assegura a todos este direito. A garantia também é expressa na legislação civil, posto que a LO 1/1982 proibiu a captação, a reprodução ou a publicação por fotografia, filme ou qualquer outro procedimento, da imagem da pessoa, assim como a sua utilização para fins publicitários, comerciais ou de natureza análoga.⁵⁵

⁵⁴ Emmanuel Dreyer, *L'image ...*, in *Droit de la presse*, p. 7.

⁵⁵ Diz Maria E. Rovira Sueiro, em *El derecho a la propia imagen*, Granada, Editorial Comares, p. 22: “*Do ponto de vista material, a independência do direito à própria imagem do direito à honra e à intimidade, respectivamente, permite afirmar o nascimento da responsabilidade civil por ocasião da produção de um ato que lesione somente este direito. De igual modo, a partir do ponto de vista processual, uma resposta positiva*

Por seu turno, a LO 1/1996, de 15 de janeiro de 1996, de proteção jurídica do menor de idade, em seu artigo 4º, ocupa-se dos direitos à honra, à intimidade e à imagem deste. Segundo Maria E. Rovira Sueiro, a norma atua em reforço às garantias previstas para as demais pessoas, incluindo a proibição da difusão de dados e imagens referidas a menores nos meios de comunicação.⁵⁶

Observa-se que o artigo 4º, n. 2, da LO 1/96, determina a intervenção do Ministério Fiscal sempre que houver uma intromissão ilegal na intimidade, honra ou reputação, em razão da difusão de informações ou utilização de imagens ou nome dos menores.⁵⁷

Os dispositivos da lei espanhola de proteção aos menores encontram similitude com as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que, entre nós, protege os direitos da personalidade infanto-juvenil, devendo ser destacado o artigo 17, que trata do direito ao respeito.

5.3 Itália

O abuso na utilização da imagem alheia é coibido pelo artigo 10 do Código Civil italiano, de 1942, que estabelece:

“Sempre que a imagem de uma pessoa ou dos genitores, do cônjuge e dos filhos seja exposta ou publicada fora dos casos em que a exposição ou a publicação é consentida por lei, ou com prejuízo do decoro ou da reputação da própria pessoa ou dos seus parentes, a autoridade judiciária, a requerimento do interessado, pode dispor que cesse o abuso, sem prejuízo do ressarcimento dos danos.”

permitiria avaliar em separado os danos causados à pessoa aos distintos direitos, sem prejuízo de que a pretensão pudesse ser deduzida em uma única demanda.”

⁵⁶ *El derecho a la propia imagen*, cit., p. 122 e nota 141.

⁵⁷ Maria E. Rovira Sueiro, *El derecho a la propia imagen*, cit., p.124-125. A autora defende que, no âmbito da defesa da própria imagem do menor, a intervenção do Ministério Fiscal mesmo no caso de haver consentimento deste ou dos seus representantes legais. (*El derecho*, cit., p. 129).

Esse dispositivo deve ser interpretado conjuntamente com os artigos 96 e 97, da Lei de Direitos Autorais, que tratam dos direitos relativos ao retrato, dispondo sobre a proibição de exposição, reprodução ou colocação em comércio da fotografia de uma pessoa, sem o consentimento desta, ressalvadas as hipóteses em que tal reprodução é justificada pela notoriedade da pessoa ou pelo ofício público, pela necessidade de justiça ou de polícia, pelas finalidades científicas, didáticas ou culturais, e, ainda, quando relacionadas a fatos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público ou desenvolvidas em público.

Relativamente à proteção da imagem do menor de idade, é de bom alvitre destacar o Decreto legislativo n. 196, de 30 de junho de 2003, que estatuiu um Código em matéria de proteção dos dados pessoais, com a finalidade declarada no artigo 2º, de assegurar que o tratamento dos dados pessoais, dos dados de identificação, dos dados sensíveis (origem étnica, convicções políticas, religiosas ou filosóficas) e dos dados judiciais, sejam feitos com respeito aos direitos e às liberdades fundamentais do interessado, e com a observância do princípio da dignidade da pessoa, com especial referência à reserva pessoal (*riservatezza*), à identidade, e ao direito à proteção dos dados pessoais.

A Lei de Tutela dos Dados Pessoais, cuja disciplina, na doutrina, é tratada com a expressão *right of privacy*, originária do direito norte-americano, fixou, no artigo 50, a proibição de publicação ou divulgação, por qualquer meio, de notícias ou imagens idôneas a permitir a identificação da criança ou do adolescente, especialmente em relação aos casos do seu envolvimento, a qualquer título, em procedimento judiciário em matéria diversa da penal.

Tal disposição, que será examinada com maior profundidade no decorrer do trabalho, tem por escopo prevenir o abuso dos agentes noticiosos sobre fatos ou imagens que envolvam essas pessoas em desenvolvimento, sensibilizando a sociedade para o risco à formação da personalidade infanto-juvenil, decorrente da curiosidade mórbida sobre certas notícias de criança ou adolescente envolvido num conflito de natureza não-penal.

Em complemento à norma de natureza civil, é bom recordar que os artigos 423 e 425, do Código de Processo Penal italiano, proíbem a divulgação de fatos relativos aos imputados menores de idade, com o propósito de evitar danos à personalidade em fase de desenvolvimento.⁵⁸

No Brasil, embora existam normas que coíbem a publicação de dados e da imagem do menor infrator (arts. 143 e 247, ECA), não há semelhante proibição de se veicular fatos relativos aos procedimentos não-penais, como aqueles associados à disputa de guarda de menores, sendo que o exemplo do mencionado Decreto legislativo 196, de 2003, da Itália, que constitui verdadeiro avanço na proteção da imagem dos infantes, poderia ser reproduzido pela legislação pátria.

5.4 Portugal

O direito português é pródigo em normas de tutela dos direitos da personalidade⁵⁹, detendo a primazia da inscrição do direito à imagem diretamente no texto da Constituição da República de 1976 (artigo 26), além de possuir preceito constitucional absolutamente inédito sobre a utilização da informática (artigo 35).⁶⁰

O Código Civil de 1966, em seu artigo 79, prevê expressamente a possibilidade da defesa da pessoa contra os abusos na utilização da sua imagem, o que faz sugerir a autonomia do direito.⁶¹

⁵⁸ V. Ferrando Mantovani, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, Modena, STEM-Mucchi, 1968, p. 75.

⁵⁹ Nesse aspecto é necessário frisar que o artigo 26, n. 1 da Constituição da República Portuguesa prevê o direito “ao desenvolvimento da personalidade”.

⁶⁰ Sobre a segunda parte deste parágrafo, confira-se Catarina Sarmiento e Castro, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 32, onde ressalta que a Constituição portuguesa foi a primeira da Europa a integrar um dispositivo especial em matéria de proteção de dados pessoais. Em seu livro, a autora, que exerceu a função de vogal da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), analisa as Diretivas Europeias e a legislação portuguesa sobre a proteção de dados, especialmente a Lei n. 67, de 26 de outubro de 1998, que regula tal matéria no território português.

⁶¹ Reza o art. 79, 1º, primeira parte, do CC português: “O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela.”

Sem dúvida, esse dispositivo, a exemplo do art. 10 do CC italiano, serviu de inspiração ao legislador brasileiro, que fez incluir a proteção da imagem, no artigo 20 do Código Civil vigente.

Capelo de Sousa, em importante obra sobre o direito da personalidade, nega, porém, essa autonomia, argumentando que a imagem física, os gestos, a voz, a escrita e o retrato moral de cada indivíduo são abrangidos na tutela civil da identidade humana, porque relacionados com os termos da inserção sócio-ambiental de cada homem.⁶²

O autor sustenta, também, que os menores gozam de um direito geral e de direitos especiais de personalidade, cujo exercício é próprio da pessoa do titular, como a vida, a integridade física, o nome, etc. Consigna, todavia, que as regras gerais previstas nos artigos 70 e seguintes do Código Civil português devem ser interpretadas com as limitações decorrentes da incapacidade civil, sujeitas ao suprimento pelo pátrio poder ou pela tutela (arts. 123 e 124, do mesmo Código).⁶³

No domínio criminal, cumpre assinalar que o artigo 172, n. 3, do Código Penal português prevê a aplicação de pena de até três anos para aquele que utilizar crianças em filmes ou fotografias pornográficas ou exibir material pornográfico para menores de 14 anos, espécies incluídas no conceito de abuso sexual de crianças. O bem jurídico tutelado pelos tipos penais mencionados é não só o livre desenvolvimento do infante, mas também a qualidade emocional da sua vida futura.⁶⁴

⁶² *O direito geral da personalidade*, cit., p. 246-248.

⁶³ Capelo de Sousa, *O direito geral da personalidade*, cit., p. 170. Depois, anota que não só os maiores e capazes “são titulares do seu próprio bem geral de personalidade física ou moral e dos correspondentes poderes jurídicos, mas também o são os menores, os interditos e os inabilitados, todos eles com personalidade jurídica, com ampla capacidade de gozo, com alguma capacidade de exercício e cujo suprimento da incapacidade de exercício se faz sempre em nome dos interesses de tais pessoas.” (p. 361).

⁶⁴ Esta é a lição de Maria Clara Sottomayor, *O poder familiar como cuidado parental e os direitos da criança*, in *Cuidar da justiça de crianças e jovens – a função dos Juízes sociais – actas do encontro*, Coimbra, Almedina, p. 35-37, que traça severa crítica à pena prevista para os delitos referidos, menores do que a capitulada para o crime de furto qualificado.

No aspecto penal, parece inegável a preocupação de todos os países no combate ao abuso sexual decorrente das imagens pornográficas de crianças e adolescentes, que, entre nós, é sancionado pelos artigos 240 e 241 do ECA.

5.5 Argentina

Reza o artigo 1071 bis do Código Civil argentino, com a redação conferida pela Lei n. 21.173, de 22 de outubro de 1975:

“Aquele que arbitrariamente se intrometer na vida alheia, publicando retratos, difundindo correspondência, mortificando a outros em seus costumes ou sentimentos, ou perturbando de qualquer modo a intimidade, e o fato não for um delito penal, será obrigado a cessar tais atividades, se antes não houverem cessado, e pagar uma indenização que fixará eqüitativamente o juiz, de acordo com as circunstâncias; ademais, poderá este, a pedido do prejudicado, ordenar a publicação da sentença em um diário ou periódico do lugar, se esta medida for produtora para uma adequada reparação.”

Nesse dispositivo legal são protegidos três direitos específicos da personalidade, a saber: o direito à intimidade, o direito à imagem e o direito à identidade, tratados de maneira distinta pelo legislador, que determina ao Juiz, mediante requerimento do interessado, que faça cessar o abuso, se ainda não houver cessado, adotando providências para tornar público o fato, como a publicação da sentença na imprensa local, sem prejuízo da fixação eqüitativa dos danos decorrentes da lesão.

A autonomia do direito à imagem parece evidente no texto, mas a doutrina argentina hesita em reconhecê-la, procurando incorporá-lo no direito à honra.⁶⁵

Com relação às crianças e aos adolescentes, destaca-se que, no sistema federativo da Argentina, compete às Províncias a organização das normas

⁶⁵ Assim observa Carlos A. Ghersi, in *Análisis socioeconômico de los derechos personalísimos*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2005, p. 41.

de proteção dos direitos da infância, sendo que, no plano nacional, ainda vigora a Lei do Patronato do Estado, editada no início do século passado.⁶⁶

Pode-se afirmar, entretanto, que o artigo 14, da Ley de Protección Integral de La Niñez, la adolescencia y la familia de La Provincia de Chubut, e o artigo 6º, da Ley del Niño y el Adolescente de La Provincia de Mendoza (Ley Provincial n. 6.354/95) impõem ao Estado o dever de assegurar a preservação da imagem da criança e do adolescente.⁶⁷

Ao contrário da Argentina, o Brasil optou por editar o Estatuto da Criança e do Adolescente, que constitui um microsistema de proteção dos direitos fundamentais das pessoas em desenvolvimento, a servir de guia para a solução de todos os conflitos relativos aos mesmos, inclusive no campo contratual, adotando-se como cláusula geral a norma contida no seu artigo 17, relativa ao direito ao respeito.

6. O direito à imagem no Brasil

A história do direito à imagem no Brasil é curta.

A exemplo do que ocorreu em outros países, também aqui a proteção do direito à imagem emergiu da legislação de direito autoral, mais precisamente da Lei n. 496, de 1º de agosto de 1898, que ficou conhecida como Lei Medeiros e Albuquerque, nome do escritor e deputado federal responsável pela sua elaboração.⁶⁸

⁶⁶ Irene Konterllnik e Maria Teresa Oldrá, *Comentário al proceso de reforma legislativa en la provincia de Mendoza, in Infancia, ley e democracia en América Latina*, Emílio García Méndez e Mary Beloff (org.), Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1998, p. 1342-1344.

⁶⁷ *Infancia, ley e democracia en América Latina*, cit., p. 1303 e 1346.

⁶⁸ A respeito da evolução do direito de autor no Brasil, confira-se o trabalho de J. Pereira, publicado na *Justitia*, v. 103, 1978, p. 85-93, onde se registra que a expressão direito autoral foi cunhada por Tobias Barreto, em 1882 (p. 93).

É interessante registrar que essa primeira Lei de Direito de Autor, previu, no artigo 2º, a inclusão da fotografia no conceito de obra literária, científica ou artística, juntamente com livros, obras dramáticas, musicais, pinturas e esculturas.⁶⁹

Já no seu artigo 22, item 7, a Lei 496, de 1898, prescreveu que não seria considerada contrafação “*a reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando ela é feita pelo proprietário dos objetos encomendados*”.

A essência dessa norma foi reproduzida no artigo 49, inciso I, “f”, da Lei n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973, no artigo 666, inciso X, do Código Civil de 1916⁷⁰, e no artigo 46, inciso I, “c”, da vigente Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, cuja redação é idêntica aos textos revogados, ressalvando não constituir ofensa aos direitos autorais a reprodução de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feita sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado.

Como se vê, mesmo de maneira implícita, a preocupação da defesa da imagem do proprietário do retrato, da pintura ou da escultura sempre existiu desde a primitiva Lei de Direito Autoral, pois o legislador pátrio resguardou o direito à reprodução do objeto encomendado em favor do efigiado, atribuindo ao titular da imagem a faculdade da multiplicação da mesma, e não ao fotógrafo ou artista responsável pela execução da obra.

Pontes de Miranda observa, entretanto, que:

“No direito anterior ao Código Civil, art. 666, X, 2ª parte, era permitida a reprodução e publicação de retratos sem licença da pessoa (Parecer das Seções Reunidas do Império e Justiça do Conselho de Estado, 30 de novembro de 1884; 2ª Câmara da

⁶⁹ Newton Paulo Teixeira dos Santos, *A fotografia e o direito do autor*, São Paulo, Leud, 2ª ed., p. 5, anota que: “*A nossa lei a respeito de direito autoral foi bastante sensível ao fenômeno (fotografia).*”

⁷⁰ Clóvis Bevilacqua anota, nos seus comentários ao *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, v. III, 1955, p. 224, que o Código Civil manteve a orientação geral da Lei n. 496, de 1º de agosto de 1898, sendo que elas foram inspiradas na Lei Belga de 22 de março de 1886. Sobre a última parte, confira-se José Geraldo Rodrigues de Alckmin, *Repertório de Jurisprudência do Código Civil*, São Paulo, Max Limonad, 2ª ed., v. II, 1954, p. 608.

*Corte de Apelação do Distrito Federal, 4 de dezembro de 1914, R. de D. 40, 567-570).*⁷¹

Já sob a égide do Código Civil de 1916, a jurisprudência, conquanto escassa, fez sentir o seu valor, ao empregar o mencionado artigo 666, inciso X, como fonte do direito à imagem, estendendo o conceito da representação nos retratos ou bustos por encomenda à obra cinematográfica, como ocorreu na sentença pioneira do MM. Juiz de Direito do Distrito Federal, Dr. Otávio Kelly, de 28 de maio de 1923.⁷²

Esta decisão proclamou que o Código Civil de 1916, no artigo 666, n. X, inspirado na Lei Belga de 1886 e na Lei Alemã de 1907, protegia “*a divulgação de quaisquer fotografias de determinadas pessoas, cuja importância ou notoriedade se preste a despertar, por meio de venda ou exibição, uma exploração comercial, dado o interesse que tenha o público em conhecê-los ou comentá-los.*”

Em arremate, por interpretação extensiva do citado dispositivo legal, referente aos retratos ou bustos de encomenda, o brilhante Magistrado concluiu:

*“Nem de modo diverso poderia ser entendida a invocada regra de proteção ao mais acentuado dos direitos – à personalidade, sabido que a cinematografia nada mais é que a impressão da imagem em movimento para ser reproduzida, nessas condições, ou melhor, uma verdadeira fotografia animada.”*⁷³

Registrada na doutrina como a primeira manifestação do direito à imagem no País, a referida sentença concedeu o interdito proibitório para impedir a exibição pública de fita cinematográfica, na qual se deixara fotografar, pela empresa P. Botelho & Cia, Maria José Leone (Zezé Leone), eleita “Rainha da Beleza” de 1922, ano do Centenário da Independência, “*para evitar a publicidade de quaisquer*

⁷¹ *Tratado de direito privado*, cit., p. 57.

⁷² RF 41/297.

⁷³ Os textos entre parênteses são da sentença do Dr. Otávio Kelly, reproduzida, em parte, por José Geraldo Rodrigues de Alckmin, *in Repertório de jurisprudência do Código Civil*, cit., p. 608-609.

atitudes ou quadros que possam afetar seus legítimos interesses de ordem moral e artística”.⁷⁴

Também merece ser destacado acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de litígio que envolveu o Padre Pedro Ballint e o fotógrafo Denner Médici, cuja ementa é a seguinte: “*O retrato é uma emanção da pessoa, a sua representação por meio físico ou mecânico. Ninguém pode ser fotografado contra a sua vontade, especialmente para ser pivô de escândalos.*”⁷⁵

A Corte paulista, com fundamento no artigo 666, X, do Código Civil, considerou que: “*o gesto brusco do padre, arrebatando a máquina fotográfica das mãos do fotógrafo, foi não o intuito puro e simples de destruí-la, de danificá-la, mas o de apoderar-se da chapa fotográfica, subtraí-la do poder do profissional, porque se opunha à sua publicação no jornal, temendo escândalo em torno da sua pessoa.*”

Hermano Duval anota outras decisões do Estado do Rio de Janeiro, nos idos de 1971 e 1972, relativas ao uso da imagem de jogadores de futebol em publicidade comercial, em ações aforadas por Jair Ventura Filho, o “Jairzinho”, e por João Batista de Sales, atleta do Flamengo, conhecido como “Fio”, ressaltando a dificuldade do Judiciário em lidar com matéria sobre a qual a lei era omissa e a doutrina escassa.⁷⁶

O autor reproduz, na íntegra, acórdão do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, de 21 de março de 1972, posteriormente reformado, no caso do jogador “Fio”, cuja imagem foi utilizada indevidamente, sem o seu consentimento, em

⁷⁴ V. Hermano Duval, *Violações dos direitos autorais*, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1968, p. 303-305 e *Direitos autorais nas invenções modernas*, Rio de Janeiro, Editorial Andes, 1956, p. 266; Antonio Chaves, *Direito à imagem e direito à fisionomia*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 620, 1987, p. 7-14; Sebastião Luiz Amorim, *Direito à própria imagem*, Justitia, v. 107, 1979, p. 63-67; Silma Mendes Berti, *Direito à própria imagem*, cit., p. 27; Luiz Alberto David Araújo, *A proteção constitucional da própria imagem*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 58; e José Serpa de Santa Maria, *Direito à imagem, à vida e à privacidade*, cit., p. 33.

⁷⁵ Revista dos Tribunais, v. 180, 1949, p. 600-603. Na doutrina: Silma Mendes Berti, *Direito à própria imagem*, cit., p. 28; Carlos Alberto Bittar, *Direito à imagem*, *Revista de Direito Civil*, v. 10, 1979, p. 235-238.

⁷⁶ *A publicidade e a lei*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 103-119. Num dos casos envolvendo o jogador Jairzinho, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, em acórdão de 21/3/1972, relatado pelo Juiz Renato Gabizo, assim decidiu: “*O que tem sua imagem usada através de programa televisionado, para fins de propaganda, pode pedir perdas e danos se não o autorizou.*”

propaganda exposta na vitrine de loja de camisas masculinas, contendo a sua fotografia sublinhada por uma faixa onde se lia “Fio Escócia”.

No voto vencedor, o Juiz Doreste Batista salientou, com fulcro nos artigos 159 e 666, X, do Código Civil de 1916, e nas lições de Hermano Duval, Philadelpho Azevedo e de Spencer Vampré, que o direito de reprodução da própria imagem, ou direito ao retrato, possui a natureza de um direito pessoal absoluto, oponível à coletividade *uti singuli*, sendo que a fotografia da pessoa célebre, tomada no sentido econômico, pertence ao seu titular, sendo que a ninguém é lícito utilizá-la sem o consentimento do mesmo, pois o dano emerge do próprio fato da usurpação.⁷⁷

Antes da vigência da Constituição Federal de 1988, a produção doutrinária acerca do direito à imagem ficou restrita aos trabalhos de Hermano Duval, inclusive a pioneira abordagem que fez em seu livro *Direitos autorais nas invenções modernas* (1956)⁷⁸, assim como aos estudos de Walter Moraes, publicados na Revista dos Tribunais n. 443 e 444 (1972), e aos artigos de Antonio Chaves, sendo o primeiro intitulado *Direito à própria imagem*, publicado na Revista da Faculdade de Direito da USP (1972).⁷⁹

Do reconhecimento apenas implícito em dispositivos das leis autorais e do Código Civil de 1916, o direito à imagem experimenta notável projeção após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que “*elevou a imagem a um bem constitucionalmente assegurado, garantindo-a de forma expressa.*”⁸⁰

⁷⁷ Hermano Duval, *A publicidade e a lei*, cit., p. 108-111.

⁷⁸ Nesta obra, o autor aborda a questão do direito à própria imagem ao tratar da fotografia (itens 9-13, p. 72-81) e da televisão (item 53, p. 264-268), sendo que retoma a questão, mais detalhadamente, nos livros posteriores: *Violações dos direitos autorais*, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1968; e *A publicidade e a lei*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.

⁷⁹ Confira-se: Hermano Duval, *A publicidade e a lei*, cit., p. 100; Silma Mendes Berti, *Direito à própria imagem*, cit., p. 29; e Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto Barbosa, *Direito à própria imagem*, cit., p. 24.

⁸⁰ Luiz Alberto David Araújo, *A proteção constitucional da própria imagem*, cit., p. 17 e 68.

Sob a influência da Constituição de Portugal, de 1976 (artigo 26), e da Constituição da Espanha, de 1978 (artigo 18.1)⁸¹, os constituintes pátrios asseguraram a proteção constitucional à imagem como bem jurídico autônomo, no artigo 5º, incisos V, X e XXVIII que tratam, respectivamente, da imagem-moral, da imagem-retrato e da imagem como direito do autor.⁸²

A partir da Constituição Federal de 1988, a proteção da imagem passou a receber um tratamento legal mais condizente com a sua verdadeira importância, enquanto atributo da personalidade, irradiando-se para as normas, a saber: a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), com previsão expressa de sanções civis, administrativas e penais, conforme os artigos 17, 79, 143, 149, inciso I, letra e, e inciso II, 240, 241, parágrafo único, e 247, parágrafo 1º. A Lei n. 9.279/96 (Lei de Patentes), no seu artigo 100, inciso I, prevê a impossibilidade de registro do desenho industrial que ofenda a imagem das pessoas, assim como no artigo 124, incisos III e XV, veda a utilização como marca da imagem da pessoa, isto sem autorização do titular. A Lei n. 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) traz inegável proteção da imagem, no tocante ao retrato da pessoa (artigos 46, inciso I, letra “c”, e 79), como direito autoral (artigo 7º, inciso VII), e como direito dos artistas, intérpretes ou executantes, quando da reprodução da voz e da imagem estiver vinculada às suas atuações. A Lei 9.615/98, que traça normas sobre desporto, no parágrafo 7º (acrescido pela Lei n. 10.672, de 2003) do artigo 28, veda a outorga de poderes por procuração em prazo superior a um ano, no que diz respeito ao uso da imagem de atletas profissionais, ao mesmo tempo em que assegura às entidades desportivas o direito de negociar a transmissão da imagem do evento esportivo. A Lei n. 9.784/99, que regula o procedimento administrativo no âmbito federal, no artigo 46, assegura a tutela da imagem de terceiros no que tange à vista de documentos ou dados constantes dos autos do procedimento. A Lei n.

⁸¹ Regina Sahm, *Direito à imagem no Direito Civil contemporâneo*, cit., p. 16; e Maria E. Rovira Sueiro, *El derecho a la propia imagen*, cit., p. 1, que referem ao reconhecimento constitucional da imagem nas Constituições portuguesa e espanhola.

⁸² Luiz Alberto David Araújo, *A proteção constitucional da própria imagem*, cit., p. 69 e O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional, *Revista do Advogado*, v. 73, 2003, p. 119-126. Também, Maria Helena Diniz, *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 82, que anota: “A tutela constitucional da imagem passa a compor o rol das liberdades públicas, ou seja, dos poderes de autodeterminação, reconhecidos e organizados pelo direito positivo e que tende a conferir-lhe proteção reforçada.”

9.807/99 e seu respectivo Decreto n. 3.518/2000, no artigo 7º, inciso VI, garante a preservação da identidade, da imagem e dos dados pessoais das vítimas e testemunhas sob proteção do Estado. O Estatuto do Torcedor (Lei n. 10.671, de 15 de maio de 2003), nos artigos 18 e 25, determina que os estádios com capacidade superior a 20 mil pessoas devem manter central de monitoramento de imagem do público presente e das catracas de acesso. O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003), pelo seu artigo 10, parágrafo 2º, assegurado o direito ao respeito ao idoso, abrangendo a preservação da sua imagem. O Código de Processo Civil (1973), prevê, no artigo 649, inciso III, a impenhorabilidade absoluta dos retratos da família, ao passo que o artigo 1.156 estatui regras sobre a alienação de outros retratos. Também digna de registro a Lei n. 9.294/96, que trata da propaganda de cigarros, bebidas e medicamentos, nos termos do artigo 220, parágrafo 4º, da Constituição Federal, no inciso III, do artigo 3º, veda a publicidade que insinue maior sexualidade de pessoas fumantes, e o inciso VI, do mesmo artigo, impede a participação de crianças ou adolescentes na publicidade desses produtos, conforme a redação dada pela Lei n. 10.167, de 27 de dezembro de 2000.

Por último, cabe assinalar que a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil, inclui a imagem da pessoa como um direito especial da personalidade, como se vê do artigo 20, do Capítulo II, do Título I, que abrange os artigos 11 a 21 do Código, que trata “Dos direitos da personalidade”.

Capítulo II

IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

1. Direitos da personalidade e a imagem

Segundo Vincenzo Miceli, “a ofensa à imagem é ofensa à personalidade, da qual ela é expressão sensível.”⁸³

Walter Moraes define a imagem como sendo um bem jurídico, e esclarece que: “Toda expressão formal e sensível da personalidade é imagem para o Direito.”⁸⁴

Por sua vez, António Menezes Cordeiro, com precisão, diz que “a imagem de uma pessoa é um bem de personalidade fortemente objetivado”, acrescentando que “o destino que se dê à imagem é, de certo modo, um tratamento dado à própria pessoa.”⁸⁵

A imagem, assim como a vida, a honra, a liberdade, a identidade, a intimidade, etc., representa um valor juridicamente relevante da pessoa.⁸⁶

Esses valores ou bens, que se coligam à personalidade do sujeito, são direitos absolutos⁸⁷ (*excludendi alios*), na medida em que o comando emergente da norma legal é dirigido a todos, de maneira indistinta, assumindo a forma de um dever

⁸³ Vincenzo Miceli, *La personalità nella filosofia del diritto*, Milão, Società Editrice Libreria, 1922, p. 395.

⁸⁴ *Direito à própria imagem (I)*, in *Revista dos Tribunais*, v. 443, 1972, p. 64.

⁸⁵ *Tratado de Direito Civil português*, Coimbra, Almedina, v. 1, t. III, 2004, p. 194.

⁸⁶ Davide Messinetti, verbete *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milão, Giuffrè, 1983, p. 360.

⁸⁷ Lodovico Barassi, *Istituzioni di Diritto Civile*, Milão, Giuffrè, 1948, p.87.

de abstenção, ou seja, de respeito ao valor jurídico inerente à personalidade do indivíduo.⁸⁸

Então, a personalidade constitui o pressuposto para a aquisição desses valores ou bens, e sobre ela assentam-se os variados aspectos correspondentes a um modo de ser ou de agir da pessoa.⁸⁹

Na doutrina, a personalidade é vista como um composto de valores (vida, honra, identidade, imagem, etc.) que lhe dão estrutura, sem os quais não se integra uma pessoa.⁹⁰ Estes valores são bens jurídicos que decorrem da própria existência do ser humano, e, como tais, considerados essenciais para o desenvolvimento das suas aptidões e energias físicas e espirituais.⁹¹

Jose Castan Tobeñas explica que os bens da pessoa, protegidos por efeito reflexo do Direito objetivo ou pela via dos direitos subjetivos, são de diversa natureza:

“Há bens pessoais, como a vida, o nome e a honra; bens patrimoniais, que se desenvolvem na esfera de caráter econômico que envolve a pessoa, e bens familiares e sociais, que representam o poder da pessoa dentro das organizações em que o sujeito se desenvolve.”

E, depois, conclui:

“A proteção da primeira e mais fundamental destas categorias da pessoa individual se traduz nos chamados direitos da personalidade.”⁹²

⁸⁸ Davide Messinetti, verbete Personalità..., in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 361.

⁸⁹ Lodovico Barassi, *Istituzioni di Diritto Civile*, cit., p.87. Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, Milão, Giuffrè, v. 1, 1959, p. 11, esclarece que a personalidade não se identifica com os direitos e as obrigações jurídicas, mas constitui a pré-condição ou mesmo o fundamento e o pressuposto desses direitos.

⁹⁰ Walter Moraes, Direitos da personalidade – estado atual da matéria no Brasil, em *Estudos de Direito Civil*, org. Antônio Chaves, Revista dos Tribunais, 1979, p. 126.

⁹¹ Fábio Maria de Mattia, Direitos da personalidade – aspectos gerais, in *Estudos de Direito Civil*, org. Antônio Chaves, Revista dos Tribunais, 1979, p. 105/106, citando Arturo Valencia Zea, que considera vencedora na doutrina a tese de que a personalidade seria o suporte dos direitos subjetivos. Adriano de Cupis, por sua vez, compara a personalidade à ossatura (*guscio*), destinada a ser preenchida pelos direitos, assim como os direitos seriam destinados a revestir a ossatura (*I Diritti della personalità*, cit., p. 11).

⁹² *Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, Instituto Editorial Réus, 11^a. ed., v. 2, t. I, 1963, p. 324-325.

A característica de essencialidade que envolve os direitos da personalidade, tidos como inerentes à personalidade humana, da qual são indissociáveis, permite a conclusão de que o objeto da tutela jurídica, embora não situado diretamente na pessoa, que figuraria a um só tempo como sujeito e objeto desses direitos, encontra-se justamente nos bens que compõem e que dão estrutura à personalidade.⁹³

Assim, adota-se a tese defendida por Orlando Gomes, que, depois de ressaltar ser histórica, e não naturalística, a noção de bem, enquanto objeto da relação jurídica, pontifica: *“Nada impede, em consequência, que certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade sejam tuteladas no ordenamento jurídico como objeto de direitos de natureza especial.”*⁹⁴

Com efeito, sendo a imagem a representação externa da pessoa, tanto no aspecto físico como no aspecto moral, ela constitui um dos objetos do direito da

⁹³ Como acentua Adriano de Cupis: *“O objeto dos direitos da personalidade não é, portanto, exterior ao sujeito, diversamente daqueles outros bens que são possível objeto de direito.”* (I diritti della personalità, cit., 1959, p. 29). Observam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, em *Código Civil anotado e legislação extravagante*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2003, p. 157, nota 8, que: *“Não é correto dizer-se que os objetos do direito de personalidade estão na pessoa (sujeito de direito). Seria impropriedade lógica admitir-se que algo possa ser sujeito e objeto ao mesmo tempo. O sujeito é a pessoa; os objetos dos chamados direitos de personalidade não estão na pessoa, mas na natureza do homem (humanidade).”* Estes juristas seguem as conclusões de Walter Moraes, in *Concepção tomista de pessoa*, *Revista de Direito Privado*, RT, v. 2, 2000, p. 188-204. Entretanto, para Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria geral do Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 22ª ed., v. 1, 2005, p. 121, v. 1: *“A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.”* Nesse sentido: Enéas Costa Garcia, in *O Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. Tese de doutorado – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP, sob orientação de Antonio Junqueira de Azevedo, 2005, p. 22.

⁹⁴ Direitos da personalidade, in *Revista Forense*, v. 216, 1966, p. 6. Esta é a lição de Jose Castan Tobeñas, *Derecho Civil español, común y foral*, cit., 1963, p. 332: *“Podemos, em conclusão, aceitar como doutrina mais segura a de que o objeto dos direitos da personalidade não se encontra nem na própria pessoa de seu titular nem nas demais pessoas vinculadas a uma obrigação passiva universal (idéia esta que significaria uma confusão entre os direitos absolutos e relativos), senão nos bens constituídos por determinados atributos ou qualidades, físicas ou morais, do homem, individualizados pelo ordenamento jurídico.”*

personalidade⁹⁵, o qual, justamente por ser o mais exterior e público dos direitos da pessoa, é também o mais suscetível de ser ofendido.⁹⁶

Na realidade, desde a sua origem, o direito à imagem projetou-se como um “direito sobre a própria pessoa”, expressão de Gierke⁹⁷, na qual Keyssner, entusiasta da sua autonomia, orientou-se para desenvolver a idéia, antes mencionada, de que, embora a pessoa possa ser vista em público, nem por isso surge, para quem a vê, a liberdade de reproduzir a sua imagem.⁹⁸

Também não se contesta que a jurisprudência formada em torno do direito à imagem contribuiu de forma decisiva para o desenvolvimento da tutela dos direitos da personalidade⁹⁹, permitindo a sua integração às Constituições de vários países, como garantias individuais da pessoa contra o Estado e os particulares em geral, garantias estas incorporadas aos Códigos Civis e à legislação civil correlata.¹⁰⁰

⁹⁵ Para Ferdinando Cionti, *La nascita del diritto sull'immagine*, Milão, Giuffrè, 2000, p. 25: “O ‘direito à imagem’ sempre foi unanimemente classificado como um ‘direito da personalidade’ ou da pessoa.” Esta também é a opinião de Gítrama González, *Imagen (derecho a la propia)*, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix S/A, t. XI, 1962, p. 302.

⁹⁶ A respeito, confira-se Diogo Leite de Campos, *Lições de direitos da personalidade*, Coimbra, 2ª ed., 1995, p. 73; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil português*, Coimbra, Almedina, v. 1, t. III, 2004, p. 193.

⁹⁷ Walter Moraes, à margem do texto *A própria imagem no direito*, de Josef Kohler, *Justitia*, v. 79, 1972, p. 24, diz que: “Gierke (**Deutsches Privatrecht**, III, par. 211, pág. 888, *Dunker & Humblot, München e Leipzig, 1917*) acolheu o direito à imagem entre os direitos da personalidade ao lado do direito à honra e do direito à intimidade, em face da lei de direito autoral de 9-1-1907, parágrafos 24-22).”

⁹⁸ Bartolomeo Dusi, *Cenni intorno al diritto alla própria immagine*, *Scritti Giuridici*, Torino, G. Giappichelli, v. 1, 1956, p. 515-516. É certo que, nos primeiros passos, o direito à imagem foi confundido com o direito de propriedade, seja pelo direito ao próprio corpo, seja pelo direito do fotógrafo sobre o resultado do seu trabalho (veja-se Ferdinando Cionti, *La nascita ...*, p. 44-45, mencionando conclusão de Amar, no sentido de que o artista é titular do direito de autor sobre o retrato (obra), enquanto a pessoa retratada tem o direito à própria imagem (efígie). Em nota sob n. 2, ao estudo de Kohler, Walter Moraes registra que: “Este paralelo entre a extensão do direito da personalidade e o direito de vizinhança, invocado com certa freqüência pelo autor, revela a idéia da analogia entre o direito da personalidade e o direito de propriedade, encontrada também em Gierke, pois como a propriedade, também o direito de personalidade é a absoluto.” (Josef Kohler, *Justitia*, v. 79:25).

⁹⁹ Elimar Szaniawski, *Direitos da personalidade e sua tutela*, *Revista dos Tribunais*, 1993, p. 77, assinala: “A grande contribuição dos tribunais brasileiros para a tutela dos direitos da personalidade foi em relação ao direito à própria imagem e ao direito à intimidade, já havendo jurisprudência firmada.”

¹⁰⁰ Carlos Alberto Bittar, *Direito à imagem*, *Revista de Direito Civil*, v. 10, 1979, p. 235-238, sustenta que os direitos da personalidade surgiram na jurisprudência, passando, depois, “de forma progressiva, para as legislações.” René Ariel Dotti observa que: “As categorias denominadas ‘direito do autor, direito ao nome, e direito à imagem’ foram algumas vertentes fundamentais para a elaboração da disciplina que iria mais tarde se desenvolver para incluir no âmbito de sua proteção outros direitos, a começar pelo direito à vida e à integridade física.” (*Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1980, p. 23).

2. Direitos da personalidade: inatos ou positivados?

É certo que alguns direitos da personalidade mereceram tratamento específico no direito positivado, como foi o caso, na legislação pátria, do direito à imagem, assegurado na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), entre outros diplomas legais já mencionados.

Todavia, ainda persiste certa polêmica entre os estudiosos dos direitos da personalidade com referência à fonte destes direitos, se seriam inatos ou positivados, conforme elucida Miguel Reale:

“Segundo os partidários do Direito Natural clássico, que vem de Aristóteles até nossos dias, passando por Tomás de Aquino e seus continuadores, os direitos da personalidade seriam inatos, o que não é aceito pelos juristas que, com Renascimento, secularizaram o Direito, colocando o ser humano no centro do mundo geral das normas ético-jurídicas. Para eles, trata-se de categorias históricas surgidas no espaço social, em contínuo desenvolvimento. Não cabia ao legislador da Lei Civil tomar partido ante essas divergências teóricas, ainda que fazendo referência também ao Direito Natural, linha de Stammler ou de Del Vecchio.”¹⁰¹

Gilberto Haddad Jabur observa que a inexistência de texto legal expresso nunca impediu o reconhecimento e a aplicação, pela doutrina e jurisprudência, de determinados direitos da personalidade, como o direito à imagem e o direito à intimidade, afastando, assim, a tese estritamente positivista de juristas como Adriano de Cupis, para abraçar os ensinamentos de Rubens Limongi França e Carlos Alberto Bittar.¹⁰²

¹⁰¹ Os direitos da personalidade, *O Estado de São Paulo*, 17-01-2004, p. A-2.

¹⁰² *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 112-113 e 118-122. Declarando-se naturalista, Carlos Alberto Bittar afirma que, no campo privado, a inserção dos direitos da personalidade em códigos e leis, objetiva apenas “conferir-lhes proteção específica e mais eficaz – e não lhes ditar a existência – desde que identificados e reconhecidos, em vários sistemas, muito antes mesmo de sua positivação.” (*Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2ª. ed., 1995, p. 7-8). Por sua vez, Caio Mário da Silva Pereira anota: “Encontra, pois, boa sustentação proclamar que a origem remota dos direitos da personalidade assenta no direito natural...” (*Direito Civil – alguns aspectos da sua evolução*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 23). Também Rubens Limongi França, in *Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais*, *Revista do Advogado*, n. 38, 1992, p. 07, para quem: “O fundamento próximo da sua sanção é realmente a extratificação no Direito Consuetudinário ou nas

Em contrapartida, Edson Ferreira da Silva explicita que a proteção do direito à própria imagem:

*“antes da consagração expressa pela lei brasileira, só se justificava pelo fundamento da recepção implícita, ou seja, da recepção pelo sistema jurídico de direitos que vão sendo revelados e que o sistema absorve antes mesmo da sua consagração em lei, conquanto sejam compatíveis com a ordem jurídica em vigor.”*¹⁰³

A questão, porém, encontra solução no ensinamento de Norberto Bobbio, o qual, ao explicar sobre a busca do fundamento absoluto dos direitos do homem, elucida que os direitos não nascem todos de uma vez:

*“Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder (liberdades); remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor (poderes). Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado”*¹⁰⁴

Portanto, assiste razão a Gustavo Tepedino, ao contestar, com apoio em Pietro Perlingieri e Adriano de Cupis, a ligação do direito da personalidade ao jusnaturalismo, sustentando que, embora justificável a posição sobre o prisma histórico¹⁰⁵, no momento atual, *“qualquer situação jurídica só pode nascer do direito positivo, ou seja, de uma lei”*, sendo o positivismo indispensável para uma boa ordem jurídica.¹⁰⁶

conclusões da Ciência Jurídica. Mas o seu fundamento primeiro são as imposições da natureza das coisas, noutras palavras, o Direito Natural.”

¹⁰³ Em *Os direitos da personalidade são inatos?*, Revista dos Tribunais, v. 694, p. 30 e *Direito à intimidade*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2ª ed., p. 13. O autor coloca-se a favor da corrente positivista, juntamente com Pontes de Miranda, salientando que *“o ideário jusnaturalista tem sentido mais filosófico e político, em defesa de valores fundamentais do homem, devendo influenciar positivamente a estruturação dos sistemas jurídicos. Mas não se trata de uma concepção genuinamente jurídica.”* (*Direito à intimidade*, cit., p. 14).

¹⁰⁴ *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 5-6.

¹⁰⁵ Nesse sentido, Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, cit., p. 2, sintetiza as teses defendidas a respeito dos Direitos do Homem, na aula que ministrou em Turim, em 4 de maio de 1951: *“1. os direitos naturais são direitos históricos; 2. nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade; 3. tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico.”*

¹⁰⁶ A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 37-42. Diz ele: *“À vista de tais considerações, parece possível considerar-se os direitos da personalidade como inatos unicamente pelo fato de nascerem juntamente com a pessoa humana, segundo a*

Consoante anotado anteriormente, a personalidade é um valor, e não um direito¹⁰⁷, que evolui na medida em que o próprio homem obtém novas conquistas, especialmente no âmbito tecnológico, modificando assim o meio social e ambiental em que vive, alterando valores morais, culturais, religiosos, etc., em dado momento da história.¹⁰⁸

De acordo com a lição de Miguel Reale, “*cada direito da personalidade se vincula a um valor fundamental que se revela através do processo histórico*”, sendo que, “*a cada civilização corresponde um quadro dos direitos da personalidade, enriquecida esta como novas conquistas da sensibilidade e do pensamento, graças ao progresso das ciências naturais e humanas*”, entre os quais o último valor adquirido pela espécie humana seria o ecológico, por força do artigo 225 da Lei Maior.¹⁰⁹

Desse modo, não se há de persistir na idéia de que os bens da personalidade sejam todos inatos, ante a urgência cada vez maior da elaboração de legislação que sirva para coibir os avanços, por vezes exagerado, da própria ação do homem, em prejuízo dos seus semelhantes, sendo freqüentes os conflitos entre os diversos direitos da personalidade, cuja solução, no mais das vezes, ocorre com a utilização da cláusula geral de proteção da pessoa humana.¹¹⁰

disciplina do direito positivo, despidos assim de qualquer conotação jusnaturalista. Neste diapasão, todos os direitos inatos são direitos da personalidade, embora nem todos os direitos da personalidade sejam inatos (ex., o direito moral de autor, cuja existência pressupõe a criação intelectual). (ob. cit., p. 42). Esta é a lição de Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, cit., p. 15.

¹⁰⁷ Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 3^a. ed., 1997, p. 155. Adriano de Cupis, em *I diritti della personalità*, Milão, Giuffrè, t. I, 1959, p. 21 elucida: “*Existem os direitos da personalidade, não existe um direito à personalidade*”. Assim, também, Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro, Teoria Geral do Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 22^a ed., v. 1, 2005, p. 121.

¹⁰⁸ Diogo Leite de Campos, in *O direito e os direitos da personalidade, Nós – Estudos sobre o direito das pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 123, argumenta observa: “*A historicidade veio influenciar a própria representação do sujeitos de direitos: esteja não é visto abstracta ou estaticamente, mas histórica ou dinamicamente.*”

¹⁰⁹ Miguel Reale, Os direitos da personalidade, *O Estado de São Paulo*, 17-01-2004, p. A-2. Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, cit., p. 18, observa que: “*O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.*”

¹¹⁰ V. Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 155. Idem: Guido Alpa, *La disciplina dei dati personali*, Edizioni SEAM, Formello, 1998, p. 60.

Assim, é possível concluir, sem receios, que a defesa da imagem da pessoa sempre se realizou com base em norma constante do sistema jurídico, prevalecendo, por exemplo, a aplicação do artigo 1.382 do Código Civil de Napoleão, que trata da responsabilidade civil subjetiva, nos Tribunais franceses¹¹¹, assim, como o recurso às leis de direitos autorais na Alemanha¹¹² e na Itália, como suporte às decisões acerca de tal direito nas Cortes destes países.

No Brasil, inicialmente, a proteção da imagem ocorreu com fundamento no artigo 666, inciso X, do Código Civil de 1916, relativo aos direitos autorais, e na regra do artigo 159, do mesmo Codex, autêntica cláusula geral do ilícito civil.¹¹³

Hodiernamente, seja em face do artigo 5º, incisos V, X, e XXVIII, da Constituição Federal seja em razão do artigo 20, do Código Civil de 2002, não resta dúvida de que a disponibilidade que a pessoa tem sobre a sua imagem, consistente no direito exclusivo de autorizar a reprodução ou a exposição pública do seu retrato¹¹⁴, deva ser considerada um direito especial da personalidade, porque expressamente contemplado na legislação vigente.

¹¹¹ Já foi visto no texto que, na França, ainda hoje a tutela da imagem da pessoa é feita com base no artigo 9º, do Código Civil, que trata da proteção da vida privada.

¹¹² Na Alemanha, até a Constituição de 23/5/1949, o parágrafo 823 do BGB era utilizado na doutrina e na jurisprudência como cláusula geral do ilícito civil, sendo aplicado para a solução de questões relativas aos direitos da personalidade. Nesse sentido: Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 82; Karl Larenz, *Derecho Civil – parte general*, trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Caracas, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 161.

¹¹³ É interessante conferir, a esse respeito, a posição de Maria Cláudia Cachapuz, *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 206, que anota: “Se antes da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, era necessário recorrer à cláusula geral do art. 159 do Código Civil para resguardar a efetiva tutela de exclusividade a uma esfera de privacidade, a fundamentação racional para a tutela dos direitos à intimidade e à vida privada restou suficientemente facilitada pela redação conferida ao art. 21 do novo Código Civil.” Enéas Costa Garcia, *Responsabilidade civil dos meios de comunicação*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, p. 129, menciona que o artigo 159 do CC-16 funcionava como cláusula geral do direito à identidade pessoal. Antes deles, Mário Moacyr Porto ressaltava a importância desse dispositivo para a proteção dos direitos da personalidade, in *Temas de Responsabilidade Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 11-14. Esse jurista extraiu da regra do artigo 159 do Código Civil o entendimento de que “a violação de um direito é bastante para impor a obrigação de indenizar”.

¹¹⁴ Expressão de Walter Moraes, *Direito à própria imagem (II)*, Revista dos Tribunais, v. 444, 1972, p. 13.

3. A cláusula geral¹¹⁵ dos direitos da personalidade

A ampliação gradual e progressiva dos direitos da personalidade – visão privada dos direitos do homem – decorrente da necessidade da tutela da dignidade da pessoa humana, elevada a princípio constitucional em diversos países¹¹⁶, inclusive no Brasil (artigo 1º, inciso III, Constituição Federal de 1988), tem demonstrado a impossibilidade da adoção de um sistema fechado, no qual as hipóteses merecedoras da tutela jurídica sejam apenas as indicadas diretamente em determinada norma legal.

Assim, a doutrina esclarece que não existe um *numerus clausus* relativamente aos direitos da personalidade¹¹⁷, que são ilimitados, porque próprios do ser humano, que é livre e muito criador.¹¹⁸

Diogo Leite de Campos adverte que os direitos da personalidade representam, antes, uma “*marca de identidade entre os seres humanos*” e,

¹¹⁵ Karl English, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Baptista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 7ª ed., 1996, p. 229, afirma que: “*havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.*” Sobre o conceito de cláusula geral, confira-se excelente estudo de Judith Martins-Costa, em *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 273-377, onde a autora sublinha que: “*nas cláusulas gerais, a concretização da valoração e a formação da estatuição só pode operar perante o caso concreto, ou em face de grupos de casos considerados como ‘típicos’.*” (ob. cit., p. 340). Sobre as vantagens e desvantagens da utilização das cláusulas gerais, veja-se *Código Civil anotado e legislação extravagante*, de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 2003, p. 143, notas 21 e 22.

¹¹⁶ Antonio Junqueira de Azevedo, *A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*, *Revista dos Tribunais*, v. 797, 2002, p. 12, menciona a utilização da expressão na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1949), na Constituição Italiana (1947), na “Lei Fundamental” da Alemanha (1949) e na Constituição Portuguesa (1976). Edilson Pereira Nobre Júnior, *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*, in *Revista dos Tribunais*, v. 777, 2000, p. 473, ressalva a ausência de previsão idêntica na Constituição francesa de 1958.

¹¹⁷ Gustavo Tepedino, *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 49; Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 156; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro...*, v. 1, cit. p. 124; e Roxana Cardoso Brasileiro Borges, *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 29. Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, *Os direitos da personalidade no Código Civil de Macau*, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. LXXVI, 2000, p. 213, assinala que hoje se pode afirmar com alguma segurança que tem prevalecido, na maioria das ordens jurídicas, um direito geral de personalidade sobre o *numerus clausus* de direitos de personalidade.

¹¹⁸ Maria Helena Diniz, *Anotações de aula do Curso de direito da personalidade*, PUC/SP, 1997, e *Curso de Direito Civil...*, v. 1, cit., p. 124, salientando que os direitos da personalidade não se resumem ao que foi arrolado normativamente, pois, “*nem mesmo se poderá prever, no porvir, quais direitos da personalidade serão, diante das conquistas biotecnológicas e do progresso econômico-social, tipificados em norma.*”

conquanto não devam “*ser vistos como um remédio universal adequado a resolver todos os problemas*”, por certo eles constituirão “*cláusulas gerais’ de controlo do ordenamento e de preenchimento de lacunas.*”¹¹⁹

O jurista português prossegue, esclarecendo:

*“Os direitos da personalidade estão plasmados, directa ou indirectamente, em múltiplas normas ou instituições – do Direito Criminal, ao Direito Administrativo, passando pelo Direito Civil e pelo Direito Fiscal. Quando estiver em causa uma situação de facto que releve das normas ‘ordinárias’ dos direitos da personalidade, devem estas ser invocadas e aplicadas – salva lacuna ou ‘injustiça’ grave.”*¹²⁰

A partir destas colocações, verifica-se que a necessidade da cláusula geral dos direitos da personalidade decorre das seguintes premissas: a) os direitos da personalidade são ilimitados, além de estarem situados em todo ordenamento (normas constitucionais, civis, penais, administrativas e processuais); b) a tutela geral da personalidade permite a inserção de novos direitos, atuais e futuros, previsíveis e imprevisíveis, relativos à tutela da livre realização e do desenvolvimento da pessoa¹²¹; c) o direito geral da personalidade funciona como um princípio geral para casos não expressamente regulados pelo legislador¹²², mas também para os que são regulados expressamente, de forma subsidiária¹²³; d) a tutela jurídica

¹¹⁹ O direito ..., in *Nós – Estudos sobre o Direito das pessoas*, cit., p. 133.

¹²⁰ Diogo Leite de Campos, O direito ..., in *Nós – Estudos sobre o Direito das pessoas*, cit., p. 133. Capelo de Sousa expõe detalhadamente a proteção da personalidade humana no ordenamento jurídico português, na esfera do Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal e Processual Penal e Direito Civil e Processual Civil (*O direito geral de personalidade*, cit., p. 95-105). Nesse sentido, Karl English, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., p. 293, afirma que: “*Toda a regra jurídica é susceptível de aplicação analógica – não só a lei em sentido estrito, mas também qualquer espécie de estatuto e ainda a norma de Direito consuetudinário. As conclusões por analogia não têm apenas cabimento dentro do mesmo ramo de Direito, nem tão-pouco dentro de cada Código, mas verificam-se também de um para outro Código e de um ramo de Direito para outro.*” Por fim, Miguel Reale adverte que os direitos da personalidade se espriam por todo o ordenamento jurídico, a começar pela Constituição Federal, “*que, logo no artigo 1º, declara serem fundamentos do Estado Democrático do Direito a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa.*” (O Estado de São Paulo, edição de 17 de janeiro de 2004).

¹²¹ Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, Os direitos de personalidade ..., *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, cit., p. 212.

¹²² Eroulths Cortiano Junior, *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*, in *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*, coord. Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 47, escreve que: “*A tipificação dos direitos da personalidade deve ser entendida e operacionalizada em conjunto com a proteção de um direito geral da personalidade (um e outro se completam). Onde não houver previsão tipificada, o operador do direito leva em consideração a proteção genérica.*”

¹²³ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 559-560.

calcada em tipos legais fechados seria sempre redutora, e, portanto, incompatível com a proteção da dignidade da pessoa humana.¹²⁴

Contudo, faz-se necessário repetir a advertência de Diogo Leite Campos, acima transcrita, de que a cláusula geral não pode ser utilizada “*como verdadeira panacéia para todos os problemas jurídicos que envolvem a pessoa.*”¹²⁵

Na verdade, enquanto cláusula geral, o princípio da dignidade humana constitui o fundamento extraído da Constituição Federal¹²⁶ para orientar as condutas consideradas essenciais no âmbito dos direitos da personalidade, em conformidade com o conceito do “*mínimo ético*”, necessário e imprescindível para delimitar o seu conteúdo.¹²⁷

Karl Larenz explica que a partir da Lei Fundamental de 1949, a jurisprudência alemã, baseando-se nos artigos 1º e 2º, que tratam da dignidade humana e do desenvolvimento da personalidade como valores supremos, acabou por reconhecer o chamado direito geral da personalidade.¹²⁸

De sua parte, Capelo de Sousa elucida que o direito geral da personalidade veio a se firmar em países como a Áustria, a Suíça e a Grécia, sendo prestigiada, igualmente, pelo Código Civil português de 1966, que no seu artigo 70,

¹²⁴ Ibid., p. 557-575; Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, Os direitos de personalidade..., *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, cit., p. 211-213; Paulo Mota Pinto, Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, *in Revista Jurídica*, 2003, v. 314, p. 13-19; e Enéas Costa Garcia, *O Direito geral da personalidade ...*, tese, cit., p. 221-222.

¹²⁵ Enéas Costa Garcia, *O Direito geral da personalidade ...*, tese, cit., p. 137.

¹²⁶ António Menezes Cordeiro, em *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 1278, explicita que: “*As cláusulas gerais constituiriam um meio de penetração constitucional no Direito Civil, uma vez que elas não se limitariam a carrear elementos extra-jurídicos.*” Adiante, ele acrescenta: “*a interação dos direitos fundamentais com as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados é importante, uma vez que tais direitos, por excelência, conferem pretensões positivas contra o Estado (...) limitando-se a cominar deveres de abstenção entre os particulares; não assim quando ocorram no plano concretizador de preceitos civis.*” (*ob. cit.*, p. 1279).

¹²⁷ Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, cit., p. 13; Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 145, salientando, com apoio em Hubmann, que o Direito não quer nem pode realizar toda a eticidade, mas só um mínimo ético, com base no artigo 2º, n. 1º, da Lei Fundamental Alemã. No Brasil, confira-se Milton Fernandes, *Proteção civil da intimidade*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 42-44.

¹²⁸ *Derecho Civil – parte general*, tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Caracas, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 161.

n. 1, contém a cláusula geral de proteção dos “*indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.*”¹²⁹

Ao contrário desses países, o Brasil não tornou expressa a cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade¹³⁰. Porém, a doutrina vem admitindo a sua existência entre nós, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, e na pluralidade dos direitos da personalidade implicitamente contida no artigo 12 do novo Código Civil¹³¹, cuja proteção estende-se para além dos direitos tipificados pelo legislador.¹³²

Neste ponto, é válida a crítica de Judith Martins-Costa, quando assevera que o novo Código Civil poderia ter avançado mais na tutela da personalidade, pelo emprego de uma cláusula geral do direito da personalidade, criando, assim, “*uma ponte entre o princípio constitucional da dignidade da pessoa e os direitos constitucionais sociais, também atinentes à múltipla dimensão da personalidade.*”¹³³

O melhor exemplo disto é a ausência de previsão normativa específica para a tutela preventiva da imagem¹³⁴, ao contrário do que se dá com o direito à intimidade, o que leva a mesma autora a afirmar que:

¹²⁹ *O direito geral de personalidade*, cit., p. 86-87. Idem: Paulo Mota Pinto, Direitos de personalidade no Código Civil português ..., *Revista Jurídica* 314:14.

¹³⁰ Paulo Mota Pinto, em Direitos de personalidade no Código Civil português..., *Revista Jurídica* 314:13-15.

¹³¹ O artigo 12, *caput*, do Código Civil de 2002 possui esta redação: “*Pode-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.*”

¹³² Judith Martins-Costa, *O novo Código Civil brasileiro: em busca da ‘ética da situação’*, em *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, de Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 123-127; Enéas Costa Garcia, in *O Direito geral da personalidade* ..., tese, p. 218-222; Paulo Mota Pinto, Direitos de personalidade no Código Civil português..., *Revista Jurídica* 314:15; Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 117-128; Fábio Maria de Mattia, Direitos da personalidade ..., *Estudos de Direito Civil*, cit., p. 109; Renan Lotufo, *Código Civil comentado*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 56; Roxana Cardoso Brasileiro Borges, *Disponibilidade dos direitos da personalidade* ..., cit., p. 29; e Gustavo Tepedino, A tutela da personalidade ..., *Temas de Direito Civil*, cit., p. 67, o qual adverte sobre a inobservância, pelos civilistas, da cláusula geral de proteção da pessoa humana estatuída pelos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso III, e 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

¹³³ Judith Martins-Costa, *O novo Código Civil brasileiro*..., cit., p. 124.

¹³⁴ O artigo 20 do Código Civil é omissivo a respeito, pois trata somente dos casos da violação do direito, mas nada menciona acerca da prevenção do dano.

“uma cláusula geral de proteção à imagem, juntamente com as normas dos arts. 12 e 21 (...) e outra relativa ao Direito Geral da Personalidade certamente ensejariam maior facilidade no trânsito, às relações civis, dos valores constitucionais fundamentais, notadamente os que têm por objeto a tutela do que Miguel Reale, desde os anos 40, tem denominado de ‘valor-fonte’ do ordenamento – a pessoa humana considerada em sua própria fundamental dignidade – alcançando mais facilmente o desenvolvimento jurisprudencial de novas hipóteses.”¹³⁵

Cabe enfatizar, ademais, que o direito geral da personalidade permite o melhor aparelhamento da jurisprudência a suprir as lacunas das disposições relativas à exploração do direito de imagem da pessoa, especialmente nos casos da captação indevida – cuja tutela, embora não prevista no artigo 20 do Código Civil, mostra-se absolutamente indispensável.¹³⁶

Portanto, reitera-se que o desenvolvimento do direito geral da personalidade, pela utilização das cláusulas gerais previstas nos artigos 1º, inciso III, e 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, e nos artigos 12, 21, 187 e 927, todos do atual Código Civil, servirá para que a doutrina e a jurisprudência encontrem solução para situações envolvendo novos direitos da personalidade, além dos que foram consagrados expressamente nos textos legais mencionados, estendendo a proteção inclusive para outros aspectos dos próprios direitos arrolados no Código Civil, como, por exemplo, a tutela preventiva da imagem, inclusive no que diz respeito à indevida captação – e não só à divulgação, à comercialização e à ofensa perpetrada pela imagem alheia.¹³⁷

¹³⁵ Judith Martins-Costa, *O novo Código Civil brasileiro...*, cit., p. 124-125. A autora diz, por fim, que tal tarefa de construção de um direito geral da personalidade caberá à Jurisprudência, pela ligação sistemática do princípio da dignidade da pessoa humana com os demais princípios e regras do Código Civil.

¹³⁶ Confira-se a crítica de Gilberto Haddad Jabur, em *As limitações ao direito à própria imagem no novo Código Civil*, in *Questões controvertidas no novo Código Civil*, org. Mário Luiz Delgado e Jonas Figueiredo Alves, São Paulo, Método, 2003, p. 23-25. Também in *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 127. Idem: Paolo Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, UTET, 1959, p. 8-9; e Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, em *Os direitos da personalidade ...*, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, cit., p. 246. Capelo de Sousa menciona na nota 120, p. 560, do seu *Direito geral de personalidade*, cit., que a proibição da captação do retrato não decorre do art. 79 do Código Civil português, mas do direito geral da personalidade, aplicado de forma complementar e subsidiária.

¹³⁷ A tal conclusão se chega pelas lições de Judith Martins-Costa, em *O novo Código Civil brasileiro...*, cit., p. 124-125; e, também, no seu *Os danos à pessoa e a natureza da sua reparação*, in *Reconstrução do direito privado*, do qual é organizadora, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 414-415, onde escreve: “É indiscutível que a atual ênfase numa esfera de valores existenciais da pessoa deve-se, entre outros fatores, à compreensão do papel desempenhado pelos princípios constitucionais no direito civil, à medida que estes, para além de constituírem normas jurídicas atuantes nas relações de direito público, têm incidência especial em todo ordenamento e, nessa perspectiva, também no direito civil, disciplina das relações travadas entre os particulares entre si. Ao mesmo tempo, estando esses princípios e garantias expressos em cláusulas gerais,

4. Conceituação, natureza, características e classificação dos direitos da personalidade

O direito da personalidade vem a ser aquele que tem por objeto os elementos constitutivos da personalidade (vida, honra, identidade, imagem, etc.), considerada a pessoa em seus múltiplos aspectos: físico, moral, individual e social.¹³⁸

Os bens da personalidade ocupam, então, a posição de objetos de direitos subjetivos: os direitos da personalidade, informados dos mesmos atributos de seus objetos.¹³⁹

Roberto de Ruggiero pondera que a personalidade é fonte e pressuposto de todos os direitos subjetivos, elucidando que:

“Olhando o homem como pessoa, tem ele uma série de faculdades ou poderes que não se podiam desprezar sem lhe negar essa qualidade de pessoa. Essas faculdades, que uma terminologia antiga chamava direitos inatos, e que a escola de direito natural concebe como preexistente ao seu reconhecimento por parte do Estado e declara absolutos e imprescritíveis, é certo resultarem da natureza humana, mas têm sempre no Estado a sua fonte de direitos essenciais da pessoa. A soma destas faculdades, constituindo a essência da personalidade, pode designar-se por direito de personalidade.”¹⁴⁰

Ou como preleciona Maria Helena Diniz, com habitual proficiência:

“O direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc. É o

permite-se o desenvolvimento jurisprudencial de novas hipóteses mediante o emprego do raciocínio tópico, podendo-se assim, falar na elaboração de um direito geral da personalidade que não se esgota no reconhecimento dos tradicionais atributos, tais como a honra, o nome, a imagem, a intimidade e a vida privada, mas tem alargada possibilidade de expansão.” Capelo de Sousa, *Direito geral de personalidade*, cit., p. 560-561, salienta que a doutrina e a jurisprudência extraem várias espécies de direitos da cláusula geral do artigo 70 do Código Civil português, entre eles o direito ao repouso, à qualidade de vida, etc.

¹³⁸ Jean Dabin, *El Derecho Subjetivo*, trad. Francisco Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s.d., p. 211.

¹³⁹ Walter Moraes, verbete Direitos da Personalidade, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 26, 1977, p. 29-46.

¹⁴⁰ *Instituições de Direito Civil*, trad. Ary dos Santos, São Paulo, Saraiva, 3ª ed., vol. 1, 1971, p. 188.

direito subjetivo, convém repetir, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial.”¹⁴¹

Observa-se, portanto, que os direitos da personalidade possuem a natureza de autêntico direito subjetivo, uma vez que o ordenamento jurídico atribui ao sujeito a faculdade de defender os bens ou valores essenciais da personalidade, ao mesmo tempo em que exige dos demais o cumprimento de um dever jurídico correspondente, ou seja, o de respeito a estes direitos¹⁴², sendo que, uma vez desrespeitados, o autor do fato fica obrigado à devida reparação civil do dano extrapatrimonial que causou.¹⁴³

Ao tratar dos direitos da personalidade, o artigo 11 do Código Civil limita-se a afirmar que eles são direitos intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.¹⁴⁴

Todavia, a doutrina apresenta outras características essenciais aos direitos da personalidade, no sentido de que estes direitos são:

- a) **absolutos, ou de exclusão** – por serem oponíveis *erga omnes*, resultando do comando legal um dever geral de abstenção (*excludendi alios*), no sentido de que todos devem respeitar a esfera de garantia alheia, de forma que a

¹⁴¹ *Curso de Direito Civil brasileiro...*, v. 1, cit., p. 123.

¹⁴² Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 394, aduz que, no caso dos direitos da personalidade, “os sujeitos passivos, independentemente de qualquer sua atividade lesiva, estão de antemão diretamente vinculados a respeitar a personalidade de outrem.” Depois, acrescenta que a tutela geral da personalidade não se circunscreve aos poderes clássicos de exigência de respeito, abrangendo também poderes de exigência e participação, relativos à solidariedade social (*ob. cit.*, p. 398). Na hipótese, refere-se aos direitos sociais, que resultam em uma prestação positiva exigida pelo indivíduo em face da sociedade e do Estado.

¹⁴³ Sobre a natureza jurídica dos direitos da personalidade, V. Jose Castan Tobeñas, *Derecho Civil español ...*, cit., p. 332-336. Enéas Costa Garcia, *O Direito geral da personalidade...*, tese, cit., p. 23, apresenta extensa lista de autores nacionais e estrangeiros defensores da caracterização dos direitos da personalidade como direitos subjetivos. Guido Alpa, *La disciplina dei dati personali*, cit., p. 26, afirma categoricamente que os direitos da personalidade são direitos subjetivos absolutos, isto é, protegidos *erga omnes*.

¹⁴⁴ Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro...*, v. 1, cit., p. 124, reporta-se ao Projeto de Lei n. 6.960/2002, no qual consta a proposta de alteração do artigo 11, com a seguinte redação: “O direito à vida, à integridade físico-psíquica, à identidade, à honra, à imagem, à liberdade, à privacidade, à opção sexual e outros reconhecidos à pessoa são natos, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis. Parágrafo único. Com exceção dos casos previstos em lei, não pode o exercício dos direitos da personalidade sofrer limitação voluntária” (p. 125).

- norma pretende, com isto, impedir ou limitar as agressões ou intromissões do Estado ou de terceiros no âmbito particular de cada sujeito¹⁴⁵;
- b) **originários, ou inatos** – por se adquirirem pelo simples nascimento, *ope legis*, desde o momento da concepção, sendo direitos subjetivos privados que cabem aos indivíduos em face da exclusiva condição de seres humanos¹⁴⁶;
 - c) **extrapatrimoniais** – pelo seu caráter pessoal, os direitos da personalidade são insuscetíveis de aferição econômica, o que não impede o ressarcimento do eventual dano causado a um desses bens pessoais, pelo valor correspondente à lesão, e que alguns deles – como é o caso do direito de imagem – sejam objeto de negócio jurídico patrimonial¹⁴⁷;
 - d) **intransmissíveis** – o titular desses direitos não pode transmiti-los a terceiro, privando-se do seu gozo, por serem inerentes ou essenciais à pessoa, motivo pelo qual não podem ser cedidos, alienados, onerados ou subrogados em favor de outrem¹⁴⁸;
 - e) **irrenunciáveis** – por serem inerentes à pessoa, não poderão ser objeto de renúncia, ressalvadas a disposição ou a limitação do exercício de utilidade social (tolerância negativa à honra ou à privacidade) ou econômica (exploração do direito de imagem) de alguns desses direitos¹⁴⁹;
 - f) **imprescritíveis** – o não exercício de algum dos direitos da personalidade não implica a sua extinção, pela prescrição, por serem direitos indisponíveis¹⁵⁰;
 - g) **impenhoráveis** – porque são bens fora do comércio, de natureza extrapatrimonial, não estão sujeitos à alienação voluntária ou forçada¹⁵¹;

¹⁴⁵ Definição baseada em Maria Helena Diniz, Anotações de aula do curso Direitos da Personalidade, PUC-SP, 1997; Orlando Gomes, Direitos de personalidade, *Revista Forense*, v. 216, 1966, p. 7; Jose Castan Tobeñas, *Derecho Civil español...*, cit., p. 337; Davide Messinetti, verbete Personalità ..., *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 361; Antonio Chaves, *Tratado de Direito Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 491; e J.J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado, *Reality Shows e liberdade de programação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p.57-58.

¹⁴⁶ V.: Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro...*, v. 1, cit., p. 122; Jose Castan Tobeñas, *Derecho Civil español...*, cit., p. 336; Antonio Chaves, *Tratado de Direito Civil*, cit., p. 491; Orlando Gomes, Direitos de personalidade, RF 216:7; e Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 415.

¹⁴⁷ Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro...*, v. 1, cit., p. 122; Jose Castan Tobeñas, *Derecho Civil español...*, cit., p. 337; Orlando Gomes, Direitos de personalidade, RF 216:7; e Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 415.

¹⁴⁸ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 402-403.

¹⁴⁹ Gilberto Haddad Jabur, *Liberdade de pensamento ...*, cit., p. 57-58.

¹⁵⁰ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 413. Porém, ocorrida a violação do direito da personalidade, começa a fluir o prazo prescricional para que o ofendido possa haver a indenização decorrente do ato ilícito (RT 822/236 e JTJ-Lex 286/311). O prazo prescricional, que era vintenário, foi drasticamente reduzido para três anos, em consonância com os arts. 189 e 206, par. 2º, inciso V, do novo Código Civil.

- h) **necessários** – “são necessários no sentido de que não podem faltar, o que não ocorre com qualquer dos outros direitos”¹⁵²;
- i) **vitalícios** – porque acompanham o titular enquanto este viver, recebendo proteção depois da sua morte, através da ação do cônjuge ou dos parentes (artigos 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil); e,
- j) **indisponíveis, com limitações** – em regra, os direitos da personalidade são indisponíveis¹⁵³, pois não se concebe que a pessoa possa abdicar da própria vida ou auto-reduzir-se à condição de escravo, por exemplo¹⁵⁴; todavia, vez ou outra é possível a limitação voluntária de alguns dos bens que integram a esfera da pessoa, como nas hipóteses de consentimento à publicação da própria imagem e à divulgação de fatos pertencentes à esfera da intimidade ou da reserva pessoal do seu titular, ou mesmo a limitação ante o interesse público, como é o caso, v.g., da exposição do retrato de um criminoso procurado pela justiça, sem que isto implique uma restrição ao próprio valor da pessoa, que não sofre transformações ou degradações quanto à essência do direito livremente limitado.¹⁵⁵

¹⁵¹ Gilberto Haddad Jabur, *Liberdade de pensamento ...*, cit., p. 60.

¹⁵² Barbero, ‘*Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, vol. 1, pág. 532, 4ª edição, UTET, Turim, 1955), apud Orlando Gomes, *Direitos de personalidade*, RF 216:7.

¹⁵³ Walter Moraes reputa “*improcedente a posição de alguns autores que dizem indisponíveis os direitos de personalidade, como se a idéia de dispor induzisse necessariamente a de privar-se.*” (*Direito à própria imagem - I*, *Revista dos Tribunais*, v. 443, 1972, p. 80, nota 55).

¹⁵⁴ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 405-407. Hélio Armond Werneck Corte, em *Revelia, confissão e transigência*, *Revista dos Tribunais*, v. 471, 1975, p. 35-36, conclui: “A) A regra é a indisponibilidade ilimitada dos direitos da personalidade. B) Excepcionalmente, admite-se a livre disponibilidade de alguns desses direitos, quando isso não contraria a ordem pública e os bons costumes e a própria lei. C) Assim, a indisponibilidade é absoluta (regra geral) ou limitada (exceção). D) A disponibilidade, quando admitida, é sempre relativa. E) Mesmo quando permitida a disponibilidade, esta será sempre revogável ao nuto do titular.”

¹⁵⁵ Davide Messinetti, verbete *Personalità...*, *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 375. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro...*, v. 1, cit., p. 123, esclarece: “*Poder-se-á, p. ex., admitir sua disponibilidade em prol do interesse social; em relação ao direito da imagem, ninguém poderá recusar que sua foto fique estampada em documento de identidade. Pessoa famosa poderá explorar sua imagem na promoção de venda de produtos, mediante pagamento de uma remuneração convencional.*” Sobre o tema, vale conferir, ainda, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, *Disponibilidade dos direitos de personalidade...*, cit., especialmente o título 5.1, relativo ao direito à imagem, p. 156-161, onde a autora destaca que o artigo 20 do Código Civil confere à pessoa o direito à exploração da própria imagem, concluindo que: “*tal permissão importa atos de relativa disposição do direito à imagem, portanto, âmbito de incidência da autonomia privada sobre os direitos de personalidade. Assim, é lícita – e, além de comum, crescente – a realização de negócios jurídicos que tenham como objeto a utilização da imagem de alguém, mesmo em negócios jurídicos onerosos.*”

No que tange à classificação dos direitos da personalidade, consignase que Orlando Gomes divide os mesmos em **direitos à integridade física** e **direitos à integridade moral**, enquadrando a imagem nesta última categoria.¹⁵⁶

Carlos Alberto Bittar os distribui em **direitos físicos**, **direitos psíquicos** e **direitos morais**, e situa o direito à imagem como um dos componentes da estrutura humana, um direito físico, ao lado do corpo, dos órgãos e dos membros.¹⁵⁷

Gilberto Haddad Jabur, por seu turno, os divide em **direito à integridade física** e **direito à integridade moral ou espiritual**, e coloca a imagem como integrante desta modalidade.¹⁵⁸

Porém, a classificação mais precisa é a de Rubens Limongi França, que, depois de especificar os direitos da personalidade em **direito à integridade física**, **direito à integridade intelectual** e **direito à integridade moral**, albergando o direito à imagem entre os últimos, formula o interessante detalhamento pelo critério dos **aspectos fundamentais da personalidade**, como se verifica na seguinte transcrição:

“1. Direito à Integridade Física – 1.1 Direito à Vida: 1.1.1 à concepção e à descendência (gene artificial, inseminação artificial, inseminação de provetas, etc); 1.1.2 ao nascimento (aborto); 1.1.3 ao leite materno; 1.1.4 ao planejamento familiar (limitação de filhos, esterilização masculina, esterilização feminina, pílulas e suas conseqüências; 1.1.5 **proteção do menor (pela família, pela sociedade); 1.1.6 à alimentação; 1.1.7 à habitação; 1.1.8 à educação; 1.1.9 ao trabalho; 1.1.10 ao transporte adequado; 1.1.11 à segurança física; 1.1.12 ao aspecto físico da estética humana; 1.1.13 à proteção médica e hospitalar; 1.1.14 ao meio ambiente ecológico; 1.1.15 ao sossego; 1.1.16 ao lazer; 1.1.17 ao desenvolvimento vocacional profissional; 1.1.18 ao desenvolvimento vocacional artístico; 1.1.19 à liberdade física; 1.1.20 ao prolongamento artificial da vida; 1.1.21 à reanimação; 1.1.22 à velhice digna; 1.1.23 relativos ao problema da eutanásia. 1.2 Direito ao Corpo Vivo: 1.2.1 ao espermatozóide e ao óvulo; 1.2.2 ao uso do útero para procriação alheia; 1.2.3 ao exame médico; 1.2.4 à transfusão de sangue; 1.2.5 à alienação de sangue; 1.2.6 ao transplante; 1.2.7 relativos à experiência científica; 1.2.8 ao transexualismo; 1.2.9 relativos à mudança artificial do sexo; 1.2.10 ao débito conjugal; 1.2.11 à liberdade**

¹⁵⁶ Direitos de personalidade, RF 216:8-9.

¹⁵⁷ Ibid., p. 17.

¹⁵⁸ *Liberdade de pensamento...*, cit., p. 103-108.

física; 1.2.12 ao “passe” esportivo. 1.3 Direito ao Corpo Morto: 1.3.1 ao sepulcro; 1.3.2 à cremação; 1.3.3 à utilização científica; 1.3.4 relativos ao transplante; 1.3.5 ao culto religioso. 2. Direito à Integridade Intelectual – 2.1 à liberdade de pensamento; 2.2 de autor; 2.3 de inventor; 2.4 de esportista; 2.5 de esportista participante de espetáculo público. 3. Direito à Integridade Moral – 3.1 à liberdade Civil, política e religiosa; 3.2 à segurança moral; 3.3 à honra; 3.4 à honorificência; 3.5 ao recato; 3.6 à intimidade; 3.7 à **imagem**; 3.8 ao aspecto moral da estética humana; 3.9 ao segredo pessoal, doméstico, profissional, político e religioso; 3.10 à identidade pessoal, familiar e social (profissional, política e religiosa); 3.11 à identidade sexual; 3.12 ao nome; 3.13 ao título; 3.14 ao pseudônimo; 3.15 à alcunha.”¹⁵⁹

O mesmo autor formula, ainda, a divisão conforme o **estado** ou modo particular de ser das pessoas, segundo a **faixa vital**, distinguindo os direitos da personalidade, como sendo: 1) do **nascituro**; 2) do **menor**; 3) do **velho**; 4) do **moribundo**; 5) do **defunto**. E também sob o ponto de vista da **validade**, assim especificados: a) da personalidade **plena**; b) do **menor**; c) do **velho**; d) do **deficiente**; e) do **doente**; f) do **viciado**; g) do **sentenciado**; h) do **egresso**.¹⁶⁰

Esta extensa lista de direitos formulada por Rubens Limongi França é visivelmente contrastante com a sua posição no Código Civil de 2002, no qual o legislador, mantendo quase na íntegra o vetusto Projeto de 1975, optou por prestigiar somente direitos da personalidade consagrados na doutrina e na jurisprudência.

Assim, o que se viu foi o estabelecimento de poucas regras a respeito do direito ao corpo vivo ou morto (arts. 13 a 15), do direito ao nome (arts. 16-19), do direito à imagem e à honra – esta vista sob o prisma da lesão através da imagem (art. 20), e do direito à intimidade ou à vida privada (art. 21), quando a Constituição de 1988 avançara substancialmente nesta seara, ao fixar, expressamente, ao lado daqueles, o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à honra e o direito à voz (art. 5º, *caput* e incisos X e XXVII).¹⁶¹

¹⁵⁹ Rubens Limongi França, *Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais*, em *Revista do Advogado* n. 38, 1992, p. 10-11, anteriormente publicado na RT 567/9-16. Optou-se por destacar em negrito os direitos relativos à proteção ao menor e à imagem, por constituírem o foco central do trabalho.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p.11.

¹⁶¹ Roxana Cardoso Brasileiro Borges, *Disponibilidade dos direitos da personalidade...*, cit., p. 28; e Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro...*, v. 1, cit., p. 127-143.

Na esfera da tutela da criança e do adolescente, é necessário recordar que o artigo 227 da Constituição Federal, repetido pelo artigo 4º, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), assegura a proteção integral às crianças e aos jovens, garantindo-lhes os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade (v. art. 16, ECA) e à convivência familiar e comunitária, protegendo-os de qualquer atentado à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, observado o direito ao respeito, que abrange **a preservação da imagem**, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais (arts. 5º e 17 ECA).

Capítulo III

CONTORNOS ESSENCIAIS DO DIREITO À IMAGEM

1. Conceito e conteúdo do direito à imagem

Ao se definir a imagem como um direito da personalidade, cuidou-se de evidenciar, com respaldo na lição de Walter Moraes, que ela “*constitui o sinal sensível da personalidade*”, porque “*traduz para o mundo exterior o ser imaterial da personalidade, delinea-a, dá-lhe forma.*”¹⁶²

Nicola Abbagnano explica que a imagem é a “*semelhança ou o sinal das coisas, que pode conservar-se independentemente das coisas.*”¹⁶³

Destas colocações extrai-se que a imagem, longe de ser evanescente, tende a conservar-se na memória de quem retém a visão de determinada figura – portanto, sob a forma pensada – e, também, na representação por qualquer manifestação artística (pintura, escultura, teatro, etc.) ou processo fotomecânico (fotografia, cinema, televisão, *internet*, etc.) – ou seja, sob a forma concreta, real.¹⁶⁴

Enquanto a imagem pensada corresponde ao aspecto imaterial da pessoa, a imagem concretizada por algum meio de comunicação (pintura, fotografia,

¹⁶² Direito à própria imagem (I), *Revista dos Tribunais*, v. 443, 1972, p. 76.

¹⁶³ *Dicionário de filosofia*, tradução Alfredo Bosi, São Paulo, Martins Fontes, 3ª ed., 1999., p. 537. O autor cita Diógenes Laércio (séc. III d.C.), segundo o qual: “*A imagem propriamente dita é ‘aquilo que é impresso, formado e distinto do objeto existente, que se conforma à sua existência e por isso é o que não seria se o objeto não existisse’ (DIÓG. L., VII, 50).*”

¹⁶⁴ Ferdinando Cionti, *La nascita del diritto sull’immagine*, Milão, Giuffrè, 2000, p. 60, anota, com base em Carnelutti, que a imagem nem sempre é transitória, pois, se forma e permanece na mente alheia. Do mesmo autor, e no mesmo sentido: *Alle origini del diritto all’immagine*, Milão, Giuffrè, 1998, p. 28-29.

etc.) equivale ao seu aspecto material, sendo que, nesta condição, além de autônoma e distinta daquela, passa a revelar interesse de proteção pelo direito.¹⁶⁵

Com maestria, Ferdinando Cionti traça a distinção entre o direito de vista e o direito de reprodução, ressaltando:

“É pacífico que o direito à imagem somente se configura quando a mesma se destaca, por assim dizer, do sujeito, objetivando-se em um suporte concreto, ou no retrato daquela determinada pessoa.

A imagem percebida, pensada, memorizada, isto é, a imagem que vive no pensamento, é uma simples ‘abstração’, privada de qualquer relevo, também de fato, pois não permanece como a imagem pintada...”¹⁶⁶

Assim, se no convívio social ninguém pode impedir que outras pessoas tenham a visão da sua figura¹⁶⁷, que constitui a imagem pensada (aspecto imaterial), na medida em que esta venha a ser captada ou reproduzida por outrem, através de qualquer meio artístico ou mecânico, que representa a imagem pintada¹⁶⁸ (aspecto material), caberá ao respectivo titular o direito de opor-se à divulgação, ressalvadas as hipóteses legais de limitação desse direito.

Em suma, o fundamento do direito à imagem consiste na faculdade que o indivíduo tem de se expor ou de se ocultar, conforme a sua vontade, possuindo a livre disponibilidade de impedir que outros se apropriem indevidamente da sua imagem, conferindo-lhe divulgação não desejada pelo retratado.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Ferdinando Cionti, *Alle origini...*, cit., p. 28-29. Manuel Gitrama González, *Imagen (derecho a la propia)*, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix S/A, t. XI, 1962, p. 304, alude à necessidade da fixação material da imagem para a sua proteção pelo Direito, salientando que a imagem é a reprodução da figura e sua fixação em uma *res* material, isto é, genericamente, o retrato. Ainda acerca da fixação da imagem por meio mecânico, V. Álvaro Notaroberto Barbosa, *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 08.

¹⁶⁶ *La nascita ...*, cit., p. 65. Sobre a imagem pensada, exemplifica com um espetáculo de dança, anotando que: “*uma vez percebido o aspecto do corpo da dançarina, na mente do espectador forma-se a correspondente imagem que é memorizada e, portanto, persiste ainda quando encerrado o espetáculo.*” (ob. cit., p. 61). No seu livro *Alle origini...*, cit., p. 86, recorda o ensinamento de Carnelutti, no sentido de que a vedação ao uso da imagem alheia dá-se com a exposição, lembrando, como exemplo, o fato de que nada impede seja vista uma bela mulher casada.

¹⁶⁷ Antônio Chaves, *Direito à própria imagem*, in *Revista dos Tribunais*, v. 451, 1973, p. 12.

¹⁶⁸ As expressões imagem pensada e imagem pintada foram recolhidas nas obras de Ferdinando Cionti, já mencionadas.

¹⁶⁹ Conforme a lição de Moise Amar, *apud* Ferdinando Cionti, *La nascita del diritto sull’immagine*, Milão, Giuffrè, 2000, p. 26 e 33.

Dessa maneira, fica bem acentuada a dupla feição assumida pelo direito à imagem, que pode ser visto de forma: a) *positiva*, uma vez que o titular possui a faculdade exclusiva de autorizar o seu uso, inclusive para fins comerciais, dela tirando proveito econômico; e b) *negativa*, posto que a lei confere à pessoa o direito de impedir a sua captação ou reprodução por terceiros, caracterizado este pelo dever geral de abstenção.¹⁷⁰

Forçoso consignar que a reprodução¹⁷¹ permite a multiplicação da exposição da imagem, tornando-a conhecida a um número indefinido de pessoas, que poderão vê-la, além de alterar as condições em que foi captada, de sorte que a ninguém é lícito capturar ou divulgar o retrato alheio sem o consentimento do interessado.

Portanto, define-se o direito à imagem como aquele que visa a coibir que a efígie de alguém seja captada, exposta, publicada ou comercializada, sem prévia ou posterior autorização do efigiado, excetuados os casos em que isto é permitido pela lei, visto que constitui um direito exclusivo da pessoa determinar como, quando e onde deseja aparecer ao público.¹⁷²

¹⁷⁰ María E. Rovira Sueiro, *El derecho a la propia imagen*, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 33; Silma Mendes Berti, *Direito à própria imagem*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 36. Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia, Direito à imagem na propaganda, *Revista de Direito Civil*, v. 41, 1987, p. 120, ao tratar das feições positiva e negativa do direito à imagem, pondera: “*Tanto exerce o direito à imagem quem impede a deformação como quem lhe explora a publicidade.*”

¹⁷¹ Walter Moraes diz que “*a reprodução não é senão o reflexo e a projeção do aspecto original.*” (Direito à própria imagem - I, RT 443:76).

¹⁷² Lodovico Barassi, *Istituzioni di Diritto Civile*, Milão, Giuffrè, 1948, p. 88. Paolo Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, UTET, 1959, p. 19, consigna que a lei quer impedir a divulgação do retrato, seja pela exposição (vitrine), seja pela publicação (revista, jornal), “*seja, enfim, de uma pessoa sucessivamente à outra, como no caso do original ou de uma cópia feita passar de mão em mão.*” Também, Antônio Chaves, Direito à própria imagem, RT 451:14. Emmanuel Dreyer, L’image de la personne, in *Droit de la presse*, trad. Maria Tereza Xavier Moreira, Litec, 1999, p. 12, que colaciona jurisprudência das Cortes francesas, observa que, se a pessoa é livre para determinar quem entra ou não na sua vida privada, ela é livre também para escolher as imagens que possam representá-la em público. Regina Sahm, *Direito à imagem no Direito Civil contemporâneo*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 73, elucida que: “*Aquele que está no exercício das faculdades da imagem é o único juiz dos medos e da época de sua exploração.*” Hermano Duval, *Direitos autorais nas invenções modernas*, Rio de Janeiro, Editorial Andes, 1956, p. 72, afirma que o direito à própria imagem é um “*direito personalíssimo, eis que cada um é senhor absoluto das condições que deseja aparecer em público.*”

Destarte, o objeto da proteção legal consiste na exclusividade que o titular da imagem tem de autorizar a reprodução ou a exposição do seu retrato.¹⁷³

A faculdade que todo indivíduo tem de preservar a própria imagem, impedindo ou autorizando a sua divulgação, abrange tanto o aspecto físico ou corporal como o aspecto psíquico ou moral, este relativo à sua história de vida e à descrição do seu caráter.¹⁷⁴

A **imagem física** compreende o corpo da pessoa humana, ou partes destacadas deste – especialmente o rosto, sinal identificador de enorme valor no meio social –, os traços fisionômicos, os gestos, as atitudes, as indumentárias e também as coisas próprias do indivíduo, quais sejam, os objetos pessoais pelos quais possa vir a ser reconhecido.¹⁷⁵

¹⁷³ Walter Moraes, *Direito à própria imagem (II)*, Revista dos Tribunais, v. 444, 1972, p. 13. Diz este autor que: “É neste direito-condição de consentir, de autorizar, de ordenar enfim a disposição da própria imagem, que está o conteúdo básico do direito da pessoa representada na generalidade das legislações estrangeiras.” Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, Milão, Giuffrè, v. 1, 1959, p. 259-260, elucida que a necessidade de proteção da pessoa contra a arbitrária difusão do conhecimento da sua imagem decorre de uma instância individualística, segundo a qual o sujeito deve ser o árbitro de consentir ou não a reprodução das suas feições.

¹⁷⁴ Caio Mário da Silva Pereira, *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 30; Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 148, que segue a classificação proposta por Heinrich Hubmann.

¹⁷⁵ Maria Helena Diniz, *Direito à imagem e sua tutela*, in *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 79 e 82, e *Curso de Direito Civil Brasileiro...*, v. 1, cit., p. 131; Hermano Duval, *Direito à imagem*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 105; Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 246. Ferdinando Cionti relata o caso da violação da imagem do cantor Lucio Dalla, em razão do uso de objetos materiais que o identificavam em certa campanha publicitária – boné e óculos iguais aos que ele sempre utilizava. Na espécie, segundo o autor, “A coisa substitui graficamente o vulto do personagem.” (*Alle origini ...*, cit., p. 58). María E. Rovira Sueiro, *El derecho a la propia imagen*, cit., p. 20-21, afirma que a importância da indumentária decorre do fato de que o seu suporte, naquela determinada ocasião, é justamente a figura humana. Na RT 836/301 consta interessante acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com a seguinte ementa: “É personalíssimo o direito à imagem e à intimidade. Se, com intuito de angariar maior audiência, conhecido programa dominical de televisão utiliza a imagem de consagrado galã de novelas, contratado de emissora concorrente, fazendo alarde de um leilão de peça íntima que teria sido usada por ele quando participara da tradicional peça teatral ‘Paixão de Cristo’, realizada no estado da Paraíba durante a ‘Semana Santa’, sem obter previamente a indispensável autorização para essa exposição pública, respondem concorrentemente o apresentador do programa e a emissora pelo efeito lesivo daí decorrente. O fato de ser dito que o produto obtido seria destinado a instituição de caridade não descaracteriza a ofensa ao direito do ator. Sendo um profissional de atividade artística, consagrado na mídia, sua imagem não pode ser utilizada, sem a sua anuência, como atração para aumentar a performance de empresa com a qual não mantém vínculo contratual.” No caso, a imagem do ator da Rede Globo, Thiago Lacerda, fora utilizada através do leilão de uma sunga que, supostamente, teria usado na representação teatral, objeto que serviu para sua identificação junto ao público.

Já a **imagem moral**¹⁷⁶ envolve a representação das características do indivíduo no seu meio social.¹⁷⁷ Ela pode ser dividida em duas modalidades: a) *imagem de vida*, definida por Capelo de Sousa como a “*narração dos acontecimentos descritivos do curso total ou parcial da vida de alguém, enquadrados nas circunstâncias reais e objetos das exatas motivações pessoais*”¹⁷⁸; e b) *imagem de caráter*, que abarca a honra, o decoro, a reputação ou bom nome, o crédito e a fama da pessoa.¹⁷⁹

Registra-se que o artigo 20 do Código Civil proíbe a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa, salvo se autorizada, também para fins comerciais.¹⁸⁰

Portanto, não pode escapar a importância econômica que decorre da exploração da imagem, como entidade imaterial que é, valendo lembrar a feliz colocação de Carnelutti, que escreve: “*como para a jóia a contemplação da obra de arte, assim também, quando é belo, para o corpo humano.*”¹⁸¹

¹⁷⁶ Luiz Alberto David Araújo, *A proteção constitucional da própria imagem*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p.17-18, ao lado da *imagem-retrato* (imagem física), cunhou a expressão *imagem-atributo*, bem aceita pela doutrina brasileira, que envolve o indivíduo dentro das suas relações sociais, sendo aplicável à pessoa jurídica.

¹⁷⁷ Trata-se do retrato moral do homem, que revela os aspectos relacionados às expressões, capacidades, talentos, caráter, etc. da sua personalidade social, ou seja, a imagem que sobressai nas suas atividades profissionais, familiares, comunitárias, etc. Nesse sentido, Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 248, nota 564.

¹⁷⁸ *Ibid.*, mesma página, nota 566.

¹⁷⁹ Maria Helena Diniz, *Direito à imagem e sua tutela*, in *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 80, e *Curso de Direito Civil Brasileiro...*, v. 1, cit., p. 131; Hermano Duval, *Direito à imagem*, cit., p. 105; Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 248, especialmente nota 565, onde ressalta a importância da imagem de vida e da imagem de caráter nas representações biográficas das pessoas.

¹⁸⁰ Maria Helena Diniz diz que: “*Mesmo que não haja lucro em publicação, sempre será necessária a autorização do fotografado, sob pena de dano à imagem suscetível de reparação (RT, 626:106, 634:221).*” (*Direito à imagem e sua tutela*, in *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 94). Portanto, mesmo que o fotógrafo não almeje a obtenção de lucro com a fotografia, ainda assim é passível de reparação a publicação não autorizada. Nesse sentido, manifesta-se Gilberto Haddad Jabur, em *As limitações ao direito à própria imagem no novo Código Civil*, in *Questões controvertidas no novo Código Civil*, org. Mário Luiz Delgado e Jonas Figueiredo Alves, São Paulo, Método, 2003, p. 26-27: “*Está-se no domínio imaterial, único convivente com as especialíssimas e naturais sublimidades que ornamentam a pessoa. É da tribulação anímica ou do espírito turbado que se cuida, não do auferível proveito colhido pelo ofensor à custa da subtração da imagem do ofendido.*” V.: RT 629/106.

¹⁸¹ *Apud* Ferdinando Cionti, *La nascita...*, cit., p. 60.

É inegável que a imagem humana goza de importância vital, por exemplo, para a atividade publicitária¹⁸², particularmente no caso de pessoas famosas, cujos atributos físicos e de caráter são associados à determinada marca ou produto, com o propósito de incrementar a sua divulgação ou a sua venda, respectivamente.

Trata-se do proveito econômico pelo titular da imagem – artistas, modelos, pessoas da sociedade, atletas, etc. –, que cede a sua utilização para finalidades comerciais, como propagandas de toda natureza, filmes, televisão, etc.¹⁸³

Como explicita Emmanuel Dreyer, “*em todas as circunstâncias, a pessoa aporta, então, sua credibilidade a um produto ou a um serviço ao qual ela assegura a promoção.*”¹⁸⁴

Desse modo, as agências de publicidade realizam estudo metucioso do modelo, artista ou celebridade com o perfil adequado para o produto que pretende colocar no mercado, em busca da sintonia entre a imagem do modelo publicitário e a imagem do produto, no sentido de estimular o consumo pelo seu público-alvo.¹⁸⁵

Assim, quanto mais famoso for o modelo contratado para a publicidade, maior será o valor econômico da imagem¹⁸⁶, o que leva alguns publicitários desavisados a se utilizarem dela sem a devida contraprestação pecuniária, às vezes por ignorância, às vezes por má-fé.¹⁸⁷

¹⁸² Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto, *Direito à própria imagem*, cit., p. 21-23.

¹⁸³ Antônio Chaves, *Direito à imagem e direito à fisionomia*, in *Revista dos Tribunais*, v. 620, 1987, p. 8, que diz: “*Adquire o corpo e substância, ‘materializa-se’ assim este sentido do direito à imagem, antes disso apenas moral ou espiritual.*” Como assinalado na RT 836/304: “*O uso da imagem de uma pessoa pública se torna mais grave exatamente porque a vítima tem nela um patrimônio artístico e cultural que não pode ser utilizado sem seu consentimento.*”

¹⁸⁴ *L’image de la personne*, in *Droit de la presse*, cit., p. 33.

¹⁸⁵ Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia, *Direito à imagem na propaganda*, RDC 41:114.

¹⁸⁶ Antônio Chaves, *Direito à própria imagem*, RT 451:22, atesta que: “*A retribuição dependerá, para cada caso, da pessoa cujo semblante for aproveitado, da sua posição social, de sua beleza, de sua profissão, das disponibilidades da firma comercial, dos usos do lugar, no que diz respeito ao montante da retribuição etc.*”

¹⁸⁷ É comum o uso abusivo do direito à imagem, que, cedido pelo modelo para determinado veículo de comunicação, vem a ser empregado em outro meio (v.g., cedido para certa revista, é depois publicada em outra, não autorizada previamente).

Por isso, a doutrina e a jurisprudência têm revelado ser a hipótese mais freqüente de violação desse direito exatamente a apropriação da imagem alheia com propósitos publicitários ou comerciais.¹⁸⁸

Ao lado do direito à exploração comercial da imagem pelo seu titular, o artigo 20 do Código Civil igualmente tutela a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa, quando atingidas pelo uso indevido da sua imagem, ainda que existente prévia autorização para este fim.

Trata-se da defesa da personalidade humana contra todo acréscimo artificial e arbitrário do conhecimento da imagem além dos limites correspondentes à visão direta.¹⁸⁹

Mesmo que a pessoa consinta com a publicação do seu retrato, a mesma há de ser feita em perfeita consonância com esta autorização, sem qualquer distorção da imagem capaz de gerar prejuízo moral ao retratado. Portanto, o artigo 20 do Código Civil busca impedir a adulteração maliciosa, depreciativa ou delituosa do retrato, como, por exemplo, a montagem fraudulenta ou o desvirtuamento do contexto fotográfico.¹⁹⁰

Maria Helena Diniz argumenta que são vedadas quaisquer alterações materiais ou intelectuais da imagem, ressaltando que:

¹⁸⁸ Domenico Bellantoni, *Lesione dei diritti della persona*, Padova, CEDAM, 2000, p. 203; Emmanuel Dreyer, *L'image de la personne*, in *Droit de la presse*, cit., aduz que “a hipótese mais freqüente (da lesão à imagem) concerne ao desvio dos fins publicitários da imagem de uma pessoa.” V., ainda, Alcides Leopoldo e Silva Júnior, *A pessoa pública e o seu direito de imagem*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 43; Jaqueline Dias Sarmiento, *O direito à imagem*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 88; Sebastião Luiz Amorim, *Direito à própria imagem*, *Justitia*, v. 107, 1979, p. 63-67; e Teófilo Cavalcante Filho, *Direito à própria imagem*, *Revista de Direito Civil*, 1977, p. 151-151. Na jurisprudência: RT-STF 568/215 e 802/146; JTJ-Lex 138/176, 239/108, 263/199 e 259/149, entre outros.

¹⁸⁹ Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, cit., p. 266.

¹⁹⁰ José Serpa de Santa Maria de Santa Maria, *Direito à imagem, à vida e à privacidade*, Belém, CEJUP, 1994, p. 104-106. Assim, nos casos de lesão à imagem moral, a autorização dada pela pessoa fotografada não afasta a reparação pelo dano em razão do gravame sofrido, como o da fotografia de um casal, que supunha posar para um livro de arte, mas que veio a ser utilizada para ilustrar matéria sobre alcoolismo ou tabagismo (precedentes franceses citados por Emmanuel Dreyer, *L'image de la personne*, in *Droit de la presse*, cit., p. 24).

“Constitui atentado à imagem-atributo a inserção de foto de pessoa notória e bem-conceituada em revista pornográfica em ilustração de textos indecorosos; efetivação de montagens com acréscimos ou cortes; deformação da figura mediante truques fotográficos, com mudança de caracteres, atingindo as qualidades morais, intelectuais físicas, etc., que determinam o mérito da pessoa no meio em que vive; e, ainda, a insinuação de certas poses da pessoa em noticiário, dando idéia diversa de sua real personalidade.”¹⁹¹

O jornal O Estado de São Paulo, na edição de 27 de outubro de 2005, publicou notícia relatando a colocação de cartazes, em Brasília, com a figura do senador Jorge Bornhausen vestido de oficial de nazista, no qual se lia o seguinte texto: *“Vamos acabar com ‘este’ raça. Preto, pobre e operário nunca mais!”*

Ora, neste caso, não somente houve a fotomontagem, pela qual o rosto do senador foi colocado sobre o uniforme de um oficial nazista, como ocorreu inserção de frase discriminatória, não dita pelo político, com grave lesão à dignidade da figura pública, sendo o autor do cartaz passível de ser responsabilizado civilmente pela prática do dano à imagem.

Antônio Menezes Cordeiro menciona decisão de tribunal alemão, dando conta da ofensa à imagem-moral de um padre, cuja fotografia foi publicada por um jornal ao lado da notícia relativa a práticas sexuais com menores, sendo que o pároco nada tinha a ver com o assunto abordado pelo noticiário. A corte alemã, além de ordenar a recomposição da verdade, ainda condenou o periódico ao pagamento de dois mil marcos.¹⁹²

Diogo Leite de Campos, por seu turno, cita que, *“Nos EUA merece referência, entre outras, a condenação por difamação do autor da publicação da fotografia de um membro de uma associação folclórica, que desfilava coberto de plumas, para ilustrar artigo sobre ‘travestis’.”¹⁹³*

Se a exposição da imagem serve para construir a personalidade do indivíduo, emprestando credibilidade à sua figura no meio social, não raras vezes

¹⁹¹ Maria Helena Diniz, Direito à imagem e sua tutela, in *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 96-97.

¹⁹² *Tratado de Direito Civil português*, Coimbra, Almedina, v. 1, t. III, 2004, p. 195.

¹⁹³ *Lições de direitos da personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª ed., 1995, p. 73.

também causa a sua destruição, em decorrência de publicações infundadas, maliciosas, deformadas ou injuriosas.

Isto ocorreu no caso conhecido da “Escola Base”, cujo inquérito policial, instaurado para apuração de delitos sexuais contra alunos de terra idade, pretensamente praticados por proprietários e funcionários da escola, acabou sendo arquivado, conquanto a mídia já tivesse condenado os investigados em muitas e extensas matérias jornalísticas.¹⁹⁴

Assim, compete aos tribunais agir com maior rigor nos casos de ofensa à imagem moral, adotando providências para impedir ou fazer cessar a ação lesiva, com fundamento nos artigos 12, 21 e 927 do Código Civil, sem prejuízo da posterior reparação causado pelo ofensor, por ser mais premente a necessidade da preservação da imagem nessas hipóteses, nas quais é afetada, de maneira incisiva, a dignidade da pessoa humana.¹⁹⁵

Sintetizando o conteúdo do direito à imagem, é possível afirmar que ele visa a tutelar: a) a faculdade, absoluta e exclusiva, que toda pessoa tem de não ser fotografada sem o devido consentimento, podendo exigir de outrem o respeito a esse direito; b) a possibilidade que o indivíduo tem de tirar proveito econômico da própria imagem, pela cessão do seu uso para finalidades publicitárias ou comerciais (aspecto funcional da imagem); c) o exercício e a conservação da imagem moral que todo sujeito possui no meio social (no aspecto afetivo, social, religioso, familiar, político, identificativo, etc.), impedindo que a sua personalidade seja alterada material ou intelectualmente, causando prejuízo à reputação ou ao prestígio social.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Sobre o caso, confira-se Gilberto Haddad Jabur, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, São Paulo, RT, 2000, p. 184-185.

¹⁹⁵ Emmanuel Dreyer, *L’image de la personne*, in *Droit de la presse*, cit., p. 6, diz que: “*Através da manipulação da imagem física da pessoa está diretamente em causa sua imagem social; não mais a que deseja esconder, mas aquela que quer transmitir a terceiros, e para a qual é livre para construir como bem entender.*”

¹⁹⁶ Sobre o item c, confira Maria Helena Diniz, *Direito à imagem e sua tutela*, in *Estudos de direito de autor...*, p. 81, onde observa que: “*O direito de construir sua imagem é um dos modos pelos quais o princípio da exclusividade da escolha pessoal se manifesta de modo mais acentuado.*”

2. Natureza e enquadramento do direito à imagem

A própria imagem é direito da personalidade, pois constitui um dos valores *acastelados no próprio homem*¹⁹⁷, sendo, como tal, dotado das características de um direito subjetivo, absoluto e exclusivo do seu titular, ou seja, representado pelo poder que cada um tem de exigir do próximo o respeito à sua imagem física ou moral, podendo valer-se dos meios processuais adequados à sua defesa.

No Brasil, após a vigência da Magna Carta de 1988 não mais se discute a questão da autonomia do direito à imagem, a qual é contestada, entretanto, em França, como foi esclarecido no tópico relativo ao direito comparado, ante a inexistência de preceito específico de tutela da imagem, inferida do artigo 9º, do Código Civil, com a redação da Lei n. 70.643, de 17 de julho de 1970.¹⁹⁸

A respeito, atesta Luiz Alberto David Araújo que, *“por força do novo ordenamento constitucional, pode-se afirmar, com tranqüilidade, que a imagem é bem distintamente protegido, merecendo regulamentação própria e autônoma.”*¹⁹⁹

Portanto, poderá existir ofensa à imagem sem que haja lesão a outro direito conexo, uma vez que o dano decorre da simples utilização indevida da imagem sem autorização do titular, independentemente da demonstração de prejuízo material ou moral.²⁰⁰

¹⁹⁷ Expressão de Carlos Alberto Bittar, Direito à imagem, *Revista de Direito Civil*, v. 10, 1979, p. 235-238.

¹⁹⁸ Patrick Auvret, Protection civile de la personnalité, in *Droit de la presse*, trad. Maria Tereza Xavier Moreira, Litec, 1999, p. 4 ; e Emmanuel Dreyer, L'image de la personne, in *Droit de la presse*, cit., p. 5-6.

¹⁹⁹ Justificando sua posição, o ilustre Professor elucida: *“Realmente, o sistema constitucional brasileiro assegura, em seu inciso X, vários bens: intimidade, vida privada, honra e imagem. O constituinte cuidou de forma distinta de cada um desses bens e, ao colocá-los lado a lado, deu autonomia à imagem, resolvendo questão que atormentava a doutrina. Imagem, dessa forma, é distinta de intimidade, de honra, de vida privada. Se não pretendesse dar autonomia à imagem, não a colocaria ao lado de outros bens, bastando assegurar a proteção.”* (*A Proteção Constitucional da Própria Imagem*, cit., p. 74).

²⁰⁰ Esta é a posição do Superior Tribunal de Justiça, como se vê, entre outros, da RT 760/211. Nem sequer o fato da inexistência do lucro com a sua divulgação afasta a indenização devida pelo uso não autorizado da imagem, pois o prejuízo está na própria violação, *na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular* (RT 714/253).

Embora seja autônomo, em algumas hipóteses, o direito à imagem aparece coligado a outros direitos, como à honra, à vida privada ou à intimidade, à identidade pessoal e ao direito de autor e ao de arena.²⁰¹

Na verdade, considerada a abrangência do direito geral da personalidade, é comum a circunstância de distintos tipos de direitos aparecerem entrelaçados²⁰², sendo difícil delimitar a esfera de um e de outro, como ocorre freqüentemente entre o direito à honra e o direito à imagem, e entre este e o direito à intimidade, ou mesmo em situações que envolvem a concorrência desses três direitos de uma só vez.

O emprego de teleobjetivas pelos fotógrafos enseja corriqueiramente a ofensa à imagem e à intimidade da pessoa fotografada, como no caso de Jacqueline Onassis, retratada nua durante um banho de sol na praia de Skorpios²⁰³; e, também, no precedente relativo à princesa Soraya Esfandiari, imperatriz da Pérsia, que vivia no exílio, depois do repúdio devido à sua esterilidade, cuja imagem foi captada no interior da sua vila romana, quando trocava afeto com o seu organizador²⁰⁴.

Em tais hipóteses, fica evidente a necessidade do respeito à imagem e à vida privada das fotografadas, que, embora famosas, tiveram a sua imagem captada quando estavam no âmbito da sua intimidade, sendo a publicação, de nítido caráter comercial, efetuada sem o seu consentimento.²⁰⁵

²⁰¹ Maria Helena Diniz, Direito à imagem e sua tutela, *Estudos de direito de autor...*, p. 82-89; Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995, p. 90-91. Na jurisprudência, convém ressaltar o seguinte julgado: “O direito à imagem é um direito autônomo. Existe e tem proteção em si mesmo. Nada impede, porém, venha atrelado a outro, como, **verbi gratia**, à honra e é isso que comumente acontece.” (JTJ-Lex-287/128).

²⁰² Noção de Guido Alpa, *La disciplina dei dati personali*, Formello, 1998, p. 23.

²⁰³ René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 86.

²⁰⁴ Guido Alpa, *La disciplina dei dati personali*, cit., p. 34-38.

²⁰⁵ A respeito, escreve Josef Kohler, *A própria imagem no direito*, tradução Walter Moraes, *Justitia*, v. 79, 1972, p. 30, que a pessoa notória não deve ser fotografada na sua intimidade, pois, a “ninguém é permitido retratar outrem no banho ou no quarto de vestir, para a publicidade.”

A ofensa à imagem moral do indivíduo não pode ser enquadrada no direito à honra, como adverte Luiz Alberto David Araújo, por constituir a imagem um bem autônomo.²⁰⁶

Mas revela-se comum a lesão à honra da pessoa através da utilização da imagem, seja quando esta aparece deformada, a suscitar “*ridículo, desprezo e repugnância ou em posição que gere tais sentimentos*”²⁰⁷, seja quando ocorre o deslocamento da figura humana contida na fotografia para outro cenário (imagem de político transferida de lugar público para um bar), seja, enfim, quando haja inserção de legenda ou comentário injurioso na foto.²⁰⁸

A respeito, já se decidiu que:

*“A revista de caráter comercial de grande circulação que insere imagem não autorizada de indivíduo em reportagem de conteúdo depreciativo viola seu direito à imagem e deve indenizá-lo em montante superior ao valor dos lucros obtidos diretamente em razão da prática do ato ilícito, de forma a evitar que, mesmo com o pagamento da verba, ela obtenha proveito econômico.”*²⁰⁹

Na espécie, cuida-se de tutelar a honra da pessoa retratada, identificada no valor social dos seus predicados morais, ou seja, nas aptidões e capacidades que o indivíduo ostenta dentro da comunidade, com prejuízo ao decoro ou à reputação do mesmo.²¹⁰

Em acréscimo, cabe mencionar interessante decisão da 1ª Câmara Civil de Mendoza, na Argentina, que delineia, com precisão, a distinção entre a imagem e a honra:

²⁰⁶ *A proteção constitucional da própria imagem*, cit., p. 35, onde alude que: “*ser bom ou mau cirurgião pouco ou nada tem a ver com a honra.*”

²⁰⁷ Paolo Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, UTET, 1959, p. 94.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 95, cita o caso do fotograma de famoso ator usado no comercial da Magnésia S. Pellegrino. Este mesmo exemplo é citado por Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, cit., p. 280. V., ainda, Maria Helena Diniz, Direito à imagem e sua tutela, *Estudos de direito de autor...*, p. 95-97.

²⁰⁹ RT 822/236, do qual se colhe o seguinte excerto do acórdão: “*manifesto o dano moral resultante da divulgação, não autorizada, da imagem do autor em revista de grande circulação, com divulgação da sua fotografia acompanhada de comentários depreciativos sobre seu modo de vestir.*”

²¹⁰ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 301-305. Diz Paolo Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 98, que, lesivo à reputação será o ato capaz de diminuir a estima que a pessoa atingida gozava no seu meio social.

“Resulta irrelevante resolver si la fotografía fue tomada con el consentimiento de la actora, al no haber alegado ésta violación del derecho su imagen por la publicación de una foto por el medio gráfico. El honor es la autoestima y la reputación o fama ante los demás. La imagen es la representación visual de la figura humana, por tanto, el honor tiene un radio propio, no confundible con la imagen aunque puede darse el ataque a ese bien a través de la publicación de ésta.”²¹¹

É indispensável assinalar que o direito à imagem prevalece sobre o direito do autor ao retrato, a pintura, a escultura, etc. Uma vez que o sujeito é tutelado contra a publicidade da sua imagem, o direito de autor fica privado de conteúdo, porquanto este não existe sem aquela. No caso, subsiste o direito essencial da imagem, de natureza extrapatrimonial, sobre o direito patrimonial do autor.²¹²

O direito à imagem também não se confunde com o direito de arena, pois este é limitado à fixação, transmissão e retransmissão do espetáculo do qual participe o esportista, que tem sua imagem subtraída durante o evento que ajuda a criar; nesta condição, o direito de arena pertence à entidade que promove o evento e aufera o lucro correspondente, pagando um percentual deste aos seus participantes.²¹³ O direito à imagem do atleta não se limita ao espetáculo, pois é mais amplo, e pertence integralmente ao seu titular, que pode explorá-lo comercialmente como bem lhe aprouver.²¹⁴

²¹¹ Acórdão n. 98190091, julgado em 29-10-1998, Silvia Catalán Gonzalez contra Diário Los Andes, Magistrados VIOTTI-CATAPANO, em <http://www.jus.mendoza.gov.ar/documental/jurisprudencia/consultas>, em 15/10/2005.

²¹² Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, cit., p. 263; Maria Helena Diniz. *Anotações de aula no curso direitos da personalidade: questões polêmicas*, PUC-SP, 1997; e Direito à imagem e sua tutela, *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 86-87, onde anota que: “Os direitos dos artistas, intérpretes e executantes são conexos aos dos escritores, pintores, compositores, escultores etc. (art. 89 da Lei n. 9.610/98); logo, podem impedir a utilização indevida de suas interpretações, bem como de suas imagens, qualquer que seja a forma de comunicação ao público.” (literal, p. 87).

²¹³ Assim reza o art. 28, parágrafo 7º, da Lei n. 9.615/98, com a redação conferida pela Lei n. 10.672/03.

²¹⁴ Maria Helena Diniz, *Direito à imagem e sua tutela*, *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 88-89. Nesse sentido, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça: “Constitui violação ao Direito de Imagem, que não se confunde com o de Arena, a publicação, carente de autorização dos sucessores do de cujus, de fotografia do jogador em álbum de figurinhas alusivo à campanha do tricampeonato mundial de futebol, devida, em consequência, a respectiva indenização, ainda que elogiosa a publicação.” (Recurso Especial n. 113.963/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 20/09/2005; DJU de 10/10/2005, p. 369).

Frisa-se, enfim, que a ocorrência de mais de um dano a direito da personalidade, em consequência do ato do ofensor, modifica a avaliação do montante indenizatório, pois cabe ao juiz considerar tal circunstância ao arbitrar o valor dos prejuízos morais sofridos pelo ofendido.²¹⁵

3. Os sujeitos nas relações jurídicas atinentes à imagem

Já foi visto anteriormente que a ordem jurídica assegura à pessoa humana a faculdade de defender, por meio de ação judicial, os bens ou valores essenciais da personalidade, ao mesmo tempo em que impõe às demais o cumprimento de um dever jurídico de abstenção de ofensa ou ameaça daqueles direitos da personalidade, que são também direitos absolutos.

3.1 Sujeito ativo

Assim, o *sujeito ativo* nas relações jurídicas que tem por objeto a imagem é todo e qualquer homem, pois ela constitui um dos bens jurídicos que integram a personalidade humana.²¹⁶

O direito à imagem acompanha o homem desde a concepção, projetando-se para além da sua morte, pois a personalidade física e moral precede o nascimento da pessoa, e subsiste mesmo após a extinção da personalidade jurídica, operada com a sua morte.²¹⁷

²¹⁵ Regina Sahn, *Direito à imagem...*, cit., p. 187.

²¹⁶ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 360. O autor salienta que os direitos da personalidade pressupõem relação de respeito recíproco, que é uma relação jurídica fundamental, base de toda convivência social; e, transcrevendo ensinamento de Karl Larenz, afirma que o direito ao respeito é atribuível a todo indivíduo como pessoa (*ob. cit.*, p. 559, nota 119).

²¹⁷ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 161 e 188-193. Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela civil do nascituro*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 321, enfatiza que: “os direitos da personalidade não começam com o nascimento nem terminam com a morte. Iniciam-se desde a concepção e ultrapassam a morte.” José Serpa de Santa Maria, por sua vez, assinala: “Excogitamos, portanto, da imagem nesta visão de vibrante proeminência, fitando-a mais como a projeção espacial de uma vivência. Aquela que adensa a nossa personalidade e nos acompanha do berço ao túmulo e que já se pode visualizar em certa fase da gestação.” (*Direito à imagem, à vida e à privacidade*, cit., p. 15).

Como valor integrante da personalidade, segue a pessoa natural ao longo do seu processo evolutivo, sendo titular deste direito o homem adulto no gozo pleno da sua capacidade civil, o nascituro, a criança, o adolescente, o idoso, o doente, o deficiente, e também o defunto, segundo defluiu da classificação precisa de Rubens Limongi França já referida no trabalho.²¹⁸

Admitido, como premissa, que o início da personalidade jurídica ocorre no momento da concepção, ao embrião, ou ao **nascituro**, são assegurados certos direitos compatíveis à condição de concebido, entre eles o direito à imagem e o direito à honra, que podem ser defendidos mesmo ante os próprios pais.²¹⁹

Atualmente, há equipamentos que permitem visualizar a figura humana no ventre materno, sendo que esta pode ser obtida por aparelhos de ultrassonografia, ou por minúsculas câmaras fotográficas, o que torna indispensável a autorização dos pais ou do curador para a captação, utilização ou publicação da sua imagem, pois a sua ausência resulta em ato ilícito, passível de reparação civil.²²⁰

Constitui exemplo comum na doutrina a hipótese debatida na Conferência dos Advogados da Corte de Paris, relatada por Raymond Lindon, relativo ao caso de “*uma criança que, depois de maior, reclamou indenização à sua*

²¹⁸ Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 62-63, cita o processo gradual de especificação das diferenças, esclarecendo que: “Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais, etc.”

²¹⁹ A respeito dos direitos do nascituro: Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela civil do nascituro*, cit., p. 161-175 e 291-321; Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 2002, p. 113-127; e Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 162-163 e 363-364.

²²⁰ Silmara J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela civil do nascituro*, cit., p. 321; Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 126; e Direito à imagem e sua tutela, *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 104. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, *A pessoa pública e o seu direito de imagem*, cit., p. 38, alega a inexistência do direito à imagem pelo nascituro, asseverando que: “O direito de autorizar a filmagem ou fotografia do feto, obtida através de ultra-sonografia ou qualquer outro meio, é exclusiva da mãe, pois no seu corpo está inserido, a quem está umbilicalmente ligado, ainda que se trate de ser distinto.”

*mãe, por haver autorizado a publicação da radiografia feita quando ela estava em estado de gestação e sobre aquele interesse surgido em estado de foetus.*²²¹

O artigo 10, parágrafo 2º, do Estatuto do Idoso assegurou o direito ao respeito à **pessoa idosa**, que compreende a preservação da sua imagem.

No aludido dispositivo, transparece o propósito do legislador em evitar atitudes discriminatórias ou depreciativas às pessoas de idade mais avançada, garantindo-lhes o respeito e a dignidade que merecem.

Para exemplificar a violação à imagem do idoso, menciona-se a publicidade de empresa de telefonia celular, mostrada na televisão, em que uma senhora aparece viajando no banco de trás de um carro entre duas jovens, sendo que o locutor, após dizer que ela é do tempo do celular, sugere que compre o aparelho da marca anunciada, deixando “*esse trem velho para lá*”.²²²

A comparação entre um aparelho da marca x e o da marca y, dando a entender que x é moderno e y ultrapassado, sendo a pessoa idosa identificada nesta última condição, constitui ofensa à imagem coletiva dos idosos, pois, como é notório, ocupam posição importante na sociedade atual, sendo muitas vezes o esteio da família, de modo que não merecem ser tratados como objetos descartáveis.

A proteção do direito à imagem do **doente**²²³ há de ser também reforçada, pois a pessoa que se encontra em situação de frágil saúde não pode ser exposta ao público, ressalvada a autorização expressa do efigiado.

Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou empresa que estampou a foto de paciente submetido a exame coronariano no folheto de

²²¹ Jacques Ravanans, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978, p. 444, nota 217. Idem : René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada*, cit., p. 94.

²²² Em http://www.conar.or.br/html/decisões_e_casos/2004_mar.htm.

²²³ Diz Pierre Kayser, citado por Silma Mendes Berti, *Direito à própria imagem*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 135, que: “*uma doença não deve ser objeto de divulgação, em particular através da imagem.*”

publicidade do plano de saúde, sem o consentimento do retratado, eis que a divulgação o transformou em motivo de chacotas entre seus colegas.²²⁴

No tocante à **peessoa portadora de deficiência física ou mental**, a exposição da imagem deve respeitar as limitações de agir desta ou daquela maneira e as dificuldades de discernir a conduta normal a ser seguida.

Na espécie, há de prevalecer o direito ao respeito à diferença da pessoa portadora de deficiência, como ensina Silma Mendes Berti, ressaltando que, na medida do possível, deve ser preservada a sua autonomia de vontade, pois, mesmo sob regime de proteção, o deficiente conserva sua personalidade e goza dos direitos a ela inerentes.²²⁵

Assim entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar ação indenizatória promovida por consagrado ator em face de certa revista:

*“Artista que, sem as duas pernas, é entrevistado, tendo solicitado à reportagem que não expusesse seu defeito físico, não sendo atendido, faz jus a indenização por danos morais e por ofensa à imagem.”*²²⁶

Conforme seja parcial ou total o déficit de compreensão pelo deficiente mental, caberá aos pais, se menor, ou ao curador, se maior, a quem a lei outorga o

²²⁴ RT 804/205. Marco Fridolin Sommer Santos, em *A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 34-35, assim relata julgamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (RDTJRJ, 14/190), envolvendo divulgação de notícia sobre artistas que teriam contraído AIDS: “No litígio, ‘um artista renomado, permanentemente exposto à ribalta, desfrutando do prestígio do seu talento, alega que as rês, empresas de comunicação de massa, alcançaram a sua intimidade, a sua vida privada, a sua honra e a sua imagem, divulgando, com reincidência, notícia sobre boatos de que havia contraído AIDS.’ O r. acórdão, ao expor os fatos, relata que ‘a primeira manchete, na capa da revista A., faz referência aos doentes com AIDS na TV e na música, publicando fotografias de diversos artistas, incluindo o apelante, encimadas pela legenda ‘Como os artistas se defendem da doença’. A segunda, já com a informação negativa do apelante, reproduz a sua entrevista no interior, tem na manchete: ‘A AIDS de N.M. M.N. e C.V.’. apreciando esses fatos, o Relator do julgado, Desembargador Carlos Alberto Menezes, afirma que ‘é evidente (...) que a divulgação da notícia (...) sobre a enfermidade grave de qualquer pessoa, viola os direitos subjetivos privados acolhidos pelo art. 5º, X, da CF. Não é lícito aos meios de comunicação de massa tornar pública a doença de quem quer que seja, pois tal informação está na esfera ética da pessoa humana, é assunto que diz respeito à sua intimidade, à sua vida privada, lesando, ademais, o sentimento pessoal da honra e do decoro.’” O acórdão encontra-se publicado também na RT 693/198.

²²⁵ *Direito à própria imagem*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 135 e 142.

²²⁶ RT 700/144.

poder de zelar pela pessoa nesta condição, suprir ou autorizar a utilização da imagem daquele, sem prejuízo da fiscalização do Ministério Público, cuja atuação é indispensável em face do interesse do incapaz.²²⁷

Releva consignar que a tutela da imagem do deficiente faz sentido na medida em que seja ressaltada de forma negativa ou pejorativa a diferença para as demais pessoas; mas não quando a acentuação desta diferença sirva a enaltecer, por exemplo, “*a força de vontade de um homem que, superando suas limitações físicas, se fez vencedor no esporte que elegeu para praticar*”, evidenciando “*um exemplo de ser humano e de possibilidade de desafiar-se e superar as próprias limitações e dificuldades, logrando êxito naquilo que se estabelece como meta.*”²²⁸

A morte, pondo fim à personalidade jurídica, representa a extinção do direito à imagem da pessoa, visto que este é de exercício pessoal, e, conseqüentemente, só pode ser invocado e defendido, em vida, pelo próprio titular.²²⁹

Portanto, ante a natureza personalíssima, somente o próprio sujeito, em vida, pode dispor do direito à imagem, sem prejuízo das hipóteses de representação legal, como nos casos envolvendo incapazes.

Relativamente à **pessoa falecida**, o artigo 20, parágrafo único, do Código Civil, atribui legitimidade ao cônjuge, aos ascendentes ou aos descendentes para a defesa da imagem do *de cuius*, seja para dar prosseguimento à ação

²²⁷ Alcides Leopoldo e Silva Júnior, *A pessoa pública e o seu direito de imagem*, cit., p. 37, salienta que o incapaz não deve ser exposto “*a ridículo, perigo ou qualquer outra situação constrangedora ou abusiva a sua dignidade e condição*”. Em recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o Superior Tribunal de Justiça decidiu: “*O Município, ao utilizar a foto de estudante da rede pública de ensino, portador de deficiência, para ilustrar periódico, sem a devida anuência dos pais do infante, viola direito personalíssimo, que garante ao indivíduo o direito de se manter distante de qualquer publicidade indesejada e resguardar sua privacidade, sendo devida, portanto, indenização por dano moral pelo uso indevido de imagem.*” (RT 840/232).

²²⁸ Trechos do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70007790967, Porto Alegre, Relator Desembargador Nereu José Giacomolli, julgado em 07 de abril de 2004.

²²⁹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra, Almedina, 2004, t. III, p. 203, v. 1, reproduz decisão da Corte Suprema de Portugal, de 08 de novembro de 2001, nesse sentido. Confira-se, ainda, Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, tradução de Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 3ª. ed., 1997, p. 184: “*a legitimação a dispor do uso da imagem será, em regra, somente do efigiado, quando o uso não comporta ao mesmo tempo um grave prejuízo à honra, ao decoro e à reputação do inteiro grupo (familiar).*”

porventura intentada em vida, seja para ajuizar demanda por uso indevido ou ofensivo à imagem do morto.

Existindo norma expressa quanto aos legitimados à defesa da imagem (artigo 20, parágrafo único, CC), não cabe a aplicação da regra geral contida no artigo 12, parágrafo único, do Código Civil, conforme o item 1, do enunciado n. 5, da Jornada de Direito Civil, do Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, assim redigido:

“As disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se, inclusive, às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas.”

Na hipótese, não há propriamente transmissibilidade do direito à imagem da pessoa falecida aos seus sucessores, mas um direito novo, que surge para os parentes, de tutela do sentimento de piedade familiar e da honra da família.²³⁰

Destarte, o fundamento desta legitimação reside na preservação da memória do falecido²³¹, pois, parece certo que o legislador reconhece a existência de um direito de proteção recíproco aos membros da família.²³²

²³⁰ Nesse sentido é a lição de Adriano de Cupis, *in I Diritti della personalità*, cit., p. 294. V., ainda, Luiz Alberto David Araújo, *A proteção constitucional da própria imagem*, cit., p. 88. Vale citar, outrossim, a lição de Gustavo Tepedino et alli, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 1, 2004, p. 133: *“O parágrafo único do art. 20 estende, de certa maneira, a legitimidade para defesa da imagem e da honra, ultrapassando a figura singular do lesado. Mas não se não se configura aí, uma negação à intransmissibilidade que é própria dos atributos da personalidade.”*

²³¹ Jacqueline Sarmento Dias, *O direito à imagem*, cit., p. 122, diz que, no caso, *“Estamos diante do prolongamento do direito da pessoa que faleceu.”*

²³² Maria E. Rovira Sueiro, *El derecho a la propia imagen*, cit., p. 133. Nesse sentido, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça: *“Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí por que não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feia à memória e à imagem de falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo.”* (RT 789/201).

A ***pessoa jurídica*** também possui direito à reparação por dano causado à imagem²³³, de cuja lesão resulte em ofensa à sua honra objetiva ou à sua boa reputação, ao seu crédito e à sua fama, ferindo, assim, “*sua credibilidade social, idoneidade empresarial, potencialidade econômica, capacidade de produção de lucros, qualidade do fundo de comércio etc.*”²³⁴

Porém, cumpre atentar para o fato de que os fundamentos dessa reparação são distintos do dano causado à pessoa física, pois, enquanto a proteção desta decorre da necessidade da manutenção de sua integridade psicofísica, para a pessoa jurídica prevalece uma preocupação exclusiva com os aspectos econômicos, derivados da depreciação que a ofensa ao seu prestígio possa ocasionar aos seus lucros.²³⁵

Assim, se as pessoas físicas beneficiam-se dos direitos da personalidade qualquer que seja a sua idade, sua condição ou sua nacionalidade²³⁶, já que eles são direitos inerentes à personalidade humana²³⁷, para as pessoas morais caberá a proteção legal de interesses correlatos, como à imagem social e à privacidade de dados, amparada no artigo 52 do Código Civil, desde que

²³³ O artigo 52 do Código Civil reza: “*Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.*” A Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça dita que “*a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.*”

²³⁴ Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro...*, v. 1, cit., p. 260-261. Confira-se, ainda, Aparecida I. Amarante, *Responsabilidade civil por dano à honra*, Belo Horizonte: Del Rey, 6ª ed., 2005, p. 218. A jurisprudência vem se consolidando nesse sentido: RT 725/241; RT 725/336; RT 727/123; RT 733/297. Contra: RT 726/392.

²³⁵ A respeito do tema, são dignos de registro os comentários ao artigo 52 do Código Civil, em Gustavo Tepedino et alli, *Código Civil interpretado...*, v. 1, cit., p. 133; e Renan Lotufo, *Código Civil comentado*, São Paulo, Saraiva, v. 1, 2003, p. 148-154, no qual o autor destaca que “*a moral não é um bem extrapatrimonial; a moral é algo integrante da personalidade humana e, portanto, é algo transcendente, que não pode ser levado à objetividade de um bem, no sentido específico de compor patrimônio.*”

²³⁶ Diz René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada...*, cit., p. 92, que: “*o sujeito é a pessoa natural, independentemente de idade, sexo, condição social e atributos que a possam distinguir da demais.*” Esta é a lição de Patrick Auvret, *Protection civile de la personnalité*, em *Droit de la presse*, cit., p. 11.

²³⁷ Emmanuel Dreyer, *L’image de la personne*, in *Droit de la presse*, cit., p. 30, chama a atenção para o fato de que: “*Na realidade, fixada ou não em um suporte, a imagem exprime a personalidade do sujeito, e não se distingue dele.*”

comprovado o dano, sem que isto represente o rompimento da doutrina dos direitos da pessoa, duramente construída ao longo dos séculos.²³⁸

3.2 Sujeito passivo

No que toca ao **sujeito passivo**, cumpre recordar que o direito à imagem, como um dos valores da personalidade, constitui um direito subjetivo absoluto, portanto, com eficácia *erga omnes*. Todo aquele que não seja o titular da imagem – único que pode dispor sobre a utilização da mesma – tem o dever de respeitá-la. Trata-se, pois, de um direito subjetivo *excludendi alios*.²³⁹

Caracteriza-se a sujeição passiva com a ameaça ou a violação do ato contrário ao direito, consistente na captação, na reprodução, na publicação ou na divulgação da imagem alheia, sem a autorização do respectivo titular; de modo ofensivo à honra ou ao decoro da pessoa retratada; ou, ainda, quando sejam extrapolados os limites estipulados em contrato, decorrente do abuso do direito consentido naquele instrumento.²⁴⁰

4. Limitações do direito à imagem

Josef Kohler adverte que, na seara dos direitos da personalidade, a pessoa tem de suportar certos limites, pois as suscetibilidades não têm lugar no Direito, sendo que, de um modo ou de outro, a pessoa um dia cai na publicidade, devendo aceitar este sacrifício, que se ajusta ao comércio jurídico sadio.²⁴¹

²³⁸ Gustavo Tepedino et alli, *Código Civil interpretado...*, v. 1, cit., p. 133; e de Renan Lotufo, *Código Civil comentado*, v. 1, cit., p. 148-154.

²³⁹ Maria Helena Diniz, *Anotações de aula no curso direitos da personalidade: questões polêmicas*, PUC-SP, 1997.

²⁴⁰ Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, cit., p. 89; Maria Helena Diniz, *Direito à imagem e sua tutela*, in *Estudos de direito de autor...*, p. 95.

²⁴¹ *A própria imagem no direito*, trad. Walter Moraes, *Justitia*, v. 79, 1972, p. 26.

Os limites do direito à própria imagem podem ser voluntários ou forçados. Os primeiros decorrem do consentimento expresso ou tácito do respectivo titular, enquanto os demais advêm de restrições impostas ao aludido direito em razão do interesse público, em que a exigência social reclama o conhecimento da imagem da pessoa.²⁴²

Estas hipóteses configuram causa de exclusão da ilicitude na divulgação do retrato alheio, porquanto a sua utilização pode ser justificada pelo ato de vontade do retratado ou pela lei, conforme o caso, com o afastamento, assim, da responsabilidade civil daquele que torna pública a imagem física ou moral de outrem.

4.1 Restrições voluntárias – uso consentido da imagem pelo seu titular

O *consentimento da pessoa ao uso da própria imagem* revela a possibilidade de disposição parcial do direito pelo titular, que autoriza a exposição, reprodução ou colocação no comércio do seu retrato²⁴³, ao qual se faculta, inclusive, obter proveito econômico da utilização do seu emprego por terceiro.

A interpretação desta permissão há de ser restritiva, jamais extensiva, por se tratar da limitação de um direito absoluto, de forma de que, autorizada a exposição do retrato na vitrine do fotógrafo, este não poderá, por exemplo, reproduzi-lo em cartões postais.²⁴⁴

Ademais, não se presume a autorização, demandando comprovação da existência por parte do responsável pela divulgação da imagem, mesmo que a publicidade não seja vexatória ou que dela não resulte lucro para quem indevidamente a explorou com tal desiderato.²⁴⁵

²⁴² Expressão de Adriano de Cupis, *in I Diritti della personalità*, cit., p. 270.

²⁴³ *Ibid.*, p. 268.

²⁴⁴ *Ibid.*, mesma página; Paolo Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, UTET, 1959, p. 60. Josef Kohler afirma que, autorizada a reprodução para fins artísticos, a mesma não poderá ser usada para fins de comércio. (*A própria imagem no direito, Justitia* 79:33).

²⁴⁵ Assim consta da JTJ-Lex-282/190, com menção a outro julgado de igual teor, em RJJESP 103/95.

Percebe-se, então, que a exploração da imagem da pessoa depende de uma autorização expressa e especial – assim como para os demais direitos da personalidade – e, neste caso, nenhum consentimento pode ter o alcance de uma autorização geral, valendo apenas no limite específico para a qual foi consentida a captação ou a divulgação pelo retratado.²⁴⁶

A cessão do direito à imagem, especialmente se onerosa, deve ser objeto de um contrato, no qual as partes estipulem as finalidades da autorização de uso (objeto), o prazo de duração²⁴⁷, a remuneração do cedente e as condições de renovação.²⁴⁸

Após explicar que a contratação de modelos é feita geralmente por uma agência de publicidade, que age por conta e ordem do anunciante, Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia refere que no contrato de utilização de imagem impõe-se limitação do uso a determinado produto, sendo vedado o emprego para outro, diverso do objeto contratado, dando-se exclusividade ao contratante – que será

²⁴⁶ Patrick Auvret, *Protection civile de la personnalité*, in *Droit de la presse*, cit., p. 20 ; e Emmanuel Dreyer, *L'image de la personne*, in *Droit de la presse*, cit., p. 37, amparados na jurisprudência francesa. É interessante transcrever a advertência que Roberto Schultz faz aos publicitários, em *O publicitário legal*, Rio de Janeiro, Qualitymark, 2005, p. 204: “Quando a modelo cedeu o seu rostinho bonito para aquela peça que você jurou a ela que seria veiculada apenas na Internet, não venha depois dizer que ‘pensou que podia’ veicular também na televisão, ou naquela revista que tem uma ilha onde todo o mundo passa o final de semana tirando fotografias. Não podia. Se você pagou a modelo para usar o rosto dela na Internet, o negócio é interpretado restritivamente, ou seja, vale só para a Internet. Entendeu, agora, esse informal publicitário, a importância do tal contrato definindo tudo?” Nesse sentido, JB 187/233: “A voluntária adesão da demandante para se deixar fotografar durante as filmagens, não induz, por si só, na falta de previsão contratual expressa, à autorização para o emprego da imagem em publicações promocionais diversas da apresentação da obra à porta dos cinemas.”

²⁴⁷ O prazo para utilização da imagem há de ser razoável, ante a natureza do direito envolvido no contrato, podendo ser considerado caduco caso ocorra mudança na situação pessoal do fotografado (Patrick Auvret, *Protection civile de la personnalité*, in *Droit de la presse*, cit., p. 21). Maria E. Rovira Sueiro, em *El derecho a la propia imagen*, cit., p. 85, aduz que a vigência *sine die* do consentimento contraria o princípio geral de proteção do direito à imagem. Idem: Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, cit., p. 92.

²⁴⁸ Maria Helena Diniz, *Direito à imagem e sua tutela*, *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 93; Maria E. Rovira Sueiro, *El derecho a la propia imagen*, cit., p. 75; Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto, *Direito à própria imagem*, cit., p. 65, que define este contrato – dito inominado – como aquele em que “o titular da imagem franqueia ao usuário, mediante remuneração, o uso e desfrute da coisa que lhe pertence.” Por sua vez, Antônio Chaves explicita que “a imagem, embora integrando a personalidade, quando ‘projetada’ ou materializada em fotos, filmes, posters, quadros, etc., dela se destaca, passando a ser coisa, e como tal recebendo tratamento.” (Direito à imagem e direito à fisionomia, RT 620:10). Também para Walter Moraes, *Direito à própria imagem* (II), RT 444:19, e Hermano Duval, *Direito à imagem*, cit., p. 136, trata-se de contrato inominado ou atípico o de cessão do uso da imagem.

simples, se for para produtos congêneres, ou total – se destinada a evitar o uso da imagem do modelo para todo e qualquer produto.²⁴⁹

O consentimento ao uso da própria imagem dado a terceiro pode ser, ainda, *tácito* ou *implícito*. Isto ocorre, *v.g.*, quando a modelo participa de certo desfile de moda²⁵⁰, recebendo o seu cachê no próprio ato²⁵¹; e, também, quando o jogador de futebol permite ao torcedor fotografá-lo para o arquivo pessoal deste.²⁵²

Mas a permissão tácita há de receber tratamento ainda mais rigoroso no que tange aos seus limites, impondo-se o ônus da prova ao usuário do retrato, sendo inadmissível a presunção da sua existência, especialmente se destinado a fim comercial.²⁵³

No que tange ao consentimento, cabe uma última palavra acerca da possibilidade da sua *revogação* pelo respectivo titular, que, tendo-a cedido para utilização por terceiro, pretende se retratar da autorização confiada ao detentor dos direitos de divulgação.

De imediato, é necessário repetir que nos casos em que seja contratada a cessão do uso da imagem, o prazo para sua utilização deve ser razoável, diante da natureza do direito envolvido, podendo ser considerado caduco na hipótese de mudança na situação pessoal do fotografado, pois, como já se viu

²⁴⁹ Direito à imagem na propaganda, RDC 41:117. Quanto à exclusividade simples, recorda-se, a título de exemplo, o recente caso envolvendo o cantor Zeca Pagodinho, que, depois de figurar como garoto-propaganda de uma certa marca de cerveja, ainda na vigência do contrato apareceu defendendo outra marca do mesmo produto. Para exemplificar a hipótese da exclusividade total, vale citar a atuação do ator Carlos Moreno, que ficou muito conhecido como o garoto Bombril.

²⁵⁰ Hermano Duval, *Direito à imagem*, cit., p. 110, menciona que vale para o modelo profissional em passarela a teoria do silêncio como manifestação de vontade (RT 250/269). Idem: RT 715/248.

²⁵¹ Walter Moraes, *Direito à própria imagem* (II), RT 444:15, informa: “*Aqui, como em outras leis (italiana, art. 98, alemã de 1907, art. 22, etc.), a remuneração ao modelo atua como presunção de consentimento.*”

²⁵² Neste último caso há uma relação de mera cortesia, como aduzem Paolo Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 125; e Manuel Gitrama González, *Imagen*, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., p. 341. Mas é certo que, como diz Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto Barbosa, em *Direito à própria imagem...*, cit., p. 68, a pessoa célebre que se deixa fotografar para lembrança pessoal certamente não a quer difundida, sobretudo comercialmente.

²⁵³ Diz Regina Sahn que, no caso do consentimento tácito: “*A pressuposição que deve prevalecer é a do não-consentimento.*” (*Direito à imagem...*, cit., p. 198). Nesse sentido: Carlos Affonso Pereira de Souza, *Contornos atuais do direito à imagem*, RTDC 13:66.

em nota anterior, a vigência *sine die* do consentimento contraria o princípio geral de proteção do direito à imagem.²⁵⁴

Assim, a lei não quer que uma pessoa permaneça com a própria imagem vinculada a serviço de outrem por tempo ilimitado. Deste princípio, decorre logicamente a possibilidade da revogação do consentimento dado.²⁵⁵

Dessa forma, nada obsta a revogação do consentimento dado pelo titular do direito à imagem para quem contratou a sua utilização, sendo que, na hipótese da utilização gratuita, não cabe indenização pela retirada da autorização, ao passo que, sendo onerosa a cessão, fica o cedente obrigado a reparar o prejuízo sofrido pelo cessionário em razão do descumprimento voluntário do contrato.²⁵⁶

Por outro lado, Carlos Alberto Bittar explicita que:

“A defesa desse direito de personalidade pode fazer mesmo com que a pessoa autorizada a usar venha a perder seu direito, ante a mudança de estado ou de condição social do titular. Em mudança de estado (como no casamento de modelo profissional, que se retira para os negócios da família) ou de condição (ex-calvo, ex-obeso), recupera o retratado o seu direito à imagem, admitindo-se, ademais, a revogação justificada de autorização anterior.”²⁵⁷

²⁵⁴ Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, cit., p. 92, refere que: “A extensão do uso, por sua vez, depende dos termos do contrato, cumprindo fixar-se prazo determinado. Aceita-se a cláusula de exclusividade, desde que limitada no tempo. Não é possível contratação indefinida, por envolver cláusula potestativa, que ao nosso Direito arrepia.”

²⁵⁵ Manuel Gitrama González, *Imagen*, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., p. 342. Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto, *Direito à própria imagem*, cit., p. 73, elucida que a retratação estriba-se nos princípios da irrenunciabilidade e da intransmissibilidade do direito à imagem.

²⁵⁶ Manuel Gitrama González, *Imagen*, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., p. 342. V., ainda, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto, *Direito à própria imagem*, cit., p. 75. Anota-se que, enquanto Adriano de Cupis é favorável à retratação do consentimento (*I diritti della personalità*, cit., p. 270) Paolo Vercellone, (*Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 125) manifesta-se em sentido oposto, para segurança jurídica de quem contrata o retrato, não admitindo a revogação sequer mediante indenização.

²⁵⁷ *Os direitos da personalidade*, cit., p. 92. Paolo Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 125, admite a revogação em caso de modificação da situação pessoal do retratado, exemplificando com o caso da mulher fotografada em situação pouco conveniente que vem a se casar, tornando-se mãe e esposa exemplar. O mesmo exemplo é dado por Josef Kohler, *A própria imagem no direito*, *Justitia* 79:41. Na jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que: “Ninguém pode negar, segundo as regras de experiência comum, que a exibição da imagem da embargante nua, em programa nacional de televisão, mesmo vinte anos após a filmagem, invadiu o seu passado, causando-lhe vexame e constrangimento perante os seus amigos e familiares. Ainda que não reconhecida pelo público em geral, como se alega, a sua imagem de mãe, de esposa e de profissional ficou abalada pelo menos junto àqueles que lhe são próximos, na medida em que trouxe à tona um passado há muito sepultado e que não era do interesse da embargante revivê-lo.” (RF 328/189).

Vê-se, portanto, que a autorização pode ser revogada pelo retratado, cabendo, entretanto, a devida indenização do cessionário que teve frustrado o seu interesse de exploração da imagem do cedente. Também pode ocorrer a perda pura e simples do direito à utilização da imagem cedida, se houver mudança nas condições pessoais do respectivo titular, passível de repercussão no meio social, como a alteração significativa da imagem-moral do indivíduo, caso de importante figura da televisão, conhecida como a “Rainha dos Baixinhos”, que ingressou com ação cautelar para sustar a comercialização de fitas de videocassete de um filme erótico que protagonizara, antes de construir a imagem de apresentadora de programas infantis.²⁵⁸

4.2 Limitações forçadas ou legais

Há também limitações forçadas ao direito à imagem, já que, em certas situações, a exigência individual da preservação da personalidade cede ao interesse coletivo na divulgação ao público do retrato da pessoa, independentemente do consentimento desta.

O artigo 20 do Código Civil menciona taxativamente a possibilidade da utilização da imagem da pessoa quando necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Na realidade, o legislador poderia ter especificado de forma mais abrangente as limitações de natureza pública ao referido direito, seguindo a diretriz traçada pela Lei Alemã de 1907 e pela Lei de Direitos Autorais italiana, ao invés de optar por conceitos jurídicos indeterminados, como fez, transferindo para a doutrina e a jurisprudência a tarefa de delimitar sua extensão.

²⁵⁸ Carlos Affonso Pereira de Souza, Contornos atuais do direito à imagem, RTDC 13:43, que transcreve o seguinte trecho do acórdão da Apelação Cível n. 3.819/91, de 27/02/92, relatado pelo Des. Thiago Ribas Filho, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “Após o lançamento da fita (no cinema), ocorrido em 1982, a 2ª autora (Xuxa) se projetou, nacional e internacionalmente, com programas infantis na televisão, criando uma imagem que muito justamente não quer ver atingida, cuja vulgarização atingiria não só ela própria como a das crianças que são o seu público, ao qual se apresenta como símbolo da liberdade infantil, de bons hábitos e costumes, e da responsabilidade das pessoas.”

A **pessoa notória** sofre restrições ao seu direito à imagem em decorrência do natural interesse público à informação acerca de fatos da sua história, resultante da fama alcançada com o desenvolvimento do seu talento artístico, das suas qualidades ou dotes intelectuais, morais ou políticos, sendo protegidas, porém, as imagens relativas à esfera íntima da sua vida privada.²⁵⁹

O direito à privacidade da pessoa famosa geralmente conflita com o exercício da liberdade de imprensa e de informação, direito fundamental assegurado pelo artigo 220 da Constituição Federal, considerada a importância da imprensa como meio de transmissão de fatos e opiniões, a qual “*estimula o intercâmbio de conhecimento e fomenta a cultura social.*”²⁶⁰

No entanto, destaca-se que a livre atividade da imprensa deve ser desenvolvida de modo a não causar dano à pessoa, pois, em que pese a notoriedade do artista, modelo, jogador de futebol, escritor, etc., eles possuem sobre a sua imagem, e do uso que é feito dela, um poder de exclusividade que lhes permite proibir a reprodução ou a difusão sem sua autorização, quando estas resultem de fatos relativos à sua vida privada, não alcançada pelo imperativo da liberdade de informação.²⁶¹

²⁵⁹ Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro...*, v. 1, cit., p. 133; Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, cit., p. 271. Paolo Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 70.

²⁶⁰ Gilberto Haddad Jabur, em *Liberdade de pensamento...*, cit., p. 161-162.

²⁶¹ Assim decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar, em 18/06/2002, o agravo de instrumento n. 243.037-4/6, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Sérgio Gomes, com a seguinte ementa: “*MEDIDA CAUTELAR. Decisão que determinou à recorrida que se abstenha de publicar, divulgar, imprimir ou distribuir quaisquer fotografias atinentes ao casamento dos autores – Admissibilidade – Inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurada a indenização pelo dano moral e material decorrente de sua violação – Artigo 5º, X, da Constituição da República – Hipótese que mesmo cuidando de conhecido e famoso ator, não é lícito que se invada sua privacidade sob o argumento da liberdade de imprensa – Recurso não provido.*” Patrick Auvret, *Protection civile de la personnalité*, em *Droit de la presse*, cit., p. 24-25, relata interessante precedente da Corte de Apelação de Paris, de 30 de março de 1995, em que “*Um semanário violou a intimidade da vida privada de uma personalidade, ao levantar o inventário de suas latas de lixo no dia seguinte às festas de Natal e Ano Novo, mostrando as meias que usavam, os medicamentos que utilizariam, os desenhos feitos pelas crianças, por ela mesma, e para seus amigos, assim como os menus que ela prepararia. O fato dos objetos terem sido jogados fora com o propósito de destruição implica necessariamente a recusa de seu proprietário de apresentá-los à imprensa. Tendo o defensor reconhecido que se tratava ‘de objetos insignificantes, sem importância’, não poderia justificar sua publicação pelo interesse de informação.*”

O **exercício de um ofício público** também justifica a licitude da reprodução da imagem do seu ocupante, desde que respeitado o limite do interesse público, pois, a exemplo da pessoa notória, desperta na sociedade o anseio no acompanhamento de fatos relacionados à sua atividade.

Assim, é possível captar a imagem de um juiz durante o julgamento do processo. Contudo, o detentor deste, ou de outro cargo público, preserva o direito à sua privacidade, não podendo ser fotografado em circunstâncias íntimas, sem vinculação com o seu cargo.²⁶²

A **defesa da segurança pública** reclama, em algumas situações, a limitação do direito à imagem da pessoa, sendo exemplo comum da prevalência do interesse coletivo sobre o individual os arquivos fotográficos de identificação mantidos pelos órgãos de segurança pública, que são muito úteis para o reconhecimento de autores de ilícitos criminais, assim como para localização de foragidos da justiça e pessoas desaparecidas.²⁶³

As **necessidades de justiça e polícia** determinam, por vezes, a divulgação da figura humana independentemente da existência do consentimento do fotografado, pois, consoante pontifica Ferrando Mantovani, a coletividade possui interesse, que denomina de extraprocessual, de conhecer os fatos socialmente

²⁶² Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro...*, v. 1, cit., p. 133; Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, cit., p. 273-274. Paolo Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 75-76. Patrick Auvret, Protection civile de la personnalité, em *Droit de la presse*, cit., p. 24-25, reproduzindo decisões das Cortes francesas, esclarece: “*Uma legenda de fotografia precisando que um juiz de instrução se encontraria não longe de seu domicílio, mencionando o nome da rua, não pode caracterizar uma violação à intimidade da vida privada deste magistrado, desde que as informações topográficas fornecidas fossem insuficientes para permitir uma localização precisa do seu domicílio. Não é o mesmo que a menção ‘antes de entrar em férias, o juiz ... fez suas compras de natal: caixas de cigarros e CD de música clássica.’ A divulgação dessas informações, sem o consentimento do magistrado, viola a intimidade de sua vida privada independentemente da repercussão imediata dos eventos aos quais seu nome se encontra associado.*”

²⁶³ Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro...*, v. 1, cit., p. 133-134; Paolo Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 77-78; e Luiz Alberto David Araújo, *A proteção constitucional...*, cit., p. 94. Enquadra-se nesta limitação a identificação compulsória do indivíduo para documentos públicos, como o registro geral de identificação, do qual não pode se furtar, dada a prevalência do interesse público sobre o individual. Também as imagens dos sistemas de vigilância pública ou privada, desde que preservada apenas e tão-somente para a finalidade de proteção patrimonial e apuração de autor de ilícitos penais.

relevantes que se verificam no seu seio, além de conferir se a justiça está sendo administrada de modo independente e igual para todos.²⁶⁴

Ao lado do interesse extraprocessual, Mantovani menciona, ainda, o interesse processual, relativo à produção das provas no processo, e o interesse individual, que diz respeito não só ao hipotético autor do delito, mas também à vítima e aos outros sujeitos processuais, como as testemunhas, cuja publicidade poderia atingir, como de fato atinge, causando-lhes dano à personalidade.²⁶⁵

Parece indubitoso que tais interesses devem ser sopesados conforme as circunstâncias do caso concreto, seguindo o princípio da prevalência do interesse público – na apuração dos fatos criminosos e para o desenvolvimento do processo – sobre os interesses individuais (honra, intimidade e imagem) do imputado, mas desde que o fato seja atual, preciso e específico.²⁶⁶

A doutrina é unânime ao considerar que a divulgação da imagem de mero suspeito de prática criminosa deve ser evitada, em face da presunção de inocência do imputado e da possibilidade da sua ulterior absolvição.²⁶⁷

Se a publicação tiver **finalidade científica, didática ou cultural**, também será permitida a utilização da imagem do indivíduo, posto que justificada pelo interesse público na divulgação de fatos capazes de contribuir, por exemplo,

²⁶⁴ Ferrando Mantovani, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, Modena, STEM-Mucchi, 1968, p. 62.

²⁶⁵ *Ibid.*, mesma página. O autor ainda esclarece que o direito à reserva pessoal protege, muitas vezes, a própria vítima de atos de revelação de fatos criminosos, mencionando especialmente os casos de delitos sexuais ou que envolvam menores (*ob. cit.*, p. 73). Assim, também, René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada...*, cit., p. 214.

²⁶⁶ Ferrando Mantovani, *Diritto alla riservatezza...*, cit., p. 64. Ele refere ser essencial a atualidade do fato, pois o decurso do tempo faz ressurgir o interesse individual e a sua prevalência sobre o interesse coletivo (*ob. cit.*, p. 65).

²⁶⁷ Maria Helena Diniz, Direito à imagem e sua tutela, in *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 100; Edson Ferreira da Silva, *Direito à intimidade*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2ª ed., p. 70; Ferrando Mantovani, *Diritto alla riservatezza ...*, cit., p. 71. Na jurisprudência, colhe-se o seguinte julgado: “DANO MORAL – Indenização – Responsabilidade civil – Noticiário de jornal que publica fotografia de pessoa morta em tentativa de assalto como sendo perigoso marginal – Hipótese em que se tratava da vítima do evento criminoso que se encontrava no local para se candidatar a emprego oferecido – Imagem do falecido atingida – Verba devida.” (RT 814/321).

para o estudo das ciências médicas, da história e da geografia, no que tange à evolução dos povos, e das artes em geral.²⁶⁸

Configuram exemplos da exceção legal de proteção da imagem da pessoa: a) na área científica, o documentário sobre a evolução de uma determinada doença ou uma nova técnica cirúrgica, a exposição de resultados de pesquisas em congressos, a publicação de fotografias em livros de medicina, etc; b) na área didática, pode ser citada a exibição da fotografia do representante de certa etnia em livro de geografia, ou de um ex-presidente da República no livro de história; c) na área cultural²⁶⁹, admitida é “a imagem da pessoa em conferências, exposições de obras artísticas, inaugurações de monumentos históricos etc.”²⁷⁰

A presença da pessoa em **atos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público, ou desenvolvidas em público**, configura causa que exclui a ilicitude da captação, da reprodução ou da divulgação da imagem da figura humana, pois, nestes casos, é presumido o interesse público na situação ou no ato, até por razão de ordem material, sendo condições essenciais ao reconhecimento da excludente que a publicação esteja associada ao acontecimento público, o qual deve ser visível na foto e que seja reproduzido tal como ocorreu verdadeiramente.²⁷¹

²⁶⁸ Maria Helena Diniz, *Direito à imagem e sua tutela*, in *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 100-101; e Manuel Gitrama González, Imagen, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., p. 354-355.

²⁶⁹ Expressão considerada propositalmente genérica por Paolo Vercellone, *Il diritto sul próprio ritratto*, cit., p. 81, para que possa comportar enquadramentos que escapem dos demais casos enumerados. Manuel Gitrama González, Imagen, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., p. 354 critica a expressão cultural, porque esta seria gênero, da qual as outras duas finalidades citadas, científicas e didáticas, seriam espécies, sendo suficientes a seu ver para abranger as exceções legais. Vicente Herce de La Prada define “fins culturais” como sendo “aquelas atividades das ciências, das artes e da docência orientadas ao melhoramento das faculdades intelectuais e morais do homem, considerado como indivíduo e como membro de uma comunidade.” (*El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Barcelona, Bosch Editor, 1994, p. 63-64).

²⁷⁰ Paolo Vercellone, *Il diritto sul próprio ritratto*, cit., p. 78-82; Maria Helena Diniz, *Direito à imagem e sua tutela*, *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 100. Também é livre a captação da imagem da pessoa que participa de festas populares, de natureza cultural, como no caso do carnaval ou de eventos folclóricos de cunho regional. Já se decidiu que: “Descabe direito à imagem, em fotografia de acontecimento carnavalesco, pois a pessoa que dele participa renuncia à sua privacidade.” (RF 292/257).

²⁷¹ Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, cit., p. 275-276; e Manuel Gitrama González, Imagen, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., p. 355. Maria Helena Diniz assinala que: “A presença de uma pessoa em local público faz com que se exponha aos olhos de todos, assumindo o risco de ser focalizada, pois a imprensa, atendendo ao interesse informativo, poderá captar sua imagem, sem, contudo, destacá-la com insistência, uma vez que pretende divulgar o acontecimento e não a pessoa que integra a cena.” (*Direito à imagem e sua tutela*, *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 101).

Adriano de Cupis afirma ser lícita a divulgação do retrato de uma jovem que participa de um concurso de datilografia. Porém, se a imagem for retirada deste contexto, tornar-se-á ilícita a sua difusão.²⁷²

Eventos e personalidades de **interesse histórico** também são fatores que permitem a publicação de imagem que ilustre os acontecimentos relatados pelo historiador, o qual, entretanto, deverá reproduzir os fatos de forma íntegra, sem intenções maliciosas ou perniciosas.²⁷³

A **preservação da saúde pública** concorre, outrossim, como causa excludente da ilicitude da propagação pública do retrato da pessoa, quando indispensável para a contenção de doenças infecto-contagiosas ou prevenção de epidemias ou pandemias, como no caso recente da gripe aviária.

Por último, cumpre recordar que o **exercício do direito de crítica, de caricatura e de sátira** é imune à ilicitude no aproveitamento da imagem alheia pelos seus autores, contanto que respeitadas certos limites, próprios da liberdade de opinião e de expressão, não se desviando para ataques de caráter maldoso, com propósito de denegrir a imagem da pessoa visada, normalmente personalidades da política, dos esportes, das letras ou das artes.²⁷⁴

²⁷² *I diritti della personalità*, cit., p. 275. Gitrama González, Imagen, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., p. 355, especifica algumas situações que exemplificam a aplicação desta excludente: “*Atos académicos, desfiles militares, competições esportivas, corridas de touros, enterros e funerais de personalidades falecidas, tumultos populares, catástrofes, manifestações (...), constituem cenas socialmente importantes como objeto de fotografias destinadas à informação pública e nas que podem aparecer, sem necessidade de prévio e individual assentimento à publicação, as pessoas que em tais eventos participaram, ainda que sejam reconhecíveis nos retratos publicados.*”

²⁷³ René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada...*, cit., p. 205 e 207, especialmente nota 227. Patrick Auvret, *Protection civile de la personnalité*, in *Droit de la presse*, cit., p. 47, com respaldo na jurisprudência francesa, afirma que o direito à imagem cede à necessidade de ilustrar a história contemporânea, trazendo à colação acórdão da Corte de Cassação, de 10 de outubro de 1995, sobre a obra “O último imperador”, assim resumido: “*Uma obra sobre o último imperador da China não produziu violação à vida privada de sua viúva, desde que o monarca tivesse citado certos aspectos de sua vida íntima nos escritos autobiográficos, e que o autor retomou sem faltar com o respeito devido à verdade, tendo em conta os elementos objetivos sobre os quais ele se apoiou.*”

²⁷⁴ Maria Helena Diniz, *Direito à imagem e sua tutela*, *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 102-103; Patrick Auvret, *Protection civile de la personnalité*, in *Droit de la presse*, cit., p. 36-39; e René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada...*, cit., p. 216-217. O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar programa humorístico conhecido (Casseta e Planeta), com críticas ao caso “Favela Naval”, envolvendo violência policial contra cidadãos de Diadema, entendeu que: “*Não caracteriza abuso da liberdade de imprensa, mas exercício legítimo do direito de crítica, a exibição de programas humorísticos de televisão, em que, sob a forma e os exageros artísticos da*

Vincenzo Miceli bem sintetiza esta questão, ao afirmar que: “A caricatura é, no fundo, a manifestação de um juízo, que quando não assume os extremos da calúnia ou da injúria, é lícita manifestação de uma opinião.”²⁷⁵

Nesta exceção não está abrangido o emprego de sócias de personalidades que participem de peças publicitárias, simulando ser as pessoas famosas que representam com a sua imagem, com risco de causar prejuízo ao público consumidor, que pode se deixar enganar pela semelhança entre o sócia e a pessoa representada por ela.²⁷⁶

A *exceptio* também não alberga a hipótese da publicação de imagens de um sócia do interessado que se coloca em atitudes provocantes, de modo a causar prejuízo moral àquele.²⁷⁷

sátira, se faz reprimenda a crimes graves praticados por policiais militares, no exercício da função.” (JTJ-Lex-288/180). Neste caso, o Superior Tribunal de Justiça havia cassado acórdão anterior do mesmo Tribunal, que extinguiu o feito com fulcro no artigo 269, IV, do CPC, declarando a decadência do direito, pois, ainda que aplicável a Lei n. 5.250/67 – Lei de Imprensa – dado o caráter acessoriamente informativo do programa, não teria incidência, mesmo assim, o artigo 56 da referida Lei, posto que não recepcionado pela Constituição Federal (v. RSTJ 184/365). Confira-se, enfim, RF 327/194, na qual se menciona que: “A sátira aceitável é aquela que representa uma pintura dos vícios publicamente ocorridos e conhecidos, até mesmo em forma poética, com o fim de os ridicularizar. Mas não a representação de vícios gravíssimos decorrentes de meras conjecturas, ao que se sabe, incomprovadas, como, dentre outros, os fatos historiados em torno dos contundentes vocábulos que por si refletem seu conteúdo como: sodomia, michê, gravidez, vasectomia, supositórios de cocaína, bruxaria.”

²⁷⁵ *La personalità nella filosofia del diritto*, Milão, Società Editrice Libreria, 1922, p. 396.

²⁷⁶ Nesse sentido: Domenico Bellantoni, *Lesione dei diritti della persona*, cit., p. 204; Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia, *Direito à imagem na propaganda*, RDC 41:132; Regina Sahn, *Direito à imagem...*, cit., p. 71 e 208; e Silma Mendes Berti, *Direito à própria imagem*, cit., p. 57. Estas autoras relembram ação de Jacqueline Onassis contra a empresa Christian Dior New York Incorporation, quando a Justiça americana proibiu a veiculação de publicidade, para assegurar a Jack Onassis que Bárbara Reynolds, uma secretária muito parecida com ela, aparecesse como se fosse ela, por reputar que a semelhança física da sócia ensejaria confusão no público consumidor. Segundo Silma Mendes Berti, que cita Rigaux: “Duas soluções interessantes oferece este julgado. Uma é que a figura pública tem, no que concerne à sua aparência física, um direito de prioridade tal que pode fazer obstáculo a que uma pessoa que com ela tenha semelhança tire vantagem da sua celebridade. Outra é que a figura pública pode ser representada como personagem na reconstituição do passado recente, seja de maneira favorável ou desfavorável. Mas em sua qualidade de personagem pública ela não renunciou a seu respeito à vida privada e nem se tornou objeto de exploração comercial (472 N.Y.S. 2d. 254, 263).”

²⁷⁷ Nesse sentido, Guido Alpa, *La disciplina dei dati personali*, cit., p. 59.

Capítulo IV

O DIREITO À IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1. A proteção da criança e do adolescente como um direito da personalidade

Na detalhada classificação dos direitos da personalidade apresentada por Rubens Limongi França, a proteção do menor – ora denominada proteção da criança e do adolescente, em consonância com a Lei n. 8.069/90 – foi incluída, entre os *aspectos fundamentais da personalidade*, como um direito à integridade física, caracterizada como um dos aspectos do direito à vida, destacando-se das demais pessoas, conforme o *critério do estado*, segundo a faixa vital (nascituro, menor, velho, moribundo, defunto) ou sob o *ponto de vista da validez* (homem adulto com personalidade plena, menor, velho, deficiente, doente, viciado, sentenciado, egresso).²⁷⁸

Como as crianças e os adolescentes são pessoas dotadas de estrutura física, moral e psíquica ainda em formação, sendo portadoras de certa fragilidade, merecem o respeito e a proteção da família, da sociedade e do Estado, em áreas específicas, como a saúde, a educação, etc., que a legislação, tanto constitucional como ordinária, reconhece, no sentido do desenvolvimento pleno da sua personalidade, considerada a globalidade do seu ser.²⁷⁹

Justamente por levar em conta esta condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (art. 6º, ECA), é que o legislador pátrio fixou regra que determina a sua proteção integral (artigo 1º, ECA), colocando-

²⁷⁸ Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais, *Revista do Advogado*, v. 38, 1992, p. 10-11.

²⁷⁹ Seguindo a lição de Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 168-169. V., ainda, Martha de Toledo Machado, *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*, Barueri, Manole, 2003, p. 50, que esclarece: “os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais, em relação ao direito dos adultos.”

os como autênticos sujeitos de direitos (art. 15, ECA), credores não somente do respeito aos valores fundamentais que impliquem na abstenção de qualquer ato lesivo à sua personalidade – como freqüentemente se verifica em relação ao homem adulto, na plena capacidade civil – mas também de prestações positivas da família, da sociedade e do Estado (art. 4º, ECA), que lhes permitam alcançar a plenitude da personalidade, de acordo com o seu amadurecimento.²⁸⁰

A proteção integral para esta determinada categoria de pessoas está associada à sua própria fraqueza, ao que Georges Ripert denomina de “assistência aos pequenos”, ensinando que:

“A medida é em favor da pessoa. Todos aqueles que pela idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou de compreender são na sociedade mais fracos que os outros, têm direito à proteção legal. É necessário protegê-los para restabelecer a igualdade.”²⁸¹

Não se deve esquecer que a Constituição Federal, em seu artigo 6º, estabeleceu que a proteção à infância constitui um dos direitos sociais, de modo a assegurar à criança e ao adolescente verdadeira igualdade jurídica, sendo que o artigo 4º, da Lei n. 8.069/90, ao repetir o artigo 227 da Magna Carta, garantiu-lhes a absoluta prioridade na efetivação dos direitos fundamentais, à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.²⁸²

A tutela da infância e da juventude há de ser considerada, pois, direito da personalidade, e, nesta condição, tem de ser resguardado de um modo todo

²⁸⁰ Sobre o tema, indica-se: Martha de Toledo Machado, *A proteção constitucional...*, cit., p. 49-50; Paulo Afonso Garrido de Paula, Reflexos do novo Código Civil no Estatuto da Criança e do Adolescente, in *Questões de Direito Civil e o novo código*, coord. Selma Negrão Pereira dos Reis, IMESP, 2004, p. 405-407, os quais esclarecem que as relações jurídicas da infância e da juventude envolvem a criança e o adolescente, de um lado, e a família, a sociedade e o Estado, de outro. Tânia da Silva Pereira, O ‘melhor interesse da criança’, em *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 15, onde observa que: “Ser ‘sujeito de direitos’ significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos.”

²⁸¹ *O regime democrático e o Direito Civil moderno*, trad. de J. Cortezão, São Paulo, Saraiva, 1937, p. 159.

²⁸² Martha de Toledo Machado, *A proteção constitucional...*, cit., p. 50, após dizer que tais direitos são prioritários, preleciona que: “todas as crianças e os adolescentes, independentemente da situação fática em que se encontrem, merecem igualdade jurídica, merecem receber da sociedade um único e igualitário regime de direitos fundamentais, livre de tratamento discriminatório ou opressivo.”

especial, pois a sua natureza assim exige, em razão da maior vulnerabilidade da criança e do adolescente.²⁸³

Por isso é que, ao incluírem os bens relativos à infância e à juventude entre os fundamentos da restrição à liberdade de expressão, de radiodifusão e de programação, Canotilho e Machado elucidam que, nesta hipótese:

“Em causa está a prevenção de lesões irreversíveis ao desenvolvimento da personalidade dos menores, à sua adequada socialização e à sua capacidade de autodeterminação, nos planos físico, intelectual, moral, emocional e relacional, às quais os mesmos, pela sua maior sugestibilidade e impressionabilidade, são particularmente vulneráveis.”²⁸⁴

Fixadas tais premissas, parece claro que a tutela da personalidade infanto-juvenil deva ser diferenciada, reforçando-se a proteção aos direitos fundamentais, tanto sob o aspecto social, em que se apresentam como credoras prioritárias do direito à saúde, à educação, etc, como sob o aspecto dos interesses privados, quando são titulares do direito ao respeito à preservação da imagem, da identidade, da autonomia dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais (direito à privacidade e à intimidade), tal como consta do artigo 17 da Lei n. 8.069/90.

Tem-se como louvável, portanto, iniciativa do legislador ao dispor especificamente sobre os direitos da personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente, independentemente da existência da previsão constitucional de alguns deles, como a imagem, a intimidade e a vida privada (artigo 5º, V e X, da CF), de aplicação geral.²⁸⁵

²⁸³ Nesse sentido: Nelson Nery Júnior e Martha de Toledo Machado, O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal, *Revista de direito privado*. RT, 2002, v. 12, p. 16; e Tânia da Silva Pereira, O ‘melhor interesse da criança’, in *O melhor interesse...*, cit., p. 18-19, que salienta: “O direito da Criança e do Adolescente firmou-se nesta década como um Direito Especial.”

²⁸⁴ J.J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado, *Reality shows e liberdade de programação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 59.

²⁸⁵ Milton Fernandes, *Proteção civil da intimidade*, cit., p. 126; e Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornali, *Direito à própria imagem*, cit., p. 31, entendem não existir, respectivamente, um direito à vida privada e à imagem para a criança e o adolescente, sendo-lhes aplicáveis as regras gerais previstas na Constituição Federal e no Código Civil. Tal conclusão procede somente em parte, pois os interesses infanto-juvenis exigem do aplicador do Direito um rigor maior na solução dos casos concretos, posto que a extensão dos danos será sempre maior para aquele que ostenta personalidade em formação, como já referido no texto, através da transcrição da

O reconhecimento de um direito da personalidade especial, peculiar às pessoas em desenvolvimento, amparado nos princípios da proteção integral e da maior vulnerabilidade, garante que, em caso de colisão com outros direitos de natureza igualmente absoluta, para a solução do conflito, prevaleça o melhor interesse da criança e do adolescente, como na hipótese do exercício prioritário dos direitos sociais, ou da restrição de direitos, como, por exemplo, de liberdade de informação, que há de ser exercida com respeito à dignidade dos menores de idade (v.g., art. 247, par. 2º, da Lei n. 8.069/90).²⁸⁶

Ocorre que os direitos da personalidade infanto-juvenil revestem-se de uma dúplici feição, pois, ao mesmo tempo em que impõem a todos o dever de respeitar os direitos fundamentais da criança e do jovem, agindo no sentido de prevenir qualquer lesão a esses mesmos direitos, tornando o Estado, a sociedade e família agentes ativos do processo de desenvolvimento dessas pessoas em estágio de formação (arts. 18 e 70, ECA).²⁸⁷

É necessário que se diga que a formação da personalidade individual, geralmente realizada pelos pais, responsáveis pela criação e a educação dos filhos, merece ser acompanhada da formação da personalidade coletiva, que é

lição de Canotilho e Machado. É evidente que a criança e o adolescente beneficiam-se das normas constitucionais e civis relativas à tutela da intimidade e da imagem, assim como as demais pessoas; todavia, em certas situações, os limites impostos a estes direitos não poderão ser aceitos em face dos infantes, dada a natureza protetiva do ECA, que visa a resguardá-los de lesões que comprometam ou possam comprometer o desenvolvimento da sua personalidade.

²⁸⁶ Ferrando Mantovani, *Diritto alla riservatezza...*, cit., p. 75, diz: “A tutela da reputação dos menores, seguramente tem em vista a proibição em questão (da divulgação de fatos relativos ao menor infrator), pelo significado instrumental em razão da mais alta e primária finalidade: a tutela das personalidades em desenvolvimento, que a própria Corte Constitucional considerou idônea à limitação da liberdade de manifestação do pensamento, e que a Constituição se preocupa em garantir, ao sancionar, no art. 31, o empenho do Estado de proteger a infância e a juventude, mediante intervenções não limitadas às providências apenas econômicas, mas igualmente voltadas à salvaguarda do normal desenvolvimento psíquico e moral dos menores.”

²⁸⁷ Roberto João Elias, *Comentários ao Estatuto...*, cit., p. 65-66, assim escreve, com muita propriedade: “Se por um lado todos, sem exceção, devem respeitar os direitos do menor, por outro, como sujeitos ativos, devem agir em sua defesa contra aqueles que os desrespeitarem.” Por sua vez, José Luiz Mônaco da Silva refere-se ao fato do artigo 70 do ECA ser uma norma sem sanção (*Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 103). Todavia, foi claro o propósito do legislador em transformar todos os agentes da comunidade, públicos ou privados, em colaboradores do processo de formação das crianças e dos adolescentes, agindo, através dos Conselhos Tutelares e do Ministério Público, no sentido da defesa dos direitos fundamentais destas pessoas em desenvolvimento.

desenvolvida na escola, na vizinhança, no clube, etc., que servirá para apontar à criança e ao adolescente a necessidade do respeito às demais pessoas da comunidade, com as quais forçosamente terá de interagir.²⁸⁸

Assim, o direito da personalidade da criança e do adolescente sofre limitação por um dever de respeito destes aos pais, especialmente no que tange à reserva sobre a intimidade da sua vida privada, em razão do direito funcional à sua educação, pelos responsáveis legais²⁸⁹, que, no dizer de Elimar Szaniawski, não cometem violação ao segredo, quando:

“com intuito de educação e correção, adentram os quartos de seus filhos menores e examinam os objetos de propriedade destes e o lugar onde os mesmos se encontram. Esta autorização é decorrente do dever de vigilância, criação e educação, que os pais têm em relação a seus filhos menores, no exercício do pátrio poder. Um pai deve verificar se seu filho não guarda tóxicos na gaveta em seu quarto, ou outros objetos que atentem contra a formação da sua moral e equilíbrio psíquico.”²⁹⁰

Porém, tal direito paterno não é absoluto, encontrando limite no direito do filho, pois o objetivo da lei, ao se referir que compete aos genitores dirigir a educação da prole (artigo 1.634, Código Civil), não é senão garantir a proteção dos menores (artigos 22 e 98, inciso II, Lei n. 8.069/90).²⁹¹

Neste ponto, releva recordar precedente do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu mandado de segurança oposto por pais contra decisão do Ministério da Educação, que lhes negou “o direito de serem os professores de seus filhos, educando-os em casa e levando-os à escola, de livre escolha da família e na qual estão matriculados, apenas para realizarem provas.”

²⁸⁸ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 185. Diz o autor que: “aquela complementariedade e contrariedade social dentro de um mesmo e limitado espaço físico ou face à escassez dos bens exige de todos uma certa abdicção e mesmo um justo espírito de sacrifício e justifica que os danos da personalidade só ganhem significado para além de um certo limiar.”

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 528 e 540.

²⁹⁰ *Direitos de personalidade e sua tutela*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p.138-139.

²⁹¹ José Virgílio Castelo Branco Rocha, *O pátrio poder*, Rio de Janeiro, Tupã, 1960, p. 132, ao referir-se ao verbo competir, do artigo 384 do Código Civil de 1916, correspondente ao artigo 1.634 do Código Civil de 2002, afirma que: “na técnica jurídica, se existem direitos do pai, não é senão para que ele possa haver-se de suas obrigações. Direito e dever são correlatos, e estão ambos subentendidos no significado do verbo competir, que figura no texto do artigo, que ora apreciamos.”

O Ministro Francisco Peçanha Martins, relator do processo, consignou no seu voto:

“Os filhos não são dos pais, como pensam os Autores. São pessoas com direitos e deveres, cujas personalidades se devem forjar desde a adolescência em meio a iguais, no convívio social formador da cidadania. Aos pais cabem, sim, as obrigações de manter e educar os filhos consoante a Constituição e as leis do País, asseguradoras do direito do menor à escola (art. 5º e 53, I, da Lei n. 8.069/90) e impositivas de providências e sanções voltadas à educação dos jovens como se observa no art. 129, e incisos, da Lei n. 8.069/90 supra transcritos, e art. 246, do Código Penal, que define como crime contra a assistência familiar ‘deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar’, cominando a pena de ‘detenção de quinze dias a um mês, ou multa, de vinte centavos a cinquenta centavos’.”²⁹²

Observa-se que a decisão expressa, de maneira hialina, que as crianças e os adolescentes possuem direitos e deveres, sendo pessoas com personalidade própria, a qual deve ser formada também no convívio social, como, aliás, previsto no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e não apenas no recesso do lar, para que possam exercer plenamente a sua condição de cidadãos.²⁹³

O acórdão é paradigma, posto que reconhece que a personalidade individual há de ser moldada juntamente com a personalidade coletiva da criança e do adolescente, pois, junto à comunidade, eles assimilarão melhor a noção de que

²⁹² Mandado de segurança n. 7.047-DF, 1ª Seção, por maioria de votos, denegou a segurança, julgamento ocorrido em 24 de abril de 2002, cuja ementa oficial é a seguinte: “*MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO FUNDAMENTAL. CURRÍCULO MINISTRADO PELOS PAIS INDEPENDENTE DA FREQUÊNCIA À ESCOLA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ILEGALIDADE E/OU ABUSIVIDADE DO ATO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. LEI 1.533/51, ART. 1º, CF, ARTS. 205 E 208, 3º; LEI 9.394/60, ART. 24, VI E LEI 8.069/90, ARTS. 5º, 53 E 129. 1. Direito líquido e certo é o exposto em lei, que se manifesta inconcusso e insuscetível de dúvidas. 2. Inexiste previsão constitucional e legal, como reconhecido pelos impetrantes, que autorizem os pais ministrarem aos filhos as disciplinas do ensino fundamental, no recesso do lar, sem controle do poder público mormente quanto à frequência no estabelecimento de ensino e ao total de horas letivas indispensáveis à aprovação do aluno. 3. Segurança denegada à míngua da existência de direito líquido e certo.” O artigo 55 do ECA é categórico ao afirmar que: “*Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.*”*

²⁹³ Roberto João Elias explicita “*que a vida desenvolvida em ambiente familiar e comunitário é deveras relevante para a formação do indivíduo*”, ressaltando a participação do jovem maior de 16 anos na vida política, através do voto. (*Direitos fundamentais da criança e do adolescente*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 15).

além dos seus bens e interesses, podem existir também direitos dos outros a idênticos bens e interesses.²⁹⁴

2. Fundamentos da tutela da personalidade em desenvolvimento

Certos princípios são fundamentais para orientar o aplicador do Direito na solução dos conflitos relacionados aos direitos gerais ou especiais da personalidade da criança e do adolescente.

2.1 Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana

O *princípio do respeito à dignidade da pessoa humana*, inscrito no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, é o primeiro a ser observado pelo intérprete, diante de um fato concreto envolvendo o interesse infanto-juvenil.

Na feliz expressão de Pietro Perlingieri, a tutela da personalidade em desenvolvimento, em particular da sua dignidade de homem e de cidadão, representa uma tarefa primária e histórica, que deve ser realizada pela interpretação conjunta das normas constitucionais e legais de proteção dos direitos da criança e do adolescente.²⁹⁵

Nesse sentido, doutrina de prestígio tem acentuado que a dignidade humana constitui um princípio constitucional que atua, ao mesmo tempo, como suporte e limite ao exercício dos direitos fundamentais, como no caso do direito à liberdade de imprensa e de informação.²⁹⁶

²⁹⁴ Sobre conceito de Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 184.

²⁹⁵ Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 3ª. ed., 1997, p. 164.

²⁹⁶ J.J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado, *Reality Shows...*, cit., p. 47-48; e Ferrando Mantovani, *Diritto alla riservatezza...*, cit., p. 88. Estes autores advertem que o conceito de dignidade humana não se presta a substituir cláusulas gerais de moral pública e de bons costumes, sendo suficiente o recurso ao princípio constitucional para dirimir qualquer controvérsia entre direitos fundamentais, como, por exemplo, entre a liberdade de imprensa e os direitos da criança e do adolescente. Por outro lado, Maria de Fátima Carrada Firmo

Por outro lado, ao longo do trabalho, procurou-se destacar que, por ser princípio-valor reconhecido universalmente, integrante da maior parte das Constituições, a dignidade da pessoa humana (social, moral e econômica) vem a ser freqüentemente utilizada como cláusula geral dos direitos da personalidade, um recurso empregado pela jurisprudência para resolver os conflitos entre direitos fundamentais, como, v.g., entre a liberdade de informação e os direitos da pessoa²⁹⁷, inclusive da criança e do adolescente.

Assim, é importante rememorar acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que confirmou sentença de procedência de ação civil pública aforada pelo Ministério Público com o objetivo de proibir certa emissora de veicular, em programa de televisão, cenas de agressão e tortura de um adulto contra uma criança, afirmando que os direitos previstos no artigo 220 da Constituição Federal não são plenos, sofrendo limitações sempre que sua manifestação puder ofender ou restringir outras garantias constitucionais atribuídas a terceiros.

Pelo voto condutor do Desembargador Denser de Sá, a Câmara Especial do TJSP entendeu que a atuação do *Parquet* visava a proteger não só interesse individual da criança cuja imagem fora exibida insistentemente pela rede de televisão, mas também a preservar a dignidade e o respeito devido a todas as crianças e adolescentes.²⁹⁸

Em outra decisão, a Corte Paulista confirmou tutela antecipada inibitória, que impedia empresa de televisão de exibir cenas, nomes, imagens, fotografias em que fossem identificadas crianças ou adolescentes em situação vexatória, na forma do artigo 17 da Lei n. 8.069/90, salientando o acórdão ser inadmissível “*a sujeição de criança ou adolescente (e por que não o adulto?) a*

anota que: “*Da Constituição fluem os direitos fundamentais da criança e do adolescente, os princípios constitucionais do processo do menor e outras normas que atualizam o pátrio poder ou publicizam o Direito de Família.*” (*A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 19).

²⁹⁷ Guido Alpa, *La disciplina dei dati personali*, Edizioni SEAM, Formello, 1998, p. 60.

²⁹⁸ RT 801/193. Consta do corpo do acórdão a seguinte passagem: “*Ainda que caracterizado um conflito de direitos constitucionalmente garantidos, soluciona-se o impasse pela escolha do caminho mais proveitoso à sociedade como um todo, em detrimento aos interesses de particulares.*”

*situações vexatórias ou humilhantes sob o pretexto de benemerência ou filantropia que, na verdade, somente visa o aumento na audiência de programação tachada pelo **Parquet** de 'baixo nível'.*²⁹⁹

Sem dúvida alguma, como admite a decisão citada, fere o direito à dignidade e à integridade moral a exploração da imagem de criança ou adolescente que seja portador de grave enfermidade ou deformidade, a pretexto de angariar fundos para o tratamento, ainda que a exibição seja autorizada pelos pais ou responsáveis.³⁰⁰

2.2 Princípio da proteção integral

O **princípio da proteção integral** adveio da Convenção sobre os Direitos da Criança, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, assinada pelo Governo Brasileiro em 26 de janeiro de 1990, sendo o texto aprovado pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990.³⁰¹

A noção de proteção integral é essencialmente jurídica, e leva em conta a qualidade do sujeito ativo das relações referentes à infância e juventude, em que crianças e adolescentes são colocados como titulares de interesses fundamentais (à vida, à saúde à educação, etc.), em face da família, da sociedade e do Estado, sujeitos passivos destas relações.³⁰²

²⁹⁹ JTJ-Lex 223-134.

³⁰⁰ Nesse sentido: Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli, *Direito à própria imagem*, cit., p. 31. Correta a ponderação do Desembargador Oetterer Guedes, relator do acórdão, da inadmissibilidade da exploração, inclusive, da imagem do adulto, em idêntica situação, como, aliás, demonstra o filme “*The Elephant Man*” (O Homem Elefante), de David Lynch (1980), que relata verídica história do inglês John Merrick (1862-1890), portador de doença deformadora, que era exibido à mórbida curiosidade pública, em um circo de aberrações.

³⁰¹ Roberto João Elias, *Comentários ao Estatuto...*, cit., p. 02; José Luiz Mônaco da Silva, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, cit., p. 17.

³⁰² Paulo Afonso Garrido de Paula. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 23-24. Confira-se, ainda, Martha de Toledo Machado, *A proteção constitucional...*, cit., p. 50.

Na realidade, a cláusula da proteção integral constitui nota distintiva dos direitos da personalidade da criança e do adolescente em face de igual direito das pessoas com personalidade plena.

Tal princípio obriga a ação dos pais, das entidades sociais e dos órgãos estatais, na efetivação dos direitos essenciais referidos no artigo 4º, da Lei n. 8.069/90, indispensáveis para o pleno desenvolvimento da personalidade de meninos e jovens, e também na preservação de ameaça ou violação aos seus direitos fundamentais, sem prejuízo da reparação dos danos que porventura venham a sofrer, nos termos do artigo 98, incisos I e II, da Lei n. 8.069/90.

Não é por outra razão que o Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhecendo a necessidade da tutela jurídica diferenciada, especializada e integral das pessoas em desenvolvimento³⁰³, no artigo 201, inciso V, declara competir ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, reforçando, dessa maneira, a tutela jurisdicional ao atribuir ao *Parquet* a legitimação ativa *ad causam* mesmo para a defesa de interesse individual da criança ou do adolescente.³⁰⁴

2.3 Princípio da maior vulnerabilidade

O ***princípio da maior vulnerabilidade*** é fundamental na solução das questões relativas à imagem ou a qualquer outro direito da personalidade da criança e do adolescente. O intérprete há de atentar para o fato de que a finalidade das normas constitucionais e legais é a proteção daqueles que, em razão da idade, são

³⁰³ Expressão contida no acórdão n. 19.688-0, do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo Des. Lair Loureiro, *apud* Wilson Donizeti Liberati, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo, Malheiros, 7ª ed., 2003, p. 15. Paulo Afonso Garrido de Paula, em *Direito da criança e do adolescente...*, cit., p. 76, conceitua a tutela diferenciada como aquela que atende as peculiaridades do direito material. Diz, também, que o seu fundamento objetivo reside na necessidade de um microssistema de relações jurídicas especiais, como são as que tutelam os direitos da criança e do adolescente (p. 78).

³⁰⁴ Sobre a legitimidade do Ministério Público para agir na defesa do interesse individual da criança e do adolescente, relativa à questão do uso abusivo da sua imagem, veja RT 801/193, referida anteriormente.

mais frágeis, incapazes muitas vezes de defender os próprios interesses, inclusive em razão de algum ato abusivo dos progenitores.

Especificamente quanto ao direito à imagem, cumpre registrar que a criança e o adolescente são sistematicamente tratados como objetos pela mídia, que, muitas vezes, pelo propósito meramente comercial, explora de maneira exagerada ou gratuita a sua imagem, ferindo, com esse tipo de conduta, o seu direito à dignidade e à integridade.³⁰⁵

A respeito da vulnerabilidade da criança em face da mídia, Paulo David expõe que:

*“As crianças são afetadas por esta indústria de três ângulos diferentes: o impacto da propaganda sobre suas atitudes e crenças; o envolvimento das crianças no mundo da propaganda; e a imagem da criança transmitida pelas agências de publicidade. (...) As crianças envolvidas na propaganda estão vulneráveis a três tipos de exploração: a exploração de sua imagem, de suas capacidades e de seus direitos como trabalhadores.”*³⁰⁶

Vê-se, portanto, que a situação da criança e do adolescente perante a mídia, publicitária ou informativa, não é a mesma da pessoa adulta, em face da sua natural fragilidade.³⁰⁷ Por isto, há de ser exigido um tratamento cuidadoso dos órgãos jornalísticos ou de propaganda no que toca à imagem dos pequenos.

De outra parte, é inegável a presença marcante dos meninos e jovens na publicidade, nos programas de televisão, nos desfiles de moda, etc.

³⁰⁵ Isto é o que explica Paulo David, Os direitos da criança e a mídia: conciliando proteção e participação, em *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*, Ulla Carlsson e Cecília Von Feilitzen (orgs.), trad. Dinah de Abreu Azevedo e Maria Elizabeth Matar, São Paulo, Cortez, 2002, p. 40.

³⁰⁶ Os direitos da criança e a mídia..., em *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*, cit., p. 41. O autor relata que: “No ano de 1997, o governo dos Estados Unidos exigiu que uma campanha nacional lançada pela indústria de roupas Calvin Klein fosse cancelada devido à natureza excessivamente erótica das fotos de adolescentes usadas nos anúncios – uma decisão baseada no direito da criança à dignidade.”

³⁰⁷ Nelson Nery Júnior e Martha de Toledo Machado, *O Estatuto da Criança e do Adolescente...*, RDP 12:17.

As feições inocentes, os corpos perfeitos, os gestos absolutamente naturais e a sinceridade peculiar das crianças, colaboram na comercialização de produtos ou de marcas, além de cativar o público televisivo, sinal do seu alto valor de consumo econômico na sociedade.³⁰⁸

Porém, Gino Giacomini Filho coloca de maneira clara as dificuldades do trabalho publicitário com crianças, que podem ser estendidas às demais atividades que utilizam a imagem dos menores de idade, dada a sua maior vulnerabilidade. O autor relata que:

“Perguntado se uma criança trabalhar muito em comercial não prejudicava sua personalidade, o publicitário Júlio Xavier Silveira, da agência DPZ, respondeu:

‘Olha, não posso mentir. Já vi casos de crianças que fizeram apenas um comercial e adotaram a personalidade daquele personagem, é uma coisa muito triste. Mas sempre que uma criança vem fazer um trabalho para mim pela primeira vez procuro avisar os pais sobre o que aquilo poderá surtir na vida dela. Sei de casos de crianças que são perseguidas por professores, inspiram inveja nos colegas etc.’

Perguntado se é verdade que existem casos de crianças drogadas em filmagem, respondeu:

‘Francamente, soube de um caso de um garoto que foi anestesiado durante uma filmagem com autorização da própria mãe. A criança de cerca de três anos de idade estava muito excitada com o ambiente, não ficava quieta. Então o diretor perguntou à mãe se poderiam dar uma anestesia geral no garoto para fazer a filmagem e ela concordou. Mas isto faz muitos anos. Acredito que hoje seria difícil um ato desses passar encoberto.’

Este depoimento mostra que a criança também é vítima dos próprios pais que, através da participação da criança em comerciais, ganham status e prestígio, não se importando muito com desdobramentos que isso possa acarretar a ela.”³⁰⁹

A fragilidade da criança e do adolescente facilita a indevida exploração da sua imagem, inclusive pelos próprios genitores.

Assim, a par do controle judicial preventivo na participação de crianças e adolescentes nos eventos relacionados no artigo 149, da Lei n. 8.069/90, e da repressão aos abusos da imprensa na divulgação da identidade, da imagem e da vida privada destes seres em desenvolvimento, especialmente com relação ao infrator (artigo 143, parágrafo único, do ECA), o Juiz há de se valer do princípio da

³⁰⁸ Cecília Von Feilitzen, introdução ao livro *Os direitos da criança e a mídia: conciliando proteção e participação*, *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*, Ulla Carlsson e Cecília Von Feilitzen (orgs.), trad. Dinah de Abreu Azevedo e Maria Elizabeth Matar, São Paulo, Cortez, 2002, p. 23. Sobre este ponto, confira-se, ainda, Hermano Duval. *O direito à imagem*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 131-132.

³⁰⁹ Gino Giacomini Filho, *Consumidor versus propaganda*, São Paulo, Summus, 1991, p. 56 (literal).

vulnerabilidade para decidir qualquer questão pertinente aos contratos de cessão do uso da imagem do incapaz, pois, nestes casos, a vontade do representante legal não pode se sobrepor à necessidade da preservação do direito ao respeito que a lei impõe, pela regra geral do artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente.³¹⁰

Neste aspecto, afirma-se, sem receio, que não se deve interpretar estritamente a lei, o contrato ou os usos sociais quando estiver em jogo algum direito da personalidade da criança ou do adolescente, especialmente a imagem, cabendo ao Juiz, ouvido o Ministério Público, buscar a tutela adequada a cada menor, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, observado o princípio da vulnerabilidade que rege as relações referentes à infância e à juventude.³¹¹

2.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O ***princípio do melhor interesse da criança*** é outro a ser considerado pelo Magistrado no julgamento dos processos que envolvam a tutela da personalidade infanto-juvenil.

Tal regra adveio da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança e foi incorporada a diversos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, como, por exemplo, aos artigos 4º, 6º, 22, 28, parágrafo 1º, 45, parágrafo 2º e 161, parágrafo 2º, e agora, de forma expressa, ao artigo 1.584 do Código Civil vigente, sendo que ela funciona como cláusula geral dos direitos da criança e do adolescente, pois, pela sua flexibilidade, confere amplos poderes ao Juiz para, atendendo as particularidades do caso concreto, adotar a solução mais conveniente aos interesses supremos da criança ou do adolescente, observadas as diretrizes da Lei n. 8.069/90 e do artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

³¹⁰ Gustavo Tepedino, A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 417, anota que “o legislador fixa como critério interpretativo de todo o estatuto a tutela incondicionada da formação da personalidade do menor, mesmo se em detrimento da vontade dos pais.”

³¹¹ Maria E. Rovira Sueiro, *El derecho a la propia imagen*, Granada, Editorial Comares, p. 123-124, ao comentar a LO 1/1996, de 15/01/96, de proteção dos menores, na Espanha.

Trata-se de princípio que tem encontrado grande aplicação nas causas relativas ao poder familiar³¹² e à guarda de filhos, particularmente em razão da separação judicial ou do divórcio³¹³, nas quais o Magistrado exercita plenamente a função investigatória a fim de apurar os fatos sobre a criança ou adolescente envolvido no litígio, sendo indispensáveis a participação ativa do membro do Ministério Público e a realização de estudos sócio-econômicos e psicológicos, para encontrar a melhor solução para o menor, em cada caso concreto.³¹⁴

Porém, a regra mostra-se de inestimável valor também na solução de situações que envolvam o direito da personalidade infanto-juvenil, pois são freqüentes os conflitos entre o direito pessoal de crianças e adolescentes e os direitos relativos ao poder familiar.³¹⁵

Apenas para exemplificar a abrangência do princípio, alguns direitos ínsitos à personalidade do menor que podem conflitar com direitos dos pais ou do responsável legal: o direito à opção religiosa, o direito de escolher o estabelecimento de ensino em que estudará, o direito de se submeter ou não a uma dada intervenção cirúrgica, o direito à transfusão de sangue, etc.³¹⁶

³¹² A título ilustrativo, menciona-se acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado: “*ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Impõe-se a destituição do poder familiar quando evidenciado que a mãe biológica não apresenta condições de exercer a maternidade responsável e descumpre injustificadamente os deveres inerentes ao poder familiar, expondo a prole a uma situação de risco. Inteligência dos arts. 22 e 24 do ECA. Negaram provimento.*” (Apelação Cível n. 70013174305, 7ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, julgado em 16 de novembro de 2005).

³¹³ Também exemplificativamente, transcreve-se parte da ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça: “*O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor.*” (LEXSTJ 147/41 e RSTJ 151/247).

³¹⁴ Wilson Donizeti Liberati, em *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo, Malheiros, 7ª ed., 2003, p. 19, observa que: “*Nossos tribunais têm reiteradamente, e com acerto, firmado entendimento reconhecendo que o interesse da criança e do adolescente deve prevalecer sobre qualquer outro interesse, quando seu destino estiver em discussão (RT 420/139, 423/115, 425/92, 430/84).*”

³¹⁵ Miguel Cillero Bruñol, *El interes superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, in Infancia, ley e democracia en América Latina*, org. Emílio Garcia Méndez e Mary Beloff, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1998, p. 81: “*O princípio do interesse superior da criança permite resolver ‘conflitos de direitos’ recorrendo à ponderação dos direitos em conflito.*”

³¹⁶ São exemplos mencionados por Pasquale Stanzione, *Capacita e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino, Jovene Editore, 1975, p. 378; Gustavo Tepedino, em *A disciplina jurídica da filiação...*,

Nestes casos, o Magistrado deve buscar a solução mais adequada à preservação do interesse da criança e do adolescente, ainda que a sua decisão contrarie a vontade dos genitores, pois, em razão da simples condição da incapacidade de fato, o menor não deve ser privado de exercer ou de praticar atos que possibilitem desenvolvimento pleno da sua personalidade.

2.5 Princípio do direito ao esquecimento

Por último, cumpre destacar o **princípio do direito ao esquecimento**, de grande importância no que diz respeito à personalidade da criança e do adolescente.

Com correção, Paulo Afonso Garrido de Paula assinala que:

“O respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento indica um estado que necessariamente deve ser levado em conta, sob pena de conceber, aquilo que é, por aquilo que pode ser, ou seja, um adulto. A criança ou adolescente não é um projeto, um empreendimento esquemático; é uma realidade caracterizada por atributos da idade, em constante modificação.”³¹⁷

Assim é que, em razão do processo evolutivo, a criança e o adolescente são seres que se modificam constantemente, nos aspectos físico, mental, psicológico e moral.

Estas mudanças de estado do titular do direito da personalidade (bebê, criança, pré-adolescente e adolescente), como acentuado anteriormente, causam a revogação justificada da eventual autorização dada a outrem, para o uso da imagem ou para a divulgação de fatos da vida privada dessas pessoas, que podem fazer cessar a utilização de retrato ou a exploração de fatos superados pelas alterações decorrentes da idade.

Temas de Direito Civil, cit., p. 417; e Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 2002, p. 219-220.

³¹⁷ Paulo Afonso Garrido de Paula, Reflexos do novo Código Civil..., in *Questões de Direito Civil e o novo código*, cit., p. 406-407.

Além disso, a criança ou o adolescente envolvido na crônica, em razão de fatos que alcancem a notoriedade pública – como uma disputa de guarda – ou, então, que seja autor ou vítima de crime, têm o direito a ser esquecido, para que possam superar os prejuízos que tais acontecimentos produzem à sua personalidade, reconquistando as condições necessárias ao desenvolvimento sadio e pleno.

Alguns exemplos podem ser invocados para demonstrar a importância do direito ao esquecimento na seara da tutela da personalidade de crianças e adolescentes.

O primeiro deles é o caso de uma menina asiática, Serena Cruz, adotada por italianos, que depois de ser abandonada pelos pais adotivos, teve a imagem e a vida privada projetada à notoriedade pública em razão desta situação, sendo alvo de repetidas matérias jornalísticas, chegando a ponto de ser fotografada, inclusive, na escola pública que freqüentava.³¹⁸

Primula Venditti relata que, mesmo após ter sido colocada em outro lar, a menor veio a ser fotografada com a sua nova família, o que levou o Pretor de Chieri, atendendo requerimento do responsável legal de Serena, a conceder a tutela de urgência, para fazer cessar a divulgação de atos da vida privada e da imagem da criança de três anos de idade, gravemente prejudicada na sua personalidade infantil, de forma injustificada, pois, se o fato tinha algum interesse público no início, este havia cessado, sendo que ela tinha o *“direito a ser esquecida, a fugir a uma notoriedade não desejada, mas súbita, e, portanto, altamente nociva, pois que*

³¹⁸ Primula Venditti, La privacy del minore e i mass-media, in *Privacy*, org. Agostinho Clemente, Padova, CEDAM, 1999, p. 389-405. No Brasil, cabe mencionar o caso do menino gaúcho Iruan Ergui Wu, de cinco anos, que, órfão de mãe brasileira, viajou com o pai para visitar parentes deste em Taiwan, e acabou retido pela família após a morte do seu genitor, durante três anos, até ser cumprida decisão da Corte daquele País, que confiou sua guarda à avó materna, em Canoas (RS). A enorme cobertura jornalística em torno do caso fez com que a Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude orientasse a avó sobre a conduta necessária para preservar a privacidade da criança, a fim de que esta pudesse retomar a sua vida normal (<http://noticias.uol.com.br/inter/reuters/2004/02/12/ult27u40692.jhtm>, consultado em 20/6/2006).

invoca acontecimentos dolorosos e dramáticos, e impede a criança de reconquistar a condição de uma existência normal.”³¹⁹

O segundo caso, extraído da Revista Time, edição de 22 de janeiro de 2001, página 32, é assim transcrito por Regina Sahn³²⁰:

“Duas crianças, com então 10 anos de idade, Jon Verrables e Robert Thompson, torturaram até a morte James Bulger, de apenas dois. Perto de atingirem 18 anos, a juíza Elizabeth Bitler Sloss decidiu que, tendo direito à liberdade, dever-se-lhes-ia ser concedida uma especial proteção de direito à vida (...they needed na unprecedented shield to protect them upon release).

Em decisão sem precedência no Reino Unido, eles adquiriram vitaliciamente o direito ao anonimato. Significa que a mídia em geral está proibida de informar seus paradeiros, as novas identidades, e de publicar fotografias, desenhos ou informação sobre suas imagens.”

Pondera-se que mesmo o criminoso que cumpriu a pena tem direito a reconstruir a sua imagem moral³²¹, apagando fatos indesejados do seu passado.

No caso do menor infrator que tenha cumprido medida sócio-educativa, além da proteção conferida pelos artigos 143 e 144, da Lei n. 8.069/90, contra a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos, parece claro que ele possui o direito ao esquecimento em relação ao ato criminoso que tenha praticado quando era penalmente inimputável, o qual não pode, v.g., ser considerado na investigação social prevista em edital de concurso público, como já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça.³²²

³¹⁹ La privacy del minore..., in *Privacy*, cit., p. 393. René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 91-92, menciona o caso do jovem William James Sidis, menino prodígio americano, que se graduou em Harvard aos 16 anos, que, após ter desaparecido da vida pública, cerca de 20 anos mais tarde veio a ser objeto de reportagem sobre a sua vida humilde. Apesar da invasão da sua intimidade pelo órgão de imprensa, Sidis perdeu a ação, pelo fato do Tribunal ter entendido existir direito público à informação. Ele faleceu logo em seguida ao julgamento. Edson Ferreira da Silva, *Direito à intimidade*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2ª ed., 2003, p. 76, refere que a angústia e o sofrimento se renovam a cada divulgação dos fatos dolorosos da vida pretérita da pessoa.

³²⁰ *Direito à imagem no Direito Civil contemporâneo*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 152.

³²¹ Hermano Duval, *Direito à imagem*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 132; Ferrando Mantovani, *Diritto alla riservatezza...*, cit., p. 62, que ressalta a necessidade da divulgação do fato criminoso ser atual, precisa e específica.

³²² LEXSTJ 92-359 e RMS n. 18.613/MG, 5a. Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 27/09/2005, publicado no DJU de 07/11/2005, p. 312. Ambos acórdãos relembram o caráter ressocializante da penas ou medida sócio-educativa.

3. Os direitos da personalidade e o Estatuto da Criança e do Adolescente

Além dos direitos da personalidade estabelecidos pela Constituição Federal e pelo Código Civil, aplicáveis a todas as pessoas, o Estatuto da Criança e do Adolescente cuidou especificamente de vários outros, no capítulo denominado “Dos Direitos Fundamentais”.

A legislação relativa à infância e à juventude põe em relevo o ***direito à vida e à saúde*** (artigos 7º a 15, ECA); ***à liberdade*** (artigos 15 e 16) – de ir, vir e estar em logradouros públicos e espaços comunitários, de opinião e expressão, de crença e culto religioso, de brincar, praticar esportes e divertir-se, de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação, de participar da vida política, de buscar refúgio, auxílio e orientação; ***ao respeito*** (artigos 15 e 17), que compreende a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais; ***à dignidade*** (artigos 15 e 18), que coloca crianças e adolescentes a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor; ***à convivência familiar e comunitária*** (artigos 19 a 52), que se refere ao direito da criança e do adolescente ao convívio familiar e social como fatores indispensáveis para que os menores de idade possam desenvolver-se adequadamente, através da família natural ou substituta (guarda, tutela ou adoção); ***à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer*** (artigos 53 a 59), que versam, inclusive, sobre a obrigação dos pais em matricular os filhos na escola (artigo 55), e dos estabelecimentos de ensino no que toca ao respeito aos valores culturais, artísticos e históricos do contexto social da criança e do adolescente (artigo 58), as quais podem participar ativamente do processo educacional (artigo 53); e, por último, ***à profissionalização e à proteção no trabalho*** (artigos 60 a 69), que cuida das condições para o exercício do labor pelo jovem, já que, de acordo com o artigo 7º, inciso XXXIII, é proibido o trabalho aos menores de 16 anos de idade, sendo assegurada, porém, a aprendizagem a partir dos 14 anos (artigos 60 e 64).

O legislador optou por dividir os direitos fundamentais da criança e do jovem em cinco capítulos, sendo que o direito à imagem foi inserido no título II, do capítulo II, referente ao direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, recebendo expressa menção no artigo 17 da Lei n. 8.069/90.

O artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente funciona como cláusula geral do direito da personalidade infanto-juvenil, na medida em que assegura genericamente a tais pessoas, em processo de desenvolvimento, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, sendo meramente exemplificativas as hipóteses arroladas nos artigos 16 a 18.³²³

A ausência de menção taxativa à liberdade sexual dos jovens, e ao nome e à honra³²⁴ da criança e do adolescente, quando a proteção destes direitos em tais normas parece inquestionável, serve para ilustrar que o rol contido nos artigos 16 a 18 não constitui *numerus clausus*.³²⁵

Para Fábio Maria de Mattia:

*“O legislador desdobrou o direito ao respeito e à dignidade, de que são titulares de direito subjetivo a criança e o adolescente, em três subtipos, a saber: direito à integridade física, direito à integridade psíquica e direito à integridade moral. Portanto, a lei protege a criança e o adolescente contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.”*³²⁶

³²³ A respeito do artigo 16, Roberto João Elias escreve: “A norma legal, a nosso ver, é exemplificativa, não exaurindo a matéria. Como já foi expresso, a liberdade pode ser vista como a ausência de impedimentos para agir, e, assim, é amplíssima, extrapolando as hipóteses referidas no artigo em discussão.” (*Direitos fundamentais da criança...*, cit., p. 14). Ao comentar o artigo 15 do ECA, José Carlos Dias esclarece que: “Os artigos seguintes, de ns. 16, 17 e 18, vêm a explicitar, respectivamente, o que o legislador entende como direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade do menor, como bens jurídicos merecedores de tutela e que são reflexo e consequência do que a Constituição garante a todos os cidadãos.” (*in Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, Munir Cury (coord.), São Paulo, Malheiros, 2005, p. 77).

³²⁴ Sobre o direito à honra do incapaz, Aparecida I. Amarante, *Responsabilidade civil por dano à honra*, Belo Horizonte, Del Rey, 6ª. ed., 2005, p. 58-60, que assevera: “A atual Constituição brasileira confirma a existência dessa honra ao declarar textualmente que ‘é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito (...) à dignidade, ao respeito ...’ (art. 227), o que foi reforçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) em seus artigos 15 a 18.”

³²⁵ No mesmo sentido: Roberto Senise Lisboa, O dano moral e os direitos da criança e do adolescente, *in Revista de Informação Legislativa*, v. 118, 1993, p. 467.

³²⁶ *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, Munir Cury (coord.), São Paulo, Malheiros, 2005, p. 87. O autor vale-se da classificação idealizada por Rubens Limongi França, para afirmar que a integridade moral da criança e do adolescente pressupõe o respeito a vários direitos da personalidade, como à intimidade, ao segredo, à honra, ao recato, à imagem, à identidade pessoal, familiar e social (*ob. cit.*, p. 91).

Dessa maneira, observa-se o reconhecimento legislativo da titularidade dos direitos da personalidade de crianças e adolescentes, os quais, a par da proteção comum aos adultos³²⁷, estabelecida na Constituição Federal e no Código Civil de 2002, gozam de direitos específicos de sua faixa etária, previstos na lei especial, decorrentes da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, como, por exemplo, o direito de brincar, praticar esportes e divertir-se (art. 16, inc. IV, ECA)³²⁸, absolutamente indispensáveis para o seu sadio desenvolvimento físico e psíquico.³²⁹

4. O direito ao respeito – breve análise do artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente

Reza o artigo 17 da Lei n. 8.069/90 que: “*O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.*”

Surge, desde logo, a indagação: o que o legislador pretendeu considerar como *direito ao respeito*?

³²⁷ Tânia da Silva Pereira, O ‘melhor interesse da criança’, in *O melhor interesse...*, cit., p. 14-15, que menciona lição de Felício Pontes Jr., no sentido de que “*crianças e adolescentes são sujeitos de direitos universalmente conhecidos, não apenas de direitos comuns aos adultos, mas além desses, de direitos especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, que devem ser assegurados pela família, Estado e sociedade.*”

³²⁸ Para a criança e o adolescente, o direito ao lazer aparece associado ao descanso necessário para recompor as forças para o estudo, consistindo, em sua maior parte, de brincadeiras, jogos e atividades esportivas, que contribuem para o seu desenvolvimento físico, mental e social. Uma das maiores qualidades do esporte para o jovem encontra-se no fato de aceitar livremente as “regras do jogo”, aprendendo de maneira saudável a acatar os limites que a convivência social impõe, também nos demais aspectos da vida. Em complemento, indica-se: Gustavo Ferraz de Campos Mônaco, *A proteção da criança no cenário internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 178-179.

³²⁹ José Afonso da Silva, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, Munir Cury (coord.), São Paulo, Malheiros, 2005, p. 84-85. Paulo Afonso Garrido de Paula, *Direito da criança e do adolescente...*, cit., p. 38-40, igualmente ressalta a especialidade dos direitos da criança e do adolescente, ao defender o princípio da prioridade absoluta, em face da natureza essencialmente efêmera dos mesmos, que demandam um cumprimento imediato, mesmo sob a forma de liminar, para garantia do seu desenvolvimento saudável e da sua integridade física, psicológica e moral.

Carlos Alberto Bittar, na sua obra *Os direitos da personalidade*, dedica um capítulo ao *direito ao respeito*, como um dos direitos morais, tratando-o de forma destacada do *direito à honra*, por abranger especificamente a injúria, aspecto subjetivo ou interior da honra, enquanto ofensa endereçada diretamente à pessoa, que atinge a dignidade, ou sentimento do valor moral, e o decoro, ou consciência da própria respeitabilidade.³³⁰

Realmente, quando se menciona a palavra respeito logo vem a idéia da consideração pessoal devida ao próximo, que visa a “*conservação do bom relacionamento necessário para a coexistência na sociedade.*”³³¹

Contudo, no caso do artigo 17 da Lei n. 8.069/90, o legislador certamente quis atribuir maior elasticidade à noção do *direito ao respeito*, pois imediatamente elucidou que este *consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente.*

A integridade física, a integridade psíquica e a integridade moral compõem, na verdade, os aspectos fundamentais da pessoa humana, que são tutelados pelo direito da personalidade, tratados naquele preceito de maneira especial em relação às crianças e aos adolescentes, beneficiários da proteção legal pelo Estatuto.

Por isso, o *direito ao respeito*, inserido no artigo 17 da Lei n. 8.069/90, refere-se aos bens coligados à personalidade das crianças e dos adolescentes, apresentados como sujeitos de direitos absolutos³³², sendo o comando emergente da norma legal dirigido a todos, de forma indistinta, no sentido de um dever geral de

³³⁰ *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2.ed. 1995, capítulo XXIX, p. 131-133. Esta distinção entre honra e dignidade é notada particularmente no Direito Penal, como observa Aparecida I. Amarante, *Responsabilidade civil por dano à honra*, cit., p. 43-44, salientando, com apoio em Magalhães Noronha, que a dignidade é o juízo que a pessoa tem da própria honra ou honorabilidade e o decoro é a decência ou respeitabilidade, não existindo no caso de ofensa a esta qualquer lesão à honra, mas sim ao respeito pessoal.

³³¹ Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, cit., p. 131. Diz o autor: “*Em consonância com o direito em causa, a pessoa deve abster-se de pronunciar palavras, gestos, sons, ou mímicas que possam ofender a outrem, em seu brio, ou em seu pudor, a fim de não criar conflitos de relacionamento que a paz social prescreve.*” Assim, também, Roberto João Elias, *Direitos fundamentais...*, cit., p. 17.

³³² Sobre conceito de Lodovico Barassi, *Istituzioni di Diritto Civile*, Milão, Giuffrè, 1948, p. 87.

abstenção, ou seja, de respeito aos valores jurídicos inerentes à personalidade das pessoas em desenvolvimento, contido na expressão *inviolabilidade* dos direitos fundamentais ali declinados.³³³

O dispositivo legal em comento impõe a todos o respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, ao sinalizar que qualquer pessoa que viole a integridade física, psíquica ou moral dos mesmos tornar-se-á *sujeito passivo* da obrigação de indenizar o dano causado a algum valor da personalidade infanto-juvenil³³⁴, que constitui um direito subjetivo absoluto, dotado de eficácia *erga omnes*.

Assim, todo aquele que não seja o próprio titular do direito da personalidade previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, tem, portanto, o dever de respeitá-lo, por se tratar de um direito subjetivo *excludendi alios*³³⁵, sendo que o descumprimento importa na obrigação de reparar os prejuízos decorrentes deste ato ilícito.

Assim, é possível concluir que o *direito ao respeito*, inscrito no artigo 17 da Lei n. 8.069/90, vai além da simples tutela da dignidade e do decoro da criança e do adolescente, compreendendo os direitos relativos à integridade física (como o direito à vida, o direito ao próprio corpo ou partes destes, etc.), à integridade psíquica (direito moral de autor, direito de desportista, etc.) e à integridade moral (direito à imagem, direito à intimidade, direito à identidade, o direito ao segredo, etc.).

³³³ Baseado em Davide Messinetti, Personalità (diritti della), *Enciclopedia del diritto*, Milão, Giuffrè, 1983, p. 361. Roberto João Elias, *Direitos fundamentais...*, cit., p. 17-18, assevera: “O que importa relevar, sobretudo, é que se exige de todos a ausência de ação que possa ferir, de alguma maneira, a integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente.”

³³⁴ Como anota Tânia da Silva Pereira, O ‘melhor interesse da criança’, in *O melhor interesse da criança...*, cit., p. 15: “A Doutrina e a Jurisprudência reconhecem à criança e ao adolescente a titularidade de Direitos da Personalidade e, desta forma, justificam a possibilidade de indenização por danos morais sempre que sofrerem lesões a estes.” Roberto Senise Lisboa, por sua vez, diz que o menor, como titular de direitos de personalidade que é, pode sofrer dano moral. Na condição de sujeito de direitos, o incapaz vê surgir o interesse com a simples constatação da violação do direito da personalidade, como a imagem, a intimidade ou o direito moral de autor, entre outros (O dano moral e os direitos..., RIL 118:462-465).

³³⁵ Maria Helena Diniz, *Anotações de aula no curso direitos da personalidade: questões polêmicas*, PUC-SP, 1997.

Na parte final da norma ora analisada, o legislador se preocupou em declinar que o *direito ao respeito* abrange a *preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores e crenças, dos espaços e objetos pessoais* de crianças e adolescentes, de modo a evidenciar a peculiaridade da situação jurídica destes, no que tange a alguns aspectos que entendeu merecedores de reforço por norma específica – como a imagem, a identidade e a intimidade – direitos que, embora consagrados no artigo 5º, inciso X, da Magna Carta, quis deixar expresso para melhor tutela dos interesses dos menores de idade.

Cabe uma rápida colocação sobre os direitos da personalidade especificados no artigo de lei versado no presente capítulo, conexos ao direito à imagem.

4.1 Direito à identidade

A *identidade* situa-se como um direito à integridade moral, constituindo-se num valor fundamental, eis que é o elemento que liga o indivíduo à família e à sociedade, permitindo que sejam conhecidos o seu nome³³⁶, o seu estado e o seu domicílio, dados indispensáveis para a boa convivência social, na medida em que o distingue dos demais.³³⁷

O *direito à identidade* protege o nome, considerado o prenome e o patronímico, e também os seus acessórios, como o pseudônimo, a alcunha ou apelido, o nome artístico, os títulos de identificação e honoríficos, os sinais figurativos, e o brasão ou escudo com os símbolos e as cores da família.³³⁸

³³⁶ O Código Civil vigente incluiu o nome entre os direitos da personalidade, dispondo, no artigo 16, que: “*Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendido o prenome e o sobrenome.*”

³³⁷ Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, cit., p. 120; Maria Helena Diniz, *Anotações de aula no curso direitos da personalidade: questões polêmicas*, PUC-SP, 1997.

³³⁸ Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, cit., p. 121; Maria Helena Diniz, *Anotações de aula no curso direitos da personalidade: questões polêmicas*, PUC-SP, 1997. Para Pontes de Miranda: “*O ius imaginis supõe a identidade pessoal; de modo que usar a imagem de alguém, para se indicar, ou indicar a outrem, é ofensa ao direito (de personalidade) à própria imagem.*” (*Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 2ª ed., t. VII, 1956, p. 52). No mesmo sentido: Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, Milão, Giuffrè, 1961, t. II, p. 11. De fato, não há como negar que a imagem, a voz, os gestos sejam sinais característicos

Assinala-se que a criança tem direito ao nome, ao patronímico e ao registro civil, como elucida Gustavo Ferraz de Campos Monaco, com base nos documentos internacionais, mencionando o artigo 24, n. 2, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, o artigo 7º, da Convenção sobre os Direitos da Criança, e o artigo 3º, do Pacto de San Jose de Costa Rica, que passa a individualizá-la, “*dando-lhe existência no mundo do dever-ser e não apenas no mundo do ser*”.³³⁹

Porém, o verdadeiro significado da disposição legal consiste na *preservação da identidade da criança e do adolescente*, tendo o propósito de assegurar a estes que os seus dados de identificação não sejam revelados de maneira a que possam lhes causar um dano à integridade moral.³⁴⁰

Nesse sentido, através dos artigos 143 e 247, o Estatuto da Criança e do Adolescente proibiu a divulgação, sem a autorização devida, por qualquer meio de comunicação, de nome, ato ou documento relativo a procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional, de modo a permitir a sua identificação, direta ou indiretamente.

Dessa forma, o Estatuto buscou coibir qualquer dano à personalidade do menor de idade envolvido na prática de ato infracional, para “*erradicar o estigma da marginalidade e a rotulação do universo infanto-juvenil*”.³⁴¹

da pessoa, suficientes para identificá-la em algumas situações. Todavia, isto não retira da imagem a autonomia de um direito próprio, passível de sofrer lesão sem que haja prejuízo à identidade; mas antes, e pelo contrário, a sua própria afirmação, quando, v.g., é utilizada para fins publicitários, sem o consentimento do interessado, a figura de pessoa famosa.

³³⁹ *A proteção da criança no cenário internacional*, cit., p. 205.

³⁴⁰ José Luiz Mônaco da Silva alude ao fato das crianças e dos adolescentes terem o direito de evitar que os seus dados de individualização sejam expostos à curiosidade pública (*Estatuto da Criança e do Adolescente...*, cit., p. 35).

³⁴¹ Ivanéa Maria Pastorelli, *Manual de imprensa e de mídia do Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo, OrangeStar, 2001, p. 93. Roberto João Elias anota: “No art. 5º, LX, da Constituição Federal, preceitua-se que ‘a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem’. No caso, não só a intimidade da criança ou do adolescente, mas também o interesse social exige tal restrição.” (*Comentários ao Estatuto...*, cit., p. 164). No mesmo sentido: Wilson Donizeti Liberati, *Comentários ao Estatuto...*, cit., p. 143, que acrescenta que: “a lei estatutária pretende evitar que a criança e o adolescente fiquem expostos à publicidade nociva e estigmatizante, que, ao invés de inibir, estimula novas violências.”

Trata-se de infração administrativa, punida com multa e/ou a apreensão da publicação, nos termos do artigo 247 do Estatuto.³⁴²

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 869-2-DF, em Sessão Plenária, declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade da parte final do parágrafo 2º, do mencionado artigo 247 da Lei n. 8.069/90, que previa a suspensão da programação da emissora ou do periódico responsável pela veiculação dos dados de identificação da criança ou do adolescente a que fosse atribuída a prática do ato infracional.

Segundo o voto dos Ministros da Corte Suprema, a medida mostrava-se inadequada como sanção administrativa, como salientou o relator, Ministro Ilmar Galvão, “posto que, na verdade, o efeito que dela resulta vem justamente de encontro ao direito que tem o público à informação sobre fatos e idéias, privado que dela pode ficar por até dois dias.”³⁴³

Os Ministros Sepúlveda Pertence, Sidney Sanches Néri da Silveira e Moreira Alves ressaltaram que, por se tratar de sanção administrativa, ainda que aplicada por autoridade judiciária, a interdição de publicações ou transmissões posteriores ao fato, e sem qualquer relação com a infração cometida, não poderia ser imposta sem o devido processo legal e do direito de defesa do órgão de comunicação.³⁴⁴

³⁴² A respeito, é interessante transcrever ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “*Administrativo – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Pichação – Notícia em jornal envolvendo menores como agentes de condutas ilícitas – Autorização do juiz da infância e da juventude – Inexistência – Sanção administrativa – Lei n. 8.069/90, art. 247 – Precedentes STJ. É vedado aos órgãos de comunicação social a divulgação total, ou parcial, de atos ou fatos denominados infracionais atribuídos a criança ou adolescente, sem a devida autorização do MM. Juiz da Infância e da Juventude. Sendo de conhecimento da imprensa a existência de representação da Curadora contra os menores, por danos ao patrimônio público, descabe a alegação de inocorrência de ato infracional a justificar a conduta do recorrente. ‘A criança e o adolescente têm direito ao resguardo da imagem e intimidade. Vedado, por isso, aos órgãos de comunicação social narrar fatos, denominados infracionais, de modo a identificá-los’ (REsp n. 55.168/RJ, DJ de 09.10.1995). Recurso especial não conhecido.*” (RSTJ 182/180).

³⁴³ RT 827/153.

³⁴⁴ RT 827/147-159. A ementa do julgado está assim redigida: “*ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – Infração administrativa – Suspensão de programação de emissora de televisão por até dois dias ou publicação de periódico por até dois números em casos de divulgação total ou parcial de nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional – Inadmissibilidade – Sanção que importa limitação à liberdade de manifestação do*

O Pretório Excelso preocupou-se com o cerceamento do direito constitucional à liberdade de informação, conferido pelo artigo 220 da Constituição Federal, em razão da suspensão do periódico ou da programação de televisão, quando já cessada a atividade nociva à criança ou ao adolescente que teve sua imagem, nome, identidade, etc. indevidamente divulgada, produzindo a medida efeito sobre o órgão de comunicação no instante em que não mais se veiculava notícia acerca do ato infracional.³⁴⁵

É necessário atentar que o uso de tarja ou a informação de apelido, filiação, parentesco ou residência, ou de ilustração que diga respeito ou se refira a atos infracionais atribuídos a crianças e adolescentes, igualmente configura infração administrativa, prevista nos artigos 143 e 247 da Lei n. 8.069/90, sendo vedado aos órgãos de comunicação social narrar tais fatos, de modo a permitir a sua identificação, estigmatizando a pessoa em processo de desenvolvimento.³⁴⁶

A divulgação de ato judiciais, policiais e administrativos relativos à prática de conduta infracional atribuída à menor, com menção a dados pessoais do seu autor, como prenome, apelido, bairro onde mora, local de trabalho, que permita identificar o menor envolvido no ilícito, também gera o dever de indenizar o dano moral causado a este pelo órgão de comunicação responsável pela publicação, sem prejuízo da pena administrativa prevista do artigo 247 da Lei n. 8.069/90.³⁴⁷

pensamento, de criação, de expressão e de informação, não prevista na Constituição Federal – Inconstitucionalidade da parte final do parágrafo 2º do artigo 247 da Lei 8.069/90 por afronta ao artigo 220 da Constituição Federal.”

³⁴⁵ Nesse sentido é muito esclarecedor o voto do Ministro Néri da Silveira, que deixou consignado que, além de imposta sem o devido processo legal, a pena de natureza administrativa seria aplicada quando não mais existisse matéria ofensiva à criança ou ao adolescente, “*só porque anteriormente circulou com a notícia que seria contrária ao previsto na lei de menores. Entendo que aí se cuida de sanção que, de fato não repararia exatamente o que se pretende defender. Por isso, penso que, preventivamente, é cabível impedir se consume infração ao valor protegido pela lei. Se houver notícia de que amanhã circulará uma edição do jornal contendo a relação de todos os menores ...*” admitir-se-á a ação preventiva, a cautelar. (RT 827-157).

³⁴⁶ Ivanéa Maria Pastorelli, em *Manual de imprensa...*, cit., p. 93. Idem: RSTJ 78/409 (LEXSTJ 78/381).

³⁴⁷ JTJ-Lex 263/167. O parágrafo único, do artigo 143 do ECA, com a redação da Lei n. 10.764, de 12.11.2003, dispõe a respeito da divulgação de atos infracionais que digam respeito a crianças e adolescentes: “*Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.*”

4.2 Direito à autonomia

No que tange à preservação da *autonomia* da criança e do adolescente, é importante sublinhar que, quando se trata de direito da personalidade, a capacidade de agir e a capacidade de direito se aproximam, porquanto o exercício dos direitos personalíssimos, pela própria natureza destes, pertence exclusivamente ao seu titular – mesmo se for civilmente incapaz –, sofrendo atenuação, portanto, as regras da representação legal.

A matéria será desenvolvida mais adequadamente por ocasião do estudo do consentimento da criança e do adolescente à utilização da própria imagem.

Todavia, é possível adiantar que, conquanto caiba aos pais o direito-dever de educar os filhos, zelando pelos seus interesses pessoais e patrimoniais, no que se refere aos direitos da personalidade, conforme o grau de maturidade da criança e do adolescente, a vontade destes poderá prevalecer sobre a dos genitores, especialmente se possuírem discernimento suficiente para decidir por si questão que envolva um interesse peculiar, como, por exemplo, o de permitir ou não determinado tratamento médico, ou de escolha da religião, da profissão, ou da educação que desejam receber.³⁴⁸

Sobre o tema, assim se manifesta Pasquale Stanzone:

“O menor, segundo os princípios constitucionais é ‘pessoa’, merecedor de verdadeiro respeito e tutela da dignidade humana a fim de assegurar o desenvolvimento da

³⁴⁸ Sobre a matéria, sugere-se a leitura dos seguintes autores: Pasquale Stanzone, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino, Jovene Editore, 1975; Maria Del Carmen García Garnica, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2004; Maria Clara Sottomayor, O poder familiar como cuidado parental e os direitos da criança, in *Cuidar da justiça de crianças e jovens – a função dos Juizes sociais – actas do encontro*, Coimbra, Almedina, p. 44-54; Aída Kemelmajer de Carlucci, *El derecho del niño a su propio cuerpo*, in *Direito Civil no século XXI*, coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 1-55; Claire Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1984, 235-250 ; e Gustavo Tepedino, A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 417-426.

*personalidade. Ser considerado verdadeiro sujeito de direito significa consentir-lhe, em plena autonomia, as escolhas que concernem à sua pessoa (...) especialmente quando ele reúna a capacidade de discernimento.*³⁴⁹

Maria Del Carmen García Garnica, por sua vez, adverte que:

*“O menor de idade não pode ser considerado incapaz do ponto de vista jurídico, porque o Direito positivo o habilita a realizar por si certos atos importantes de acordo com o seu grau de maturidade e desenvolvimento.”*³⁵⁰

Nesse sentido, afirma-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente constitui documento importante na afirmação da autonomia dos menores de idade, pois, seguindo a Convenção sobre os Direitos da Criança, especificou, no artigo 16, alguns aspectos compreendidos no *direito à liberdade*, indicando a mitigação do poder familiar relativamente aos filhos, ao conferir a estes, por exemplo, os direitos de opinião e expressão, de crença e culto religioso, de participação na vida política e, principalmente, de buscar refúgio, auxílio e orientação, permitindo inferir, neste último caso, que a criança ou o adolescente, vítima do abuso dos detentores da representação legal, poderão procurar, sozinhos, o acesso à Justiça, para a solução de problemas de convivência familiar.³⁵¹

³⁴⁹ *Capacità e minore età...*, cit., p. 361-362.

³⁵⁰ *El ejercicio de los derechos...*, cit., p. 60, no qual menciona o artigo 162 do CC espanhol, cuja redação é a seguinte: “Os pais que ostentem o pátrio poder têm a representação legal de seus filhos menores não emancipados, excetuados: 1. os atos relativos a direitos da personalidade ou outros que o filho, de acordo com as leis e com suas condições de maturidade, possa realizar por si mesmo.”

³⁵¹ Os artigos 141, *caput*, 142, parágrafo único, e 201, incisos V e VIII, do ECA, mostram que a criança e o adolescente têm acesso pleno à Justiça, visando ao atendimento de interesses próprios, mesmo quando estes colidam com os de seus pais ou responsáveis legais. A respeito, confira-se Gustavo Tepedino, *A disciplina jurídica da filiação...*, in *Temas de Direito Civil*, cit., p. 419-420. Sobre a liberdade de participação da criança e do adolescente nas decisões atinentes ao seu desenvolvimento psíquico, confira-se Gustavo Ferraz de Campos Monaco, *A proteção da criança...*, cit., p. 176-179. Maria Clara Sottomayor, *O poder familiar...*, in *Cuidar da justiça...*, cit., p. 45-46, referindo-se ao artigo 1878º, do Código Civil português, que assegura o reconhecimento de autonomia dos filhos em relação aos pais, assim como o de exprimirem a sua opinião nos assuntos familiares importantes (arts. 1878º e 1901º), afirma, de forma categórica, que: “*A criança tem o direito de ser ela própria, o direito à diferença contra a homogeneidade de modelos a que, por vezes, tendem as famílias em relação às crianças, que vêm bloqueado, através de uma educação para a sujeição ao poder, o desenvolvimento do seu espírito crítico e do pensamento problematizante.*”

4.3 Direito à liberdade ideológica e de crença

O artigo 17 da Lei n. 8.069/90 especifica, ainda, a necessidade da preservação *dos valores, idéias e crenças* das crianças e dos adolescentes, afirmando “*um cânone fundamental, segundo o qual ser menor de idade não significa ter menor respeito do que os adultos.*”³⁵²

Como sujeitos de direitos da personalidade, os menores de idade gozam de iguais faculdades concedidas aos adultos, com relação ao direito de ter, exprimir e difundir o seu pensamento, as suas próprias opiniões e idéias, bem como de conservar valores e crenças, porque estes são elementos indispensáveis ao sadio desenvolvimento da sua personalidade.³⁵³

Cuida-se de um prolongamento do *direito à autonomia e à liberdade* do menino e do jovem quanto ao exercício de certas faculdades, como a de reunião, de associação, de crença religiosa, etc.

Para exemplificar o cabimento da regra, é possível afirmar que, salvo motivo grave, os genitores não podem impedir as relações pessoais do filho com os avós ou com os tios. Este mesmo princípio é aplicável às amizades.³⁵⁴

A recusa infundada dos pais à convivência do menor de idade com certos parentes ou amigos pode repercutir negativamente na formação da sua personalidade, caracterizando abuso de direito, reprimido pelo artigo 98, inciso II, da Lei n. 8.069/90.³⁵⁵

³⁵² Pasquale Stanzone, *Capacita e minore età...*, cit., p. 299.

³⁵³ José Luiz Mônaco da Silva, *Estatuto da Criança e do Adolescente...*, cit., p. 35, escreve: “*Quanto aos demais direitos abrangidos pela norma (preservação da autonomia, dos valores, etc.), todos decorrem naturalmente da necessidade de conferir a criança ou adolescente a expectativa de pensar por si mesmo, de ter sua própria opinião, de poder exteriorizar seu pensamento, de freqüentar espaços comunitários, enfim, de ter, guardadas as devidas proporções, os mesmos direitos e obrigações dos adultos.*”

³⁵⁴ Pasquale Stanzone, *Capacita e minore età...*, cit., p. 390-392.

³⁵⁵ V. Gustavo Tepedino, *A disciplina jurídica da filiação...*, in *Temas de Direito Civil*, cit, p. 424-426.

Portanto, ausente qualquer situação de risco ou de dano iminente³⁵⁶, os menores de idade devem fazer as próprias escolhas, visando a consolidar valores pessoais, familiares e sociais, e também a estabilizar as crenças, como, v.g., a do credo religioso que porventura venham a professar, mesmo sob a orientação dos pais, mas nunca sob a coação moral.³⁵⁷

4.4 Direito à vida privada e à intimidade

Relativamente à preservação dos *espaços e objetos pessoais*, percebe-se que o ordenamento jurídico visou a proteção imediata do *direito à vida privada e à intimidade* da criança e do adolescente.

Assim como a tutela do *direito à honra* do menor de idade ficou implícita nos artigos 15 e 18 da Lei n. 8.069/90, o *direito à intimidade* é outro cuja proteção advém da conjugação da parte final do artigo 17, ora analisado, com os outros artigos já referidos.

A criança e o adolescente, a exemplo dos adultos, têm *direito à intimidade* com relação aos assuntos pessoais e familiares³⁵⁸, motivo pelo qual o legislador entendeu conveniente tornar explícita a necessidade da preservação dos *espaços e objetos pessoais* das pessoas em desenvolvimento.

Ao falar sobre a autonomia e a família, Gustavo Ferraz de Campos Monaco destaca a importância:

³⁵⁶ Maria Del Carmen García Garnica, *El ejercicio de los derechos...*, cit., p. 60-61, ensina: “a necessidade de proteger e amparar o menor, dadas as suas naturais limitações, não pode servir de causa para privá-lo dos seus direitos fundamentais.”

³⁵⁷ Sob este último aspecto: Pasquale Stanzione, *Capacita e minore età...*, cit., p. 384 e 387. Sobre o tema da liberdade religiosa, diz o autor: “Se se compreende a religião como um direito da personalidade, disto deriva que ao filho deveria ser reconhecida maior independência quando se trata de decidir se adere a um ou outro credo religioso.” (ob. cit., p. 384). Gilberto Haddad Jabur, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 153, explica que a liberdade de crença é livre convicção de fé religiosa, enquanto o culto é a manifestação da crença, profissão de fé em torno de alguma divindade.

³⁵⁸ Diz Milton Fernandes, *Proteção civil da intimidade*, cit., p. 126: “Não existe, dessa forma, diferente proteção a ser assegurada à intimidade infantil, à juvenil e à adulta.”

“do reconhecimento da intimidade familiar enquanto direito fundamental da pessoa humana que convive naquele grupo, uma vez que a violação injustificada dessa intimidade por quem quer que seja, e que acabe expondo aspectos da vida íntima do grupo familiar, pode ocasionar rupturas no desenvolvimento psicossocial das crianças enquanto membros daquela família (art. 16 da Convenção sobre os Direitos da Criança). Todavia, o exercício desse direito não pode jamais ser confundido com a omissão da comunidade em que se insere a família, sempre que se detectar algum tipo de violação, no seio familiar, a algum direito de que a criança seja titular.”³⁵⁹

Ao assegurar aos beneficiários do Estatuto a garantia de espaço próprio, o legislador teve em mente que o desenvolvimento sadio da personalidade somente é possível quando o indivíduo pode afastar-se momentaneamente do grupo familiar, ocupando um canto do lar que seja exclusivamente seu – por mínimo que seja; mas indevassável –, e que possa manter resguardados os seus objetos pessoais, como as correspondências, o diário pessoal e outros que somente digam respeito à criança e ao adolescente.

É o que a doutrina americana denominou o *direito de estar só*, segundo ensina Milton Fernandes, para depois elucidar que o homem necessita de um local em que possa permanecer isolado, afastado da presença e dos olhares que não deseja, pelo menos em certos momentos, sendo o espaço físico da residência “o ambiente propício à satisfação da periódica necessidade de isolamento.”³⁶⁰

Porém, é imperioso registrar que se os pais observarem situação de risco à integridade física, psíquica ou moral do filho, o dever de zelar pelo menor os obriga a agir, de modo a evitar danos à sua personalidade.

Isto ocorre, por exemplo, quando se cuida de evitar a guarda de substância entorpecente (tóxicos), de material perigoso (produto químico, fogos, arma, etc.), e de “*outros objetos que atentem contra a formação da sua moral e*

³⁵⁹ *A proteção da criança...*, cit., p. 163.

³⁶⁰ *Proteção civil da intimidade*, cit., p. 158-159. Também Paulo José da Costa Júnior, *O direito de estar só*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1995, p. 15 e 28-30.

*equilíbrio psíquico*³⁶¹, no interior do seu quarto ou em outro espaço da residência familiar que lhe seja reservado.³⁶²

A liberdade que a lei confere às crianças e aos adolescentes para usufruir a sua intimidade não pode servir de pretexto à omissão dos pais, quando esteja em jogo a segurança e o bem-estar dos filhos, pois, atenuado o rigor do poder familiar pelas normas citadas, ele ainda assim persiste, e deve ser exercido sob a perspectiva do melhor interesse da criança.³⁶³

Portanto, o *direito de estar só* não deve ser confundido com o isolamento da criança ou do jovem, atualmente muito freqüente em razão do uso de computadores, sendo que eles passam horas navegando pela *internet*, em *sites* de sua preferência ou nas salas de bate-papo, etc.

³⁶¹ A expressão em itálico é de Elimar Szaniawski, *Direitos de personalidade e sua tutela*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p.138-139.

³⁶² Gilberto Haddad Jabur, *Liberdade de pensamento...*, cit., p. 265, afirma que: “aos pais, em posição superior e sob a justificativa do dever de vigilância, é permitido o exame, e até o vasculho, em busca do que possa lhes afligir na educação de seus filhos. O direito à liberdade da prole não fica prejudicado com a atitude dos pais. É dever de cautela primordial o acompanhamento educacional pelos genitores, sendo, por vezes, necessária dita intervenção, embora a contragosto. Mas entre irmãos, renove-se, o mesmo não ocorre. É que ausente a natural hierarquia defluente do poder de guarda, ambos desfrutam do mesmo respeito e direito à reserva, quer de suas miudezas, quer daquilo que saibam possa igualmente interessar ao irmão e, a partir daí, a terceiros curiosos, a quem não desejam, ainda de modo oblíquo, dar a conhecer.” Diferente é a posição defendida por Paulo José da Costa Júnior, *O direito de estar só*, cit., p. 27, ao salientar que, se os pais podem controlar os filhos, os filhos também podem controlar os pais, o que levaria a uma situação estarrecedora. Diz este autor: “Essa vigilância recíproca tende a solapar os princípios basilares da convivência em família: o interesse natural que os membros têm pelas atividades uns dos outros está sujeito ao risco de não mais se basear em pressupostos de confiança e respeito mútuos.”

³⁶³ Gustavo Ferraz de Campos Monaco, *A proteção da criança...*, p. 161, anota: “Nesse sentido, a família (art. 18 da Convenção sobre Direitos da Criança), enquanto ‘espaço privilegiado de necessidades básicas e de mediação entre o indivíduo e o meio’, adquire uma importância substancial no que concerne ao desenvolvimento das crianças. Com efeito, quando se fala em desenvolvimento da criança, deve-se ter sempre em mente o desempenho dos papéis familiares pelos demais membros do grupo ao qual ela pertence, bem como as inter-relações da família com a comunidade que os circunda. Pais que não desempenham satisfatoriamente as suas funções, mantendo-se em uma situação de proximidade ilusória, incutem em sua prole uma ‘pseudomaturidade, frágil e oca, pela qual não foi preciso lutar e que, por isso, não se pode estruturar.” Na página seguinte, acrescenta: “Também é importante que se estabeleçam regras claras e condizentes com o estágio evolutivo da criança, indicando-se claramente os seus direitos e os seus deveres, bem como quem desempenhará o papel de titular da autoridade, sob pena de não se fixarem os conceitos de estabilidade e segurança, tão importantes para o pleno desenvolvimento dos infantes, muitas vezes inibidores de uma vida desregrada e delinqüente.”

A maior evidência do risco do isolamento, forçado pelo rápido avanço dessa forma de comunicação, advém de dois fatos recentes noticiados pela imprensa, ambos relacionados à pornografia infantil pela *internet*.

O primeiro deles, diz respeito a um americano de treze anos que havia ganhado uma *webcam* (câmera de computador) ao assinar o provedor de acesso à rede *internet*.

O jovem não possuía muitos amigos, e tinha uma convivência familiar delicada, como confessou ao repórter Kurt Eichenwald, do *The New York Times*. Ao instalar a câmera, teve a sua imagem transferida a um *site* de usuários daquele produto, e, a partir de então, passou a ser rastreado por *predadores on-line*, homens que lhe ofereciam vantagens, como compras em lojas da rede, a fim de que se exibisse fisicamente à frente do computador, passando a fazer parte de um grupo de adolescentes que o jornalista denominou de '*camwhores*' (prostitutos de câmera).

A situação prejudicial ao jovem evoluiu rapidamente a partir do instante em que criou o próprio *site* de pornografia, pois, na medida em que ampliava os contatos e, ao mesmo tempo, os benefícios financeiros auferidos com 'a troca de favores', acabou sendo retirado da segurança do lar para encontros pessoais com os molestadores. A pretexto de reuniões de informática, obteve o consentimento materno para viagens, passando a se prostituir de fato, até ser encontrado, algum tempo depois, pelo repórter, que, acidentalmente, caiu na rede de pornografia, quando pesquisava sobre fraudes financeiras na *internet*, a partir de um texto falso, em que aparecia a foto do rapaz.

O caso foi levado ao FBI, onde o moço prestou informações sobre empresas e pessoas envolvidas na rede de pornografia virtual. O repórter funcionou como um anjo da guarda do adolescente, que aceitou colaborar com as investigações por temer pela própria vida, tendo encontrado em Kurt Eichenwald o apoio que necessitava para sair da rede, deixando de responder mensagens de seus admiradores adultos, retomando o controle da sua vida, a ponto de revelar os

segredos à família, de procurar o auxílio da igreja e de psicólogos, passando a freqüentar a faculdade, isto quando já contava com 18 anos de idade.³⁶⁴

Outro episódio, este mais grave, refere-se ao menino brasileiro que recebia e transmitia imagens de pedofilia pela *internet*, o qual, surpreendido por ação antipedofilia da Polícia Federal, que cumpria mandado judicial para apreensão de computadores na residência da sua família, após se trancar no quarto, suicidou ao atirar-se pela janela do sexto andar do prédio onde morava. Segundo a matéria jornalística, o rapaz era reservado, pouco conhecido dos vizinhos, mas não demonstrava comportamento anormal.³⁶⁵

A ação policial fazia parte de uma operação internacional de combate à pedofilia pela *internet*, coordenada pela Espanha, e foi executada em 25 países, sendo que o delegado encarregado do caso afirmou terem sido encontradas imagens pornográficas com crianças, “cenas pesadas”, cuja revelação teria levado o jovem ao suicídio.³⁶⁶

Dados estes exemplos, cabe repetir a possibilidade que sempre existirá da colisão entre o direito da personalidade da criança e do adolescente, particularmente quanto ao aspecto da sua *intimidade*, e o direito funcional dos pais à sua educação.³⁶⁷

Permite-se reiterar que o direito decorrente do poder familiar não é algo absoluto, porque encontra limite no direito filial, pois o propósito da lei, ao se referir que compete aos genitores dirigir a educação da prole (artigo 1.634, Código Civil),

³⁶⁴ Conforme matérias publicadas no caderno *Link*, *O Estado de São Paulo*, 26-12-2005, intituladas: “*Webcam abre janela para abuso – com uma câmera instalada no computador, adolescentes se transformam em estrelas pornô caseiras*” e “*Astro e vítima da pornografia online – aos 13, J.B. ganhou uma webcam, mas, em vez de conhecer garotas, caiu na rede de predadores online*”.

³⁶⁵ “*Jovem se mata em blitz antipedofilia – rapaz de 17 anos se atirou da janela enquanto PF cumpria mandado de apreensão em operação internacional*”, matéria de Alexandre Rodrigues e Felipe Werneck em *O Estado de São Paulo*, 22-02-2006, caderno *Metrópole*.

³⁶⁶ “*Jovem recebia imagens de pedofilia pela internet, diz PF*”, matéria de Alexandre Rodrigues em *O Estado de São Paulo*, edição de 23-02-2006, caderno *Metrópole*.

³⁶⁷ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 540, que cita o exemplo do conflito entre a liberdade de expressão do pensamento ou a intimidade da reserva da vida privada de um menor de 13 anos com o direito dos pais de controlar a correspondência postal e as companhias do filho.

não foi outro, senão o de assegurar a proteção dos menores, inclusive quanto ao eventual abuso praticado pelos próprios genitores (artigos 22 e 98, inciso II, Lei n. 8.069/90).

Assim é que, ao mesmo tempo em que os pais devem garantir os direitos fundamentais do menor de idade, respeitando a sua dignidade como pessoa e permitindo o livre desenvolvimento da sua personalidade, direitos afirmados nos artigos 1º, inciso III, e 5º, inciso X, da Constituição Federal e nos artigos 15 a 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, visando a proteção dos interesses dos filhos, eles devem zelar para que, no exercício dos direitos da personalidade, estes não sejam expostos a um perigo de grande importância ou a um dano de difícil reparação *in natura*.³⁶⁸

Em síntese conclusiva, assinala-se que a alteração do paradigma do direito da infância e da juventude do caráter meramente assistencial, anterior à Constituição Federal de 1988 e à Lei n. 8.069/90, para a diretriz da proteção integral da criança e do adolescente, implementada por esta legislação, representou para os pais responsabilidade duplicada, porquanto, ao mesmo tempo em que devem agir no sentido de facilitar o exercício dos direitos da personalidade pelos filhos, têm de zelar para que isto ocorra sem risco ou perigo de dano à formação da sua personalidade.

5. A imagem da criança e do adolescente na legislação brasileira

Após o estudo dos princípios que orientam a doutrina dos direitos da personalidade da criança e do adolescente, e, particularmente do artigo 17 da Lei n. 8.069/90, que abarca o *direito à imagem* destes, é chegado o momento de verificar o tratamento legal dispensado à imagem dos menores de idade no direito pátrio.

³⁶⁸ A parte final do parágrafo foi extraída de Maria Del Carmen García Garnica, *El ejercicio de los derechos...*, cit., p. 46.

A Constituição Federal (CF) implementou notável evolução na área da responsabilidade civil, ao estatuir no artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, a possibilidade de indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação à imagem da pessoa, tratando esse direito como modalidade autônoma, dissociada de eventual dano à honra ou à intimidade.³⁶⁹

Figurando a imagem entre os chamados direitos da personalidade, com o citado dispositivo constitucional ficou evidente a preocupação do constituinte de protegê-la da difusão arbitrária, para garantia do resguardo da individualidade e da reserva da pessoa, evitando os indevidos ataques pelos meios de comunicação, cada vez mais sofisticados.

A consagração constitucional do direito à imagem, de forma autônoma em relação aos demais direitos da personalidade, foi suficiente para ensejar o ajuizamento de inúmeras demandas indenizatórias pelo uso desautorizado ou ofensivo da efígie da pessoa.

Porém, não pode passar em branco a importância da previsão específica do direito à imagem no artigo 20 do Código Civil de 2002, que incorporou definitivamente, no âmbito civil, a proteção genérica da figura humana, fruto de longa construção doutrinária e jurisprudencial.

Referentemente à imagem da criança e do adolescente, embora seja perfeitamente cabível o recurso às regras gerais da Constituição Federal e do Código Civil, é necessário frisar que a captação, a reprodução, a divulgação e a publicação da imagem, merecem do intérprete um cuidado maior a fim de que sejam observadas as condições adequadas à necessária proteção dos interesses infanto-juvenis.

³⁶⁹ A respeito, escreve Luiz Alberto David Araújo: “*Realmente, o sistema constitucional brasileiro assegura, em seu inciso X, vários bens: intimidade, vida privada, honra e imagem. O constituinte cuidou de forma distinta de cada um desses bens e, ao colocá-los lado a lado, deu autonomia à imagem, resolvendo questão que atormentava a doutrina. Imagem, dessa forma, é distinta de intimidade, de honra, de vida privada. Se não pretendesse dar autonomia à imagem, não a colocaria ao lado de outros bens, bastando assegurar a proteção.*” (*A proteção constitucional da própria imagem*, Belo Horizonte, Del Rey, 1.996, p. 74).

Parece inegável a dificuldade da reparação *in natura* do dano causado pela ofensa à personalidade em formação.

Por isto, é muito importante o tratamento conferido pela legislação especial à questão da difusão da imagem de menores de idade por órgãos de comunicação, ante o princípio da proteção integral, consolidado no artigo 227 da Constituição da República, reforçado, ainda, pelos artigos 4º, 6º, 15 a 18 e 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), os quais asseguram à criança e ao adolescente o direito ao respeito e à dignidade, em face da sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, “*abrangendo a preservação da imagem e da identidade*” (artigo 17, ECA).

6. O ECA e as formas de proteção da imagem da criança e do adolescente

6.1 Noções gerais

Ao regular a questão do uso da imagem da criança e do adolescente, a Lei n. 8.069/90 abriu três formas de tutela, realizadas através da cominação expressa de *sanções civis, administrativas e penais* às infrações praticadas contra os beneficiários da sua tutela, como é dado observar nos artigos 17, 79, 143, 149, 240, 241, parágrafo único, e 247, parágrafo 1º, sem prejuízo da sua cumulação, de acordo com o caso concreto.

Por constituir o foco principal do trabalho, a abordagem do aspecto estritamente *civil* do uso da imagem da criança e do adolescente será feita, mais detalhadamente, a partir do próximo capítulo.

Cabe elucidar, então, as vertentes *administrativa e penal* que a questão suscita, a fim de bem situar o tema na legislação especial.

6.2 Tutela administrativa

Relativamente ao aspecto *administrativo* permite-se assinalar, desde logo, que o artigo 149, declarou competir “à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará: I – a entrada e a permanência de criança ou adolescente, desacompanhadas dos pais ou responsáveis, em: ... e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão; II – a participação de criança e adolescente em: a) espetáculos públicos e seus ensaios; b) certames de beleza.”

Há consenso entre os doutrinadores que, na hipótese do inciso I, alínea “e”, do citado dispositivo de lei, seria totalmente dispensável a intervenção judicial no caso do menor encontrar-se na companhia do pai ou responsável, ao passo que, nos casos do inciso II, do mesmo artigo, havendo ou não a anuência e o acompanhamento do pai ou responsável, ainda assim seria obrigatória a autorização do juiz da infância e da juventude, por meio de alvará (artigo 149, parágrafo 2º, ECA).³⁷⁰

A jurisprudência também se firmou nesse sentido:

“MENOR – Entrevista em programa de televisão – Ausência de autorização judicial – Representação apresentada pelo Ministério Público contra o SBT – “Programa Jô Soares - Onze e meia” – Responsáveis que não agiram de má-fé – Irrelevância – Equívoco ou desinformação que não são causas absolutórias ou justificativas – Inexigência, ademais, de dolo ou culpa – Decisão mantida – Recurso não provido.”³⁷¹

Examinado o tema sob o prisma do direito material, nota-se que a simples presença de menor em estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão, acompanhado do pai ou responsável, não causa maior preocupação social, na medida em que a **difusão** da sua imagem, além de eventual, será apenas

³⁷⁰ V. José Luiz Mônaco da Silva, *Estatuto da Criança e do Adolescente...*, cit., p. 255, nota 128. V., ainda, RT 693/344.

³⁷¹ Tribunal de Justiça de São Paulo, Câmara Especial, Rel. Desembargador Yussef Cahali, Apelação Cível n. 17.362-0 – São Paulo, julgado 14.07.94. Do mesmo teor, confira-se o seguinte precedente, da mesma Corte: Apelação Cível n. 15480/0, de Tupã, Câmara Especial, Rel. Desembargador Aniceto Aliende, julgado em 08.10.92: “Menor – Alvará – Participação em concurso de beleza, sem autorização judicial – Empresa que não cuidou da obtenção de alvará, limitando-se a anuência dos progenitores das concorrentes – art. 149, II, B, do ECA – Multa determinada – Recurso não provido.”

indireta, sem participação efetiva no espetáculo, pois a transmissão em evento público, sem fixação ou destaque da imagem não causa lesão a esse direito.³⁷²

No entanto, a Lei n. 8.069/90 ressalva a obrigatoriedade da prévia autorização judicial para a participação da criança ou do adolescente em espetáculos públicos e seus ensaios e em certames de beleza, porque a **exposição** de sua imagem, nesses casos, é **direta**, constituindo-se, em boa parte das vezes, núcleo central do trabalho artístico, cultural ou jornalístico.³⁷³

Portanto, na defesa da imagem da criança ou do adolescente, o Estatuto previu uma atividade judicial reguladora, de caráter preventivo, exigindo dos responsáveis por espetáculo público ou certame de beleza a obtenção de alvará, na forma do artigo 149, inciso II.

Então, mostra-se adequado apresentar alguns breves esclarecimentos sobre a natureza jurídica do alvará, a legitimação para o requerimento e a competência para a sua expedição.

Quanto à natureza jurídica, apressa-se em dizer que o artigo 149, da Lei n. 8.069/90, indica que a atividade judicial possui nítido caráter preventivo, uma vez que busca assegurar os direitos da criança e do adolescente que participem de eventos que exploram a sua imagem.

Na verdade, cuida-se de procedimento de jurisdição voluntária, por meio do qual se pretende regular a exibição pública da imagem de meninos e

³⁷² Antonio Jeová Santos escreve: “Outro ponto a ser observado é quando o retratado aparece como acessório do acontecimento público. Neste caso, não é possível o exercício do direito à imagem. Numa partida de futebol, a torcida é filmada ou fotografada em ângulo aberto. A pessoa que estiver em primeiro plano é mero acessório, com relação ao todo e ao objetivo da foto. Não há, assim, ofensa ao direito à imagem.” (*Dano Moral Indenizável*, São Paulo, Lejus, 2. ed., 1999, p. 395).

³⁷³ Conforme assentado pelo Superior Tribunal de Justiça: “O inc. I do art. 149 do ECA disciplina a hipótese de entrada e permanência de menores desacompanhados, na condição de espectadores em estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão. Já o inc. II do citado artigo, disciplina a participação destes menores em espetáculos públicos e seus ensaios. Logo, nos casos de efetiva participação de menores em espetáculos públicos, incluindo-se aí os programas de televisão, é obrigatória a prévia autorização do Juízo de menores.” (RT 825/186). Idem: RT 835/174 e RF 354/299.

jovens, evitando, desse modo, possíveis danos derivados da divulgação lesiva ao citado direito da personalidade, e também os eventuais litígios daí decorrentes.

Tratando-se, pois, de procedimento de jurisdição voluntária, visando a obtenção de autorização judicial para difusão da imagem de criança ou adolescente, cabe elucidar, então, a parte legítima para requerê-la.

A prevenção de qualquer lesão ao direito à imagem do menor de idade deve ser considerada de interesse específico da empresa de comunicação, à qual são dirigidas, em primeiro plano, as sanções da lei especial, entre elas a imposição de multa (arts. 147, par. 3º, 149, II e 247, ECA) e a reparação do dano, através da ação civil pública (arts. 208, par. único, e 209, ECA; arts. 220, par. 3º, e 221, CF).

Os pais ou responsáveis, de forma supletiva e concorrente, respondem pela infração, se anuíram com a exposição inadequada da imagem, da qual possa resultar gravame à boa formação da criança ou do adolescente, como, e. g., a publicação, com seu consentimento, de fotografias de menor nua em revista de conteúdo pornográfico.

Por outro lado, é importante registrar que o Juiz da Infância e da Adolescência deve levar em conta uma série de fatores na concessão do alvará, em face do disposto no artigo 147, par. 1º, da Lei n. 8.069/90, que, em sua maior parte, estão associados ao local do espetáculo ou do concurso de beleza.

A demonstração do preenchimento dos requisitos legais cabe, essencialmente, à empresa patrocinadora do evento, pois os pais ou responsáveis não têm acesso aos dados necessários para comprovar as condições do ambiente e da segurança do local de sua realização.

Ademais, a participação em espetáculos ou certames de beleza exige, na quase totalidade dos casos, grupos de crianças ou de adolescentes, muitos deles residentes em diferentes cidades, de modo que a concessão de um único alvará, com a documentação necessária sobre o ambiente e as condições de segurança do

estúdio ou do teatro, surtiria melhor efeito, evitando a colidência de orientações dos Juízes das diversas Comarcas de um mesmo ou de outro Estado.

Neste ponto, permite-se acrescentar a maior facilidade de fiscalização pela autoridade judiciária do local do evento, a quem compete, em casos de normas de proteção estatuídas na Lei n. 8.069/90, o exercício do poder de polícia aos órgãos de imprensa, rádio, televisão, teatro ou publicidade.

Assim, nada obsta a concessão de alvará pelo Juiz da Infância e da Juventude autorizando a presença de grupos de crianças ou de adolescentes em dado programa de rádio ou de televisão, ou durante a temporada de determinada peça de teatro, com prazo razoável de validade, desde que verificada a inexistência de qualquer risco de dano aos direitos da personalidade, pois, na realidade, as atividades artísticas contribuem para boa formação sócio-cultural das crianças e dos jovens, desde que dirigidos ao mesmo tipo de público.

Todavia, destinando-se a programas não adequados à sua faixa etária, a regra do artigo 149, par. 2º, do ECA, deverá ser observada com maior rigor, pois, nessas hipóteses, o alvará somente poderá ser expedido com a análise individual de cada caso.

Feitas essas considerações, é possível adentrar-se, de forma segura, no tema da competência para a expedição do alvará, previsto no artigo 149, inciso II, do ECA.

De imediato, salienta-se que, por conter o Estatuto regra especial de competência, ele prevalece sobre a regra geral do Código de Processo Civil (CPC), de aplicação apenas subsidiária, tratando-se, neste caso, de competência absoluta, em razão da matéria.³⁷⁴

³⁷⁴ Neste sentido a decisão da Câmara Especial do Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência n. 21.388-0, Rel. Desembargador Yussef Cahali, julgado em 04.05.1995, em acórdão reproduzido em *Competência da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo*, Rui Stoco, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 130.

O artigo 148 da Lei n. 8.069/90 estabelece que a Justiça da Infância e da Juventude é competente para: “... IV – conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209; e ... VI – aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente.”

Da leitura do dispositivo, percebe-se que qualquer lesão à imagem de menor deverá ser apurada em ação civil ou em procedimento administrativo, perante o Juízo da Infância e da Juventude, excluído qualquer outro, por se tratar de regra de competência absoluta, *ratione materiae*.

Cumprido, então, analisar entre os diversos Juízos da Infância e da Juventude, qual seria o competente para autorizar, mediante alvará, a participação de criança e adolescente em espetáculos públicos e seus ensaios, e em certames de beleza (artigo 149, II, ECA).

O artigo 147 do ECA regula a competência de foro, ou seja, de natureza territorial, fixando o lugar onde deverá ser proposta a demanda ou o requerimento de alvará – objeto do presente estudo.

Frisa-se, por relevante, que a Câmara Especial do Egrégio Tribunal de Justiça decidiu que:

“As regras de competência do Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser interpretadas a partir da idéia de que a lei busca tutelar os interesses do menor”, acrescentando que “a ordem estatuída no artigo 147 não tem caráter absoluto, cedendo passo à finalidade da lei.”³⁷⁵

José Luiz Mônico da Silva observa que o legislador menorista seguiu as passadas do seu predecessor³⁷⁶, reproduzindo o disposto no artigo 88 da Lei n. 6.697/79, com pequenas alterações, no que tange às medidas civis de proteção da criança ou do adolescente que estejam em situação irregular.

³⁷⁵ Conflito de Competência n. 36.417-0, São Paulo, Rel. Desembargador Dirceu de Mello, julgado 24.07.97.

³⁷⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente..., cit., p. 241.

Entretanto, relativamente à infração, destaca-se o acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 147, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não constante do antigo Código de Menores, com a seguinte redação:

“Em caso de infração cometida através da transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, será competente, para aplicação da penalidade, a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede, tendo a sentença eficácia para todas as transmissoras e retransmissoras do respectivo Estado.”

Desse modo, sobressai a distinção entre as regras de competência dos incisos I e II, do artigo 147, voltadas essencialmente para as ações civis relativas à proteção de criança ou adolescente em situação irregular (art. 98, II, ECA), e as previstas nos parágrafos 1º e 3º daquela norma, que se dirigem, respectivamente, ao ato infracional e à infração administrativa, sendo que, particularmente em relação à última, pode haver, inclusive, o envolvimento de menor em situação regular.

Havendo regra específica de competência territorial, atribuindo ao Juiz do local da sede estadual da emissora ou da rede de rádio ou de televisão o poder de aplicação de penalidade no caso de infração cometida em transmissão simultânea (art. 147, par. 3º, ECA), esta há de prevalecer sobre a regra geral (incisos I e II do mesmo dispositivo legal).

Tal argumento é reforçado pelo artigo 209 do ECA, que firma a competência absoluta do foro do local onde ocorreu ou ‘deva ocorrer a ação ou omissão’ para a ação civil pública, daí decorrendo que qualquer medida tendente a prevenir o dano a interesse individual, difuso ou coletivo de criança ou adolescente, deverá ser também proposta no mesmo foro.

É de se supor que, ao requerer o alvará em sua sede estadual, a emissora ou rede de rádio ou televisão realize a difusão da imagem ou voz da criança ou do adolescente nesse local, que seria, outrossim, o competente também para o exame da ação civil pública, decorrente de dano que venha a ser eventualmente causado ao menor.

Portanto, a conclusão é de que compete ao Juiz da Comarca onde situada a emissora ou rede estadual de rádio ou televisão apreciar qualquer alvará destinado à participação de criança ou adolescente nos seus programas, na forma dos artigos 147, par. 3o, 149, inc. II, e 209, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Após o exame da autorização para a participação do menor em eventos artístico, cultural ou jornalístico, ainda sob a esfera *administrativa* compete dizer algumas palavras sobre a divulgação de fotografia ou ilustração que diga respeito a crianças e adolescentes envolvidos em ato infracional, em consonância com os artigos 143 e 247, par. 1º, da Lei n. 8.069/90.

A matéria foi abordada no capítulo anterior, quando se falou da divulgação da identidade de crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional, sendo que todas as colocações servem como luva também no que se refere à exibição da imagem do menor de idade vinculado a procedimento judicial, policial e administrativo destinado à sua apuração.

Entretanto, cumpre aclarar que a Lei n. 8.069/90 impede de forma categórica a divulgação de dados identificativos da criança e do adolescente autor de ato infracional, mas não considera a hipótese em que estes sejam vítimas de crime, como constava no artigo 63, parágrafo 1º, do Código de Menores revogado.³⁷⁷

O tema comportará melhor esclarecimento quanto ao aspecto civil da reparação do ilícito causado pelas agências noticiosas que divulguem imagens de crianças autoras e vítimas de delitos.

³⁷⁷ Paulo Lúcio Nogueira, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 201-202; Roberto João Elias, *Comentários ao Estatuto*, cit., p. 287; José Luiz Mônaco da Silva, *Estatuto da Criança e do Adolescente...*, cit., p. 237; e Wilson Donizeti Liberati, *Comentários ao Estatuto...*, cit., p. 143.

Na esfera administrativa, ainda se mostra pertinente ligeiríssima colocação sobre a veiculação de programação televisiva de conteúdo impróprio ou inadequado aos menores de idade, observado o disposto no artigo 76, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê a necessidade de prévio aviso sobre a classificação dos programas, feitas conforme portarias do Ministério da Justiça.

A experiência brasileira com a censura não recomenda a imposição de regras rígidas de controle das emissões de televisão, devendo ser acentuado o princípio da liberdade de expressão, tal como consagrado nos artigos 5º, inciso IX e 220 da Constituição Federal.

Nesse sentido, Canotilho e Machado, depois de assinalarem que o direito à liberdade de expressão impõe um dever de abstenção por parte do Estado, que tem o dever apenas de regulá-lo, apregoam que a Administração ou qualquer outro órgão de controle não *“pode impedir, condicionar ou impor a difusão de quaisquer programas, sem prejuízo de decisão judicial nesse sentido em termos legal e constitucionalmente fundamentados.”*³⁷⁸

Mas estes autores advertem que:

*“Os princípios que conformam a liberdade de programação, também são relevantes quando se trata de proceder à sua limitação. É aqui que faz sentido a proibição de emissões que violem os direitos, liberdades e garantias, atentem contra a dignidade da pessoa humana ou incitem a prática de crimes. Igualmente procedentes são as considerações em torno da proteção da infância e da juventude.”*³⁷⁹

No Brasil, existe acórdão paradigma do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, em sede de mandado de segurança, que ressalta: *“a censura proibida pela lei magna foi a censura prévia genérica e de órgão público, não a ordem*

³⁷⁸ *Reality Shows e liberdade de programação*, Coimbra Editora, 2003, p. 31-32.

³⁷⁹ J.J. Gomes Canotilho e Jónatas E.M. Machado, *Reality Shows...*, cit., p. 33. Os autores mencionam que, em Portugal, nos termos do artigo 21 da Lei n. 31-A, de 14.07.98 (Lei da Televisão), as emissões de televisão que possam influir de modo negativo na formação da personalidade das crianças e dos adolescentes são reservadas para exibição após às 22 horas, devendo ser precedidas de advertências expressas.

judicial, visando proteger direitos da personalidade sob ameaça de violação (honra pessoal, imagem, intimidade), que não se confundem com a censura.”³⁸⁰

Desse modo, entende-se que a regra deva ser a da liberdade de expressão, ficando sujeita ao controle judicial toda atividade prevista no inciso IX, do artigo 5º, e no artigo 220, ambos da Constituição Federal, sempre que tal direito consagrado no texto maior puder colidir com direitos da personalidade, especialmente se for capaz de gerar danos à formação da personalidade infanto-juvenil, mostrando-se, por isso, perfeitamente lícita a aplicação das sanções administrativas contidas nos artigos 253 e 254, no caso do descumprimento do artigo 76, do Estatuto da Criança e Adolescente.

A participação do Poder Judiciário ocorre em razão da necessidade de dirimir entre dois direitos igualmente reconhecidos pela Constituição Federal, como são o da liberdade de imprensa e do respeito à dignidade da pessoa humana, ínsito nos direitos da personalidade – entre os quais figura o da proteção da criança e do adolescente – de modo que a mesma não pode ser vista como intervenção indevida nas atividades do Poder Executivo, a quem compete regular a matéria referente à programação das redes de televisão, adotando medidas administrativas próprias do seu âmbito.

6.3 Tutela penal

6.3.1 Breve análise dos artigos 240 e 241 do ECA

No campo *penal*, a tutela da imagem da criança e do adolescente é assegurada pelos artigos 240 e 241 da Lei n. 8.069/90.

³⁸⁰ RF 327/194.

O primeiro dispositivo mencionado, que se pode denominar de *utilização de criança ou adolescente em cena pornográfica*³⁸¹ pune com pena de reclusão de dois a seis anos e multa quem produz ou dirige representação teatral, televisiva, cinematográfica, atividade fotográfica ou de qualquer outro meio visual, utilizando-se de criança ou adolescente em cena pornográfica, de sexo explícito, ou vexatória, imputando igual pena a quem, nas mesmas condições, contracena com criança ou adolescente.

Antonio Cezar Lima da Fonseca explicita que:

*“apesar de livres as expressões da atividade intelectual e artística (art. 5º, inc. IX, CF), o que permite a apresentação de crianças em peças teatrais, televisivas e cinematográficas, a própria Carta prevê limites, para que essa liberdade não seja absoluta. Daí porque as diversões em geral, os espetáculos públicos, as atividades artísticas no rádio e na televisão, podem sofrer restrições de horário e de participação de crianças e adolescentes, na forma da lei federal (arts. 220, parágrafo 3º, e 221 CF).”*³⁸²

Assim, a par do controle administrativo da participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos, filmes, peças de teatro ou participação em rádio e televisão (art. 149, incisos I e II, da Lei n. 8.069/90), com o propósito de resguardar o menor de idade, *tanto do ponto de vista físico como psíquico*³⁸³, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu modalidade de crime, para punir quem produz, dirige, ou contracena com criança ou adolescente em cena de sexo explícito, pornográfica, ou vexatória, de modo que o sujeito ativo do delito será o diretor, produtor ou ator da peça, fotografia ou filme de conteúdo pornográfico.

A Lei n. 10.764, de 12 de novembro de 2003, ampliou o tipo penal, inserindo a punição à produção ou à direção de atividade fotográfica ou de qualquer outro meio visual, além de mencionar a participação da criança ou do adolescente em cena vexatória, de cunho sexual, inexistente na redação original do artigo 240 do Estatuto.

³⁸¹ Seguindo o *nomen juris* proposto por Antonio Chaves, por ser a palavra pornografia gênero que engloba cenas de sexo explícito ou não (*apud* Antonio Cezar Lima da Fonseca, *in Crimes contra a criança e o adolescente*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 113).

³⁸² Antonio Cezar Lima da Fonseca, *in Crimes contra a criança...*, cit., p. 112.

³⁸³ Expressão de Roberto João Elias, *Comentários ao Estatuto...*, cit., p. 278.

A mesma Lei também incluiu qualificadoras no parágrafo 2º, do citado dispositivo legal, fixando a pena de reclusão de três a oito anos nos casos em que o agente comete o crime no exercício de cargo ou função, ou com a finalidade de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial.

A autorização ou anuência dos pais ou tutores à participação de menor de idade em representação teatral, televisiva, fotográfica ou cinematográfica, de cunho pornográfico, não afasta a ilicitude da conduta do agente; pelo contrário, torna-os co-responsáveis pela prática delituosa.³⁸⁴

Mike Jempson – jornalista e diretor executivo da Presswise, órgão de ética da mídia do Reino Unido – narra caso que serve para ilustrar a importância da tutela penal da imagem da criança e do adolescente.

Trata-se da “produção e transmissão do filme de Peter Kosminsky, No Child of Mine (Nenhum filho meu), aparentemente baseado nas memórias de uma sobrevivente de abusos horrendos em casa e em instituições públicas, que geraram muita controvérsia no Reino Unido e ilustram mais riscos enfrentados por aqueles que estão ansiosos para aproveitar as oportunidades para ‘fazer a diferença’. A imprensa e a televisão dedicaram muito espaço e tempo à utilização de um ator de 12 anos (no filme de Kosminsky) no papel de uma menina que tinha sofrido múltiplos abusos...” (...)
“Os pais da criança deram muito apoio e o resultado, em termos de desempenho, foi impressionante. Mas o arrebatamento da mídia com o filme fez novas vítimas da fonte da história, da atriz e de sua família.
Poucas pessoas com experiência de abuso sexual de crianças diriam que o comportamento retratado no filme era exagerado; contudo, alguns também mostraram sua preocupação com o fato de No Child of Mine tornar-se um dos vídeos favoritos de pedófilos. Tais pessoas afirmavam que a utilização de um ator mirim pela mídia poderia ser vista, pelos pedófilos, como uma legitimação intelectual e social de sua má conduta sexual – se é correto para uma rede de TV utilizar alguém com 13 anos em cenas sexualmente explícitas, deve ser correto para eles fazerem o mesmo.”³⁸⁵

³⁸⁴ Nesse sentido: José Luiz Mônaco da Silva, *Estatuto da Criança e do Adolescente...*, cit., p. 406; Roberto João Elias, *Comentários ao Estatuto...*, cit., p. 279; e Paulo Lúcio Nogueira, *Estatuto da Criança...*, cit., p. 311. Ainda que absolvida por decisão não unânime do Tribunal de Justiça de São Paulo, a mãe de jovem modelo fotográfica foi processada como incurso no artigo 241 do ECA, por haver permitido a publicação de fotografias da filha nua, em revista erótica (JTJ-Lex 201/297).

³⁸⁵ Algumas idéias sobre o desenvolvimento de uma mídia favorável à criança, in *A criança e a mídia...*, cit., p. 128-130.

O caso é paradigmático, na medida em que um filme que deveria servir para mostrar os horrores do abuso sexual contra crianças, suscitando a consciência crítica do público para um grave fato social, acabou por se tornar o predileto dos pedófilos, justamente porque o diretor valeu-se de criança da mesma idade da que teria sido vítima de abusos, filmando as cenas de sexo com grande realidade.

Ocorre que o interesse despertado na mídia sobre o tema polêmico suscitou várias matérias jornalísticas relativas ao fato que deu origem ao filme, expondo a imagem da vítima real, da jovem atriz e da própria família desta, que havia consentido com a sua participação naquela película.

Trata-se de exemplo bastante elucidativo, por revelar o sério prejuízo que a representação da imagem infanto-juvenil pode causar não apenas à criança ou ao adolescente que participe de peça, filme ou fotografia de conotação sexual, mas também à sociedade, tornada co-partícipe de dramaturgia que expõe de maneira vexatória pessoa em processo de desenvolvimento.³⁸⁶

Contudo, o grande avanço na tutela penal da imagem da criança e do adolescente adveio com a nova redação conferida pela Lei n. 10.764, de 12 de novembro de 2003, ao artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja *“finalidade foi a de coibir a pedofilia e a exploração sexual de crianças e adolescente”*.³⁸⁷

O dispositivo que antes punia com reclusão de um a quatro anos quem simplesmente fotografasse³⁸⁸ ou publicasse cena de sexo explícito, ou pornográfica,

³⁸⁶ Mike Jempson, ob. cit., p. 130, conclui: *“Meu ponto é simples. Não importa o valor jornalístico ou as intenções de um documentário sobre crianças; a preocupação fundamental de um diretor deve ser o bem-estar das crianças envolvidas.”*

³⁸⁷ Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo e Thales Cezar de Oliveira, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo, Atlas, 2ª ed. 2006, p. 320.

³⁸⁸ Para Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo e Thales Cezar de Oliveira, *Estatuto da Criança...*, cit., p. 321, o verbo produzir, contido na atual redação do artigo 241 do Estatuto, engloba a conduta de quem fotografa criança ou adolescente em cena de sexo explícito, ou pornográfica, pois, produzir, *“para este artigo, não tem o sentido de financiar, patrocinar, supervisionar, como dispositivo antecedente, mas sim o de elaborar, gerar, fazer, dar origem.”* Assim, quem fotografa como amador, portanto fora do contexto da atividade fotográfica de cunho artístico, profissional – objeto do artigo 240 – cena pornográfica ou de sexo explícito de criança ou adolescente continua a responder pelo delito previsto no artigo 241 do ECA.

envolvendo criança ou adolescente, passou a abranger novas condutas, como apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive a rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito de criança ou adolescente, sendo aumentada a reprimenda penal, de reclusão de dois a seis anos e multa.

A citada norma penal também passou a reprimir quem agencia, autoriza, facilita ou, de qualquer modo, intermedeia a participação de criança ou adolescente em produção referida no *caput* do citado artigo; ou assegura meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens; ou, ainda, assegura, por qualquer modo, o acesso, na rede mundial de computadores ou internet, das fotografias, cenas e imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente.

As mesmas qualificadoras previstas no artigo 240 foram incluídas no artigo 241 do Estatuto, sendo que o agente que comete o crime prevalecendo-se do exercício de cargo ou função ou, então, com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial, fica sujeito à reprimenda de reclusão de três a oito anos.

Cumprido recordar que o Supremo Tribunal Federal já firmara posição no sentido de que:

“O crime previsto no artigo 241 da Lei n. 8.069/90 é norma aberta, caracterizando-se pela simples publicação, seja qual for o meio utilizado, de cenas de sexo explícito ou pornográficas que envolvam crianças ou adolescentes. Assim, respondem pelo delito acima tipificado os adolescentes que inseriram fotos de sexo infantil e juvenil em rede BBS/Internet de computador, sendo irrelevante a circunstância de o acesso à rede reclamar senha fornecida aos que nela se integrem.”³⁸⁹

A corajosa iniciativa da Corte Constitucional brasileira, de considerar típica a conduta daqueles que utilizam a Internet para difusão de imagens de

³⁸⁹ RT 760/519. Esta posição foi reafirmada no julgamento do HC n. 84.561/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 05/10/2004, onde se afirmou que: “a internet, por ser um veículo de comunicação apto a tornar público o conteúdo pedófilo das fotos encontradas, já demonstraria, em tese, a tipicidade da conduta e, ainda, que qualquer pessoa que acessasse o servidor de arquivos criado pelo paciente teria o material à disposição.” (in RT 834/482).

pornografia infantil e de pedofilia, mesmo em face do revogado texto do artigo 241 do Estatuto, ao ditar que o verbo *publicar*, nele contido, não dependia de um objeto material corpóreo, como a impressão ou a edição, mereceu justos aplausos de José Carlos Barbosa Moreira, o qual, pouco antes, havia produzido excelente estudo acerca da conduta descrita na referida norma penal, a fim de demonstrar que a publicação poderia se dar de diversas formas, desde que o meio fosse apto a tornar público certo fato ou imagem.³⁹⁰

Na verdade, o rápido avanço das comunicações, particularmente da Internet, na qual circulam milhões de imagens, permitiu que os pedófilos e os agenciadores da pornografia infantil nela encontrassem terreno fértil para a divulgação do seu material, com ou sem finalidade lucrativa, permitindo fácil acesso às produções dessa natureza, muitas vezes até *on line*, como no exemplo do jovem americano, antes reportado, que se exibia aos predadores através de uma simples *webcam* instalada no computador do seu quarto, sem que a mãe sequer soubesse destas suas incursões na rede mundial de computadores.

Apenas para ilustrar o potencial danoso da indevida utilização dos meios eletrônicos na propagação da imagem de crianças e adolescentes pelos agentes da pornografia infantil, o repórter Kurt Eichenwald, do *The New York Times*, relatou que, de posse do computador do rapaz citado, teria constatado mais de 150 mil acessos ao *site* que ele desenvolvera, sendo que, com a ajuda de empresas de cartões de crédito, identificou vários desses pedófilos, ficando surpreso que muitos deles eram pessoas que lidavam com crianças no seu dia-a-dia, como professores, médicos pediatras, etc.³⁹¹

Assim, merece elogios a nova Lei n. 10.764, de 12 de novembro de 2003, ao deixar o tipo penal ainda mais aberto, para tornar expresso o enquadramento de quem, por qualquer meio de comunicação, apresente, produza,

³⁹⁰ José Carlos Barbosa Moreira, Pedofilia na Internet e o Estatuto da Criança e do Adolescente, *in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, v. 15, 2002, p. 153-158, transcrevendo lições de José Frederico Marques e Antonio Carlos de Araújo Cintra, além de seis definições de grandes dicionaristas, inclusive da área jurídica.

³⁹¹ Conforme entrevista concedida ao programa de televisão norte-americano, *Oprah Winfrey Show*, exibido em 18/03/2006, no canal de televisão a cabo GNT.

venda, forneça, divulgue ou publique fotografias ou imagens tendo menores de idade em contextos de objetiva conotação sexual, e ainda quem, de qualquer modo, intermedeie a participação de criança ou adolescente nesses filmes ou fotografias ou assegure os meios de armazenamento ou, então, de acesso dos mesmos à internet.

Portanto, a interpretação jurisprudencial do texto original do artigo 241 da Lei n. 8.069/90 passou a ser lei em sentido formal, de maneira a abranger condutas variadas, não previstas de maneira categórica no texto revogado.

6.3.2 O caráter pornográfico da imagem da criança e do adolescente

É necessário esclarecer que configura forma de abuso sexual a difusão de imagens, de conotação pornográfica, das crianças e dos adolescentes, por qualquer meio de comunicação, de acordo com a feliz conclusão de Tereza Rodrigues Vieira:

“A exploração sexual também ocorre em relação a sua imagem (da criança ou do adolescente), com a pornografia, aumentada com a difusão da internet, sendo discutida a punição também do provedor de acesso.”³⁹²

Parece importante, então, compreender em que consiste a cena, a fotografia ou a imagem pornográfica, considerada a pornografia³⁹³ como gênero, a abranger filmes, retratos ou outra qualquer outra forma de exposição da imagem, de sexo explícito ou com caráter vexatório, por serem estes elementos que integram a tipificação dos artigos 240 e 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

³⁹² Pedofilia: atentado contra a dignidade da criança e do adolescente, in *Consulex*, n. 187, 2004, p. 17, grifos não originais. Inês Ferreira Leite, *Pedofilia*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 17-18, faz um estudo detalhado dos artigos 172º e 173º, do Código Penal português, relativos ao abuso sexual de menores, citando, entre outros delitos, a prática de atos sexuais, nos quais eles estejam envolvidos, com a finalidade de captar ou divulgar essas imagens por filmes ou fotografias; a captação ou posterior divulgação, com fins lucrativos ou não, de imagens contendo menores em contextos com conotação sexual (filmes ou fotografias).

³⁹³ Segundo define Marcelo de Luca Marzochi: “*Pornografia vem do grego pornographos, que significa escritos sobre prostitutas, originalmente, referência à vida, costumes e hábitos das prostitutas e clientes. O Dicionário Michaelis conceitua pornografia como arte ou literatura obscena, tratado acerca da prostituição, coleção de pinturas ou gravuras obscenas, caráter obsceno de uma publicação, devassidão. O Dicionário Aurélio traz como uma das definições figura, fotografia, filme, espetáculo, obra literária ou de arte, relativos a, ou que tratam de coisas ou assuntos obscenos ou licenciosos, capazes de motivar ou explorar o lado sexual do indivíduo.*” (Pornografia na internet, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 233, 2003, p. 231).

Luiz Roberto Cicogna Faggioni esclarece não existir consenso acerca do seu conceito. No entanto, ele assevera que a pornografia não se confunde com obscenidade, pois:

*“A obscenidade é uma forma extrema de ofensa que produz repugnância, comoção ou desgosto, ainda que o material obsceno possa, paradoxalmente, ser atraente. Já a pornografia, e vale observar que tal termo assumiu contornos depreciativos, pode, ou não causar tal repulsa.”*³⁹⁴

Esse autor propõe a sua definição a partir da característica básica da pornografia, tomando-se *“o conteúdo sexual dotado de propósito de criação ou satisfação de sentimentos de natureza sexual, o qual pode ser veiculado por quaisquer das formas de expressão das idéias (escritos, representações, fotografias, etc.)”*³⁹⁵

Inexistindo norma penal ou civil que proíba a realização de ensaios fotográficos e filmes de conteúdo pornográfico, comuns no mercado, sendo considerados válidos, por exemplo, os contratos celebrados por pessoas adultas para a revelação da sua nudez em revistas dirigidas ao público consumidor específico³⁹⁶, o cuidado que se deve tomar parece ser o de coibir retratos, filmes ou

³⁹⁴ Liberdade e pornografia, em *APMP Revista*, n. 25, 1999, p. 47.

³⁹⁵ Luiz Roberto Cicogna Faggioni, Liberdade e pornografia, *APMP Revista* 25:48. Alguns critérios balizadores para avaliação das emissões de cunho pornográfico foram dados em uma decisão de 1969, do Tribunal Federal alemão, sobre o romance *Fanny Hill*, como: *“a exaltação do estímulo sexual como única finalidade; a redução dos seres humanos à função de parceiros sexuais, completamente cambiáveis entre si; a sexualidade tratada como único sentido de vida; a inexistência de relações interpessoais; e a exibição de órgãos genitais em primeiro plano.”* (De acordo com informação contida em *União Européia, televisão e infância*, de S. Capparelli et alii, in <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna>, em 01/02/2005).

³⁹⁶ A publicação da nudez masculina ou feminina, como regra, deve ser dirigida ao público adulto, sendo vedada a comercialização de revistas ou publicações que contenham mensagens pornográficas ou obscenas a crianças e adolescentes, sendo que as mesmas deverão circular em embalagem lacrada, com advertência do seu conteúdo (artigos 78 e 81, V, ECA). Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que revista, cuja capa ostenta fotografia de mulher nua e dizeres chulos, deve circular em embalagem opaca. Diz o acórdão: *“Poderia ela cingir-se realmente e sem maiores pretensões a exibir a beleza do nu feminino, e tal poderia não ser visto como objetivamente obsceno. Não aos olhos de adulto. Mas não é à proteção deste que visa a lei, e sim à da criança e do adolescente. Nádegas e seios desnudos, com efeito, não se hão de exibir escancaradamente aos olhos destes, sob pena de se perturbar sua formação, estimulando-se-lhes precocemente a sexualidade, como consta da proficiente argumentação do Ministério Público.”* (RF 367/294). Todavia, no que tange a *out-doors*, o Superior Tribunal de Justiça entendeu não ser obscena a peça publicitária de roupa íntima, na qual apareciam as nádegas nuas de uma modelo, salientando, no caso, tratar-se de trabalho artístico, pois a fotografia foi *“trabalhada sob um jogo inteligente de luz e sombras, apenas sugerindo a nudez de uma pessoa, sem revelações chocantes.”* (RT 765/505).

gravações desse teor, assim como a sua reprodução ou exibição, quando envolvam crianças e adolescentes, pois tais atos ferem os bons costumes e ofendem o princípio da dignidade humana.³⁹⁷

Forçoso convir que em torno da pornografia infantil são formadas várias associações criminosas, que desenvolvem atividades como o tráfico de crianças, a agressão sexual a meninos e jovens para atender clientes pedófilos, mediante a captação ou a produção de imagens para posterior distribuição, venda ou troca de material em rede de computadores, as quais exigem o combate por organismos policiais nacionais e internacionais, em face da relevância e da força dessas redes de pedofilia.³⁹⁸

Dessa maneira, entende-se que, para efeitos penais, a representação teatral, televisiva, cinematográfica, a fotografia, o filme, ou qualquer outra figura ou imagem que, reproduzindo a criança ou o adolescente em situações ou contextos com objetiva conotação sexual, sejam *capazes de motivar ou explorar o lado sexual do indivíduo*³⁹⁹, poderão ser enquadradas em um dos tipos previstos nos artigos 240 e 241 da Lei n. 8.069/90.⁴⁰⁰

Porém, a jurisprudência pátria tem oscilado no quanto ao reconhecimento da infração ao artigo 241, da Lei n. 8.069/90.

³⁹⁷ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil português*, Coimbra, Almedina, v. 1, t. III, 2004, p. 198-199. Como observa Marcelo de Luca Marzochi: “A pornografia é um meio de expressão que tem sua liberdade garantida como outro qualquer, desde que não seja ou não se torne ilegal, como no caso do envolvimento de crianças ou o material a ser vendido a menores. A pornografia infantil é a maior preocupação dentro e fora da internet, não apenas sobre veiculação de imagens de crianças em cenas de sexo, mas principalmente a exploração de crianças para elaboração dessas imagens.” (em Pornografia na internet, RDA 233:237.) Luiz Roberto Cicogna Faggioni, Liberdade e pornografia, *APMP Revista* 25:48, explicita a diferença entre as atividades sexuais desenvolvidas por um ser humano adulto, apto a exercer opções, substrato do seu trabalho, e as que envolvam menores de idade.

³⁹⁸ Para o estudo mais detalhado deste assunto: Inês Ferreira Leite, *Pedofilia*, cit., p. 15-17; e Marcelo de Luca Marzochi, Pornografia na internet, RDA 23:237-241. Ambos mencionam o caso que ficou conhecido como *Wonderland Club*, clube altamente organizado, com regras restritas de admissão de sócios e com cinco níveis de segurança, em que os seus membros abusavam sexualmente de crianças com difusão *on line* das imagens aos demais. Ao ser desbaratada a quadrilha, foram identificadas imagens e vídeos de 1263 crianças diferentes, num total de 750 mil imagens e 1.800 horas de filme (cf. Inês Ferreira Leite, *Pedofilia*, cit., p. 15-16).

³⁹⁹ Cf. expressão de Aurélio Buarque de Holanda, *Novo dicionário da língua portuguesa*, São Paulo, Nova Fronteira, 2. ed., p. 1367.

⁴⁰⁰ Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo e Thales Cezar de Oliveira, *Estatuto da Criança...*, cit., p. 318 e 324, conceituam: “Cenas pornográficas ou de sexo explícito são aquelas que demonstram, descrevem ou evocam luxúria ou libidinagem de maneira chula ou vulgar.”

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, admitiu que:

“Quem fotografa menor em cena pornográfica pratica o delito do art. 241 do ECA, o qual não necessita, para sua configuração, do intuito da obtenção de lucro. A consumação ocorre com o simples ato de fotografar cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente.”⁴⁰¹

Em sentido oposto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por decisão majoritária, absolveu a diretora de certa revista masculina e a mãe de uma adolescente de dezessete anos, que haviam sido denunciadas em co-autoria pela realização e divulgação das fotografias da garota, nua, naquela publicação, porque, à época, externava ser mulher madura, modelo profissional que posara para outro trabalho congênere, o controvertido livro *“Anjos Proibidos”*, em relação ao qual se deu a absolvição do seu autor.⁴⁰²

Nos votos vencedores, ressaltou-se a satisfação dos pais com o resultado do trabalho, que contribuiu para a carreira artística da jovem, e o fato da publicação não ser considerada pornográfica, mas erótica e sensual, uma vez que não foram focalizadas as partes íntimas da fotografada.⁴⁰³

O voto vencido destacou, ao contrário, o apelo marcadamente masculino da revista, cuja comercialização é vedada a menores de dezoito anos, o que, por si, revelaria o absurdo de ser permitida a participação de adolescente em cenas picantes, mas não a sua aquisição por um jovem da mesma idade.

⁴⁰¹ RT 776/647. Neste precedente, o acusado confessou ter fotografado a adolescente nua, no interior de um bar, sendo que, posteriormente, pôs-se a vender algumas das fotos a terceiros, por quantia em torno de dez a quinze reais.

⁴⁰² A hipótese não constitui novidade, pois fora objeto de estudo por Bartolomeo Dusi, já em 1907, em trabalho publicado na *Rivista di diritto commerciale*, intitulado *Dei diritto all'immagine*, no qual comentou acórdão da Corte de Cassação de Torino, que considerou lícito o contrato em que menor de idade pouco superior a dezesseis anos se deixou fotografar em poses impudicas, a fim de ilustrar cartões postais, por reputar que ela tinha o direito ao próprio corpo (*Scritti Giuridici*, Torino, G. Giappichelli, v. 1, 1956, p. 531-543). Idem: Paolo Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, UTET, 1959, p. 197, nota 6. No Brasil, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso decidiu pela nulidade do contrato para divulgação da nudez de menor em calendários (RT 732/335).

⁴⁰³ JTJ-Lex 201/297-299, com votos vencedores dos Desembargadores Prado de Toledo e Silva Leme, e voto vencido do Desembargador Cerqueira Leite.

Ademais, o princípio teleológico da proteção integral da criança e do adolescente impunha exame rigoroso em favor da preservação da jovem, pois, “*as fotografias que exibem as partes pudendas de uma mulher ainda adolescente em revista destinada a adultos masculinos são a expressão da pornografia, em que pese a qualidade do material gráfico, artístico e literário se comparados a outras publicações do mesmo gênero e para o mesmo público leitor.*”

Por fim, o Desembargador vencido declarou que: “*as fotografias da adolescente podem ter servido de alavanca para a sua carreira profissional, mas isso não significa que seus interesses insuscetíveis de valoração pecuniária não correram o risco de serem violados.*”⁴⁰⁴

Esta decisão da Corte paulista recebeu crítica de Alcides Leopoldo e Silva Júnior, para quem os princípios protetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente se sobrepõem aos interesses econômicos e pessoais dos pais e da menor, tendo ele ressaltado, ainda, que:

*“Há muita diferença entre o nu que existe na arte, nas pinturas e esculturas, que se vê nos museus, nas galerias e naquele que se apresenta em revista que quem folheia o faz com olhos lascivos, sendo evidente que a grande motivação do ensaio era justamente a menoridade do modelo.”*⁴⁰⁵

O que se verifica, na verdade, é que os votos vencedores analisaram o tema sob o exclusivo enfoque da liberdade sexual da jovem, considerando a sua maturidade e a projeção pessoal e profissional, como modelo, e os danos que aquela menor, em particular, poderia sofrer em consequência da ampla difusão de sua imagem nua.

Contudo, a razão estava com o voto vencido, que enfocou a questão sob o prisma da especial tutela que se deve dar à imagem da criança e do adolescente, pela sua condição de pessoas em desenvolvimento, sendo que caberia ao intérprete considerar, com coerência e seriedade, a finalidade das leis da infância

⁴⁰⁴ JTJ-Lex 201/303-306.

⁴⁰⁵ *A pessoa pública e o seu direito de imagem*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 35.

e da juventude, tendo em conta o princípio da proteção integral, especialmente diante de valores não suscetíveis de valoração pecuniária, como a dignidade, a privacidade, e a imagem, que integram a personalidade em formação, e pelos quais a Justiça deve zelar.

Assim, a pretexto de realizar a defesa da liberdade sexual da adolescente, não se deveria ter permitido a exploração comercial indevida da sua imagem desnuda para servir à lascívia do público adulto, ao qual a publicação é dirigida.

A erotização da imagem juvenil – que será seguida da erotização da imagem infantil, se não coibida tal prática comercial – viola o direito à dignidade de crianças e adolescentes em geral, transformados que são em objeto de consumo, quando, de acordo com as regras do Estatuto, merecem o respeito aos direitos fundamentais, que lhes asseguram um desenvolvimento sadio e equilibrado da sua personalidade.

A respeito, parece conveniente registrar a lição de Jean Baudrillard sobre o que denomina “erotismo funcional”:

“O corpo do manequim é objeto de desejo, mas objeto funcional, foro de signos em que a moda e o erótico se mesclam. Deixou de ser síntese de gestos, ainda mesmo quando a fotografia de moda ostenta toda a sua arte para recriar o gestual e o natural por meio de um processo de simulação; para falar com propriedade, já não é um corpo, mas uma forma.”⁴⁰⁶

É salutar frisar que os artigos 240 e 241 da Lei n. 8.069/90 não preservam exclusivamente a liberdade sexual do infante ou do jovem cuja imagem é divulgada pelos meios de publicação neles especificados, mas, também, a dignidade, a privacidade e a imagem de toda e qualquer criança ou adolescente que, de algum modo, possa ter acesso aos filmes, às fotografias e a outras imagens de conotação sexual, constituindo o escopo fundamental destes dispositivos o de

⁴⁰⁶ *A sociedade de consumo*, tradução de Artur Morão Lisboa, Edições 70, 1995, p. 142. Após explanar sobre os apelos eróticos dos anúncios comerciais, refere ao “mito sexualista de uma cultura ‘no vento’ (...) consumível de modo imediato na imagem.” (*ob. cit.*, p. 157).

possibilitar o seu desenvolvimento saudável e pleno, transformando-os em adultos ajustados à sociedade.⁴⁰⁷

Desse modo, como o Estatuto da Criança e do Adolescente põe a salvo a imagem dos seus beneficiários até que completem dezoito anos de idade, não se poderia perquirir da maturidade pessoal e sexual da jovem de dezessete anos, fotografada nua para revista destinada ao público masculino adulto, ou mesmo da possibilidade do consentimento próprio ou da genitora para a realização do ensaio fotográfico de cunho estritamente erótico.

Embora a doutrina penal admita o exame da maturidade dos jovens nos crimes sexuais, quando não sejam menores de quatorze anos – pois, neste caso, existe a presunção legal de violência dos atos sexuais ou de libidinagem praticados com pessoas nessa faixa etária⁴⁰⁸ –, nas hipóteses dos artigos 240 e 241, da Lei n. 8.069/90, tal circunstância mostra-se irrelevante, uma vez que o propósito do legislador foi o de zelar pela dignidade dos menores contra situações constrangedoras ou vexatórias, de cunho sexual.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ Arnaldo Siqueira de Lima e Eneida Orbage de Britto Taquary, Prostituição e exploração sexual de crianças e adolescentes – reflexões e mecanismos de repressão pelo Estado, *Consulex*, n. 177, 2004, p. 31, onde esclarecem que, no artigo 241 do ECA: “Protegeu o legislador não apenas a dignidade sexual da criança e do adolescente, mas também a sua imagem, de forma a possibilitar-lhe um desenvolvimento saudável e pleno, transformando-o num adulto ajustado à sociedade. O fez de forma inovadora, porque até o presente momento não existe dispositivo no Código Penal protegendo a imagem das pessoas, em que pese ao direito fundamental estar previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X.”

⁴⁰⁸ O artigo 224, alínea “a”, do Código Penal, considera haver violência presumida no caso da prática de ato sexual ou libidinoso com menor de quatorze anos, presunção que tem caráter absoluto, pois que se afigura instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor, em face da sua incapacidade volitiva. Nesse sentido, RESP n. 714.979/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 09/08/2005, DJU de 05/09/2005, p. 476. Assim, também, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, o qual, em precedente isolado, tinha admitido a possibilidade de discussão da maturidade sexual de criança doze anos, modificando posteriormente o seu entendimento.

⁴⁰⁹ Nesse sentido: Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, Milão, Giuffrè, t. I, 1959, p. 219-223, explica que o consentimento do menor de dezesseis anos é ineficaz sob o aspecto civil e penal, pois o legislador penal incrimina a corrupção de menores, a fim de proteger a moralidade pública e o bom costume, mas a jurisprudência tem resolvido o problema de maneira diversa quando eles atingem os dezesseis anos, pois aí a liberdade sexual está completa, e a pessoa pode dispor livremente do seu corpo. De Cupis cita a posição contrária de Carnelutti, para quem o ato, conquanto não seja crime, configura ilícito civil. Paolo Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 199, diz que a questão não envolve a liberdade sexual do jovem, mas a sua honra e reputação, sendo que, também do ponto de vista penal a decisão seria equivocada.

Damásio Evangelista de Jesus e Gianpaolo Poggio Smanio, ao analisarem os aspectos penais relacionados ao artigo 241 da Lei n. 8.069/90, afirmam que:

“Não se exige dano individual efetivo, bastando o potencial. Significa não se exigir que, em face da publicação, haja dano real à imagem, respeito à dignidade etc. de alguma criança ou adolescente, individualmente lesados. O tipo se contenta com o dano à imagem abstratamente considerada.”⁴¹⁰

A feliz asserção é facilmente explicável, na medida em que boa parte do material pedófilo que circula na internet vem de outros países, não sendo possível sequer identificar crianças e adolescentes envolvidos nas cenas ou nas fotografias de cunho pornográfico. No entanto, esta circunstância não desnatura a infração ao artigo 241 da Lei n. 8.069/90, quando o agente é surpreendido na posse de material dessa natureza.

Por isso, mostra-se assaz importante o precedente ora examinado – que se tornou único, ao que consta, justamente em razão da ação penal promovida pelo Ministério Público – por ensejar discussão em torno dos valores protegidos pelos artigos 240 e 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Anota-se que, no caso concreto, deveria ter prevalecido o voto minoritário, que vislumbrou na ação da diretora da revista e da mãe da jovem, a exposição ao risco de lesão a valores fundamentais da criança e do adolescente, não suscetíveis de avaliação pecuniária, como a dignidade, a privacidade, a imagem, entre outros.⁴¹¹

⁴¹⁰ Internet: cenas de sexo explícito envolvendo menores e adolescentes – aspectos civis e penais, *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 3/97, p. 57.

⁴¹¹ No âmbito civil, em outro processo, o mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo condenou a Editora Abril, responsável pela publicação da Revista Playboy, a pagar indenização a menor que, fotografado no colo de uma bailarina de programa de televisão quando utilizava a fantasia de mamífero de campanha publicitária por ele estrelada, que visava o aumento do consumo de leite, teve a sua imagem veiculada no citado periódico, sublinhada com a frase: “Bailarina do Gugu faz dada no nenê”. O Tribunal manifestou-se no sentido de que: “Respeitada a convicção do Meritíssimo Juiz prolator da decisão recorrida, não se compartilha da idéia de que a publicação da imagem da criança em revista destinada a público masculino, cuja venda é proibida para menores de 18 anos, e que contém fotografias de mulher nuas, poses sensuais e textos maliciosos, seja completamente inofensiva ao apelante, não acarrete nenhum desgaste moral aos seus genitores, e não represente utilização indevida da imagem.” (Apelação Cível n. 101.996.4/5-00, São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador César Lacerda, j. 13.12.2000).

6.3.3 Objetividade jurídica nos artigos 240 e 241 do ECA

Longe da pretensão de esgotar os aspectos da defesa da imagem da criança e do adolescente na área criminal, considera-se adequado examinar, sucintamente, o objeto jurídico tutelado pelos artigos 240 e 241 da Lei n. 8.069/90, em razão da qualidade particular do sujeito passivo do delito.

No primeiro momento, tem-se a nítida impressão de que o legislador objetivou a proteção da liberdade ou da moral sexual da criança ou do adolescente participante da representação teatral, televisiva, cinematográfica ou de outro meio visual, de característica pornográfica, de sexo explícito, ou vexatória.⁴¹²

Contudo, são necessárias algumas observações, sendo a primeira delas a de que criança e adolescente são sujeitos passivos imediatos das infrações penais estabelecidas nos artigos 240 e 241 da Lei n. 8.069/90, que atingem, de forma mediata, a sociedade, uma vez que constitui um dever de todos o de zelar pelo direito ao respeito do menor de idade, especialmente no que diz respeito à imagem, como demonstrado por ocasião do comentário ao artigo 17 da Lei n. 8.069/90.⁴¹³

⁴¹² Antonio Cezar Lima da Fonseca aponta a proteção à liberdade sexual da criança ou do adolescente como a objetividade jurídica do artigo 240 do ECA (*Crimes contra a criança...*, cit., p. 112-113). Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo e Thales Cezar de Oliveira, por seu lado, entendem que o bem jurídico tutelado pelos artigos 240 e 241 do ECA é a moral sexual da criança ou do adolescente (*Estatuto da Criança...*, cit., p. 318 e 324).

⁴¹³ Wilson Donizeti Liberati, *Comentários ao Estatuto...*, cit., p. 259-260, quando se refere ao artigo 241 do ECA, diz que as crianças e os adolescentes são os sujeitos passivos da modalidade criminosa, em primeiro lugar, mas salienta que: “*De modo geral, toda a coletividade interessada na preservação da moralidade sexual pode ser considerada vítima do crime.*” Damásio Evangelista de Jesus e Gianpaolo Poggio Smanio escrevem: “*Evidentemente a divulgação via Internet de cenas de sexo explícito envolvendo criança e adolescentes constitui exploração e atentado contra os direitos da personalidade dos mesmos, incidindo na proibição legal. Realmente o art. 17 do ECA dispõe sobre o direito à inviolabilidade física, psíquica e moral do objeto da tutela legal, referindo-se expressamente à preservação de sua imagem e de seus valores. Esse dispositivo não contém simples norma programática, uma vez que o art. 18 do mesmo diploma impõe a todos o dever de zelar pela dignidade dos menores contra situações constrangedoras e vexatórias, significando que seus direitos são oponíveis ‘erga omnes’, ou seja, contra todos.*” (Internet: cenas de sexo explícito envolvendo menores e adolescentes – aspectos civis e penais, *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 3/97, p. 57).

Na realidade, a tutela jurídica estabelecida nos artigos 240 e 241, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como escopo a proteção mais ampla, da dignidade, do respeito, da liberdade, da privacidade e, particularmente, da imagem da criança ou adolescente.⁴¹⁴

Assim, embora pareça que a objetividade jurídica dos dispositivos legais seja simplesmente a liberdade ou a moral sexual do menor de idade envolvido na cena pornográfica, cumpre notar que o legislador – pela relevância que atribuiu à dignidade e ao respeito destes seres em formação – houve por bem determinar que a exploração da sua imagem em espetáculos, filmes, peças teatrais ou televisivas, de conotação sexual, fosse reprimida com pena de reclusão, considerando a fragilidade e a vulnerabilidade a agressões sexuais de crianças e adolescentes.⁴¹⁵

Vê-se, pois, que o bem jurídico tutelado pelos tipos penais mencionados é, em sentido amplo, além do livre desenvolvimento da criança ou do adolescente, a qualidade emocional da sua vida futura.⁴¹⁶

Dessa maneira, conclui-se com Martha de Toledo Machado, que:

“Nas figuras relativas a cena pornográfica ou de sexo explícito, os bens jurídicos tutelados pela norma abrangem a moralidade, o valor de crescimento sadio, o respeito e o decoro não apenas da criança ou do adolescente envolvido na cena,

⁴¹⁴ Antonio Cezar Lima da Fonseca, *Crimes contra a criança...*, cit., p. 119. Inês Ferreira Leite, *Pedofilia*, cit., p. 63, escreve: “a pornografia relativa a crianças é, em si, um atentado à dignidade destas, e serve de estímulo e incentivo aos pedófilos, podendo mesmo despertar tais ‘apetites’ em quem não os sentiria se não houvesse entrado em contacto com este material. Mas então o bem jurídico tutelado já não será a liberdade ou autodeterminação sexual do menor.” A conclusão é a de que as crianças são transformadas em objetos sexuais para a satisfação dos interesses de adultos pedófilos.

⁴¹⁵ A respeito, escreve Inês Ferreira Leite: “*Sendo os menores naturalmente mais frágeis, estão mais vulneráveis também pela sua imaturidade e inexperiência, a formas de pressão, manipulação, engano ou coação da vontade do que a maioria dos adultos. E estando em processo de formação da personalidade, o direito a crescer de uma forma livre e saudável exige que haja uma maior proteção da livre expressão da sua vontade, sexual ou outra. E não é estranho ao direito penal que os bens jurídicos mais frágeis, quer por natureza, quer por circunstância, sejam protegidos com maior intensidade.*” (*Pedofilia*, cit., p. 40, em comentário ao artigo 172º do Código Penal português).

⁴¹⁶ Maria Clara Sottomayor, *O poder familiar...*, in *Cuidar da justiça...*, cit., p. 35. A autora diz que: “*Julgo que o bem jurídico tutelado pelas normas penais que punem os crimes sexuais contra crianças e jovens é, não só o livre desenvolvimento do jovem mas também a qualidade emocional da sua vida, uma vez que os danos psíquicos causados se projetam no futuro, afetando também a vida adulta. A lei não exige violência ou ameaça por parte do autor, pois o desvalor do abuso não reside na falta de consenso da criança ou do jovem, que a lei presume inválido.*”

mas, também, esses mesmo valores com referência a todas as crianças e adolescentes, que demandam proteção especial em razão de sua particular vulnerabilidade, quando comparados aos adultos, própria da condição peculiar de pessoa humana em desenvolvimento, cujo respeito a Constituição Federal impõe expressamente no seu art. 227. Valores coletivos, estes últimos, que também acabam violados, pela degradação da dignidade especial de crianças e adolescentes, que a banalização das condutas incriminadas representam no espaço da vida pública. Os bens-valores protegidos pelo tipo englobam também a moralidade pública.”⁴¹⁷

⁴¹⁷ *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, coord. Munir Cury, São Paulo, Malheiros Editores, 7ª ed., 2005, p. 795.

Capítulo V
A PROTEÇÃO CIVIL DA IMAGEM DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE

1. Adequação da imagem da criança e do adolescente e a mídia – imprensa e publicidade

A explanação feita no capítulo anterior demonstra que o legislador teve especial zelo ao cuidar dos direitos da personalidade da criança e do adolescente, inclusive do direito à imagem, cuja proteção foi assegurada nas três esferas: administrativa, penal e civil.

Feita a abordagem sob os aspectos administrativos e penais, cumpre agora examinar como deve se dar a defesa da imagem da pessoa menor de idade sob a ótica civil.

A primeira colocação que surge prontamente é a de que as normas de proteção da infância e da juventude não proíbem a aparição da criança ou do adolescente em fotografias, filmes, peças teatrais ou outros espetáculos públicos ou privados, mas apenas determinam como e quando a sua imagem pode ser difundida, sem o risco de dano aos chamados direitos da personalidade.

Como qualquer pessoa integrante da sociedade, crianças e adolescentes podem ter sua imagem divulgada em certas condições, sendo altamente negativa a posição radical de simplesmente omitir as suas figuras nos meios de comunicação ou na publicidade.

As crianças não são e não merecem ser tratadas como seres invisíveis. Em condições adequadas, devem participar de eventos e programas próprios à sua faixa etária, ser objeto de noticiário positivo, que relatem fatos pertinentes ao desenvolvimento sadio, e não apenas quando apareçam como autoras ou vítimas de crimes, também podem exibir sua imagem para a publicidade, desde que associada à divulgação de produtos cujas características sejam próprias para sua idade.

A peculiar condição de pessoas em desenvolvimento exige que os profissionais de mídia estejam atentos à predominância dos interesses da criança e do adolescente, cabendo-lhes zelar pela preservação do bem-estar destas no momento da elaboração de uma notícia ou da produção de um comercial.⁴¹⁸

Sucedem que a imagem de meninos e jovens tende a surgir na mídia como algo estereotipado, ou seja, como a criança inocente ou o adolescente rebelde e agressivo. Com maior frequência, eles aparecem quando envolvidos em acontecimentos especiais ou em dramas sensacionalistas, como, por exemplo, ao serem vítimas de crime.⁴¹⁹

Conforme revelou um estudo de jovens jornalistas ingleses que analisaram cerca de 400 matérias publicadas nos jornais do seu País, as crianças apareciam nas reportagens em sete estereótipos, a saber: a) *crianças como vítimas* em 31,5%; b) *crianças bonitas vendem jornais* em 26,7%; c) *pequenos demônios* em 10,8%; d) *as crianças são brilhantes*, em 9,7%; e) *crianças como acessórios* em 8,4%; f) *“as crianças hoje em dia”* em 7,5%; e g) *pequenos anjos corajosos* em 5,4%.⁴²⁰

⁴¹⁸ Mike Jempson, Algumas idéias sobre o desenvolvimento de uma mídia favorável à criança, in *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*, Ulla Carlsson e Cecília Von Feilitzen (orgs.), trad. Dinah de Abreu Azevedo e Maria Elizabeth Matar, São Paulo, Cortez, 2002, p. 129 a 137.

⁴¹⁹ A respeito, confira-se Paulo David, Os direitos da criança e a mídia: conciliando proteção e participação, em *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*, Ulla Carlsson e Cecília Von Feilitzen (orgs.), trad. Dinah de Abreu Azevedo e Maria Elizabeth Matar, São Paulo, Cortez, 2002, p. 40. No início de 2006 tem sido freqüente o noticiário de bebês abandonados pelas mães, nas mais diversas situações, e também vítimas de homicídio culposo em acidentes, por negligência dos pais.

⁴²⁰ As crianças hoje em dia – Seminário dos Jovens Jornalistas do ‘Childrens Express’, in *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*, Ulla Carlsson e Cecília Von Feilitzen (orgs.), trad. Dinah de Abreu Azevedo e Maria Elizabeth Matar, São Paulo, Cortez, 2002, p. 139 a 156; v. quadro a fls. 143.

Apenas para ilustrar a veracidade do estudo, alguns exemplos vêm à baila:

a) *crianças como vítimas*: veiculação reiterada, em programa de televisão, de cenas de agressão e tortura de um adulto contra uma criança (RT 801/193);

b) *crianças bonitas vendem jornais*: utilização indevida da imagem de criança de oito anos, que desfilou com traje afro-baiano no carnaval paulista de 1994, na passarela do samba, usada nove meses depois para ilustrar reportagem sobre o carnaval carioca, em suplemento de turismo do jornal⁴²¹;

c) *pequenos demônios*: publicação de notícia relativa a adolescentes que praticaram ato infracional, consistente em crime de dano ao patrimônio público, em razão da pichação do Cristo Redentor, na cidade do Rio de Janeiro (RSTJ 182/180);

d) *crianças brilhantes*: a divulgação de notícia relativa ao jovem ganhador de olimpíada de matemática feita na época da concessão da láurea ao estudante, por ser atual, revela-se válida, mas não se levada ao conhecimento público anos depois da conquista, ou fora do seu contexto⁴²²;

e) *crianças como acessórios*: a fotografia de criança ao lado do pai à frente do Fórum João Mendes Júnior, publicada em revista para ilustrar texto sobre divórcio, sem que tais pessoas sequer soubessem que estavam sendo retratadas (RT 668/78); ou a publicação, por jornal, de foto de crianças em reportagem noticiando o assassinato do pai das mesmas, confundindo com traficantes – desnecessária e sensacionalista, por não dizer respeito diretamente à notícia divulgada⁴²³;

⁴²¹ *Apelação Cível n. 73.410-4/5, São Paulo, 2ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 23.02.1999.*

⁴²² Confira-se exemplo de René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 91-92, sobre jovem brilhante, publicada vinte anos depois, mostrando a sua situação atual. O jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 14 de dezembro de 2005, publicou matéria intitulada *Menina de 10 anos ensina sobre divórcio*, que começa da seguinte forma: “A menina Libby Rees tem só 10 anos, mas em breve publicará seu primeiro livro, já que a editora Aultbea Publishing, com sede em Inverness (Escócia), aceitou editar seu guia de como sobreviver ao divórcio dos pais.” Destaca-se, na reportagem, o fato de ser excepcional alguém tão jovem escrever sobre o assunto.

⁴²³ *Apelação Cível n. 2004.001.15606 – 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Desembargador Mario Robert Mannheimer, julgado em 02 de agosto de 2005.*

f) “*crianças hoje em dia*”: divulgação de matérias de caráter geral, relacionadas à infância ou à juventude, sob o enfoque dos adultos, nas quais se passa a imagem negativa de certos comportamentos da criança e do adolescente, sem a prévia oitiva de pessoas nessa condição⁴²⁴; e

g) *pequenos anjos corajosos*: crianças consideradas excepcionais em razão de comportamento heróico, não esperado para a sua idade.⁴²⁵

A adequada divulgação de fatos relativos à infância e à juventude exige dos profissionais da imprensa a exata noção dos direitos da criança e do adolescente, da peculiar condição de pessoas em desenvolvimento e da sua maior vulnerabilidade, pelo que devem evitar matérias sensacionalistas, realizadas muitas vezes sem o necessário cuidado, e que sejam capazes de estigmatizá-los como anjos ou demônios, ao colocá-los como pequenos heróis ou bandidos, como vítimas ou como problema e ameaça à sociedade.⁴²⁶

Destacam-se, aqui, algumas recomendações da Federação Internacional de Jornalistas para veiculação de notícias relacionadas à infância e à juventude: a) evitar o uso de estereótipos e apresentação sensacionalista para promover material jornalístico envolvendo crianças; b) evitar a identificação visual ou qualquer outra forma de identificação da criança, a menos que seja comprovadamente de interesse público; e c) evitar o uso de imagens sexualizadas de crianças e adolescentes.⁴²⁷

⁴²⁴ As crianças hoje em dia..., in *A criança e a mídia...*, p. 148. É mencionada matéria do *The Daily Mail*, sob o título *A garota do revólver corrompendo nossos filhos pelo computador*, na qual se veicula a idéia de que as crianças são viciadas em jogos de computador, e corrompidas por eles.

⁴²⁵ Recentes notícias demonstram o valor jornalístico de atitudes heróicas de crianças: *Criança reconhece a chegada da tsunami e salva 100 turistas*, relatando que uma menina britânica de 10 anos de idade salvou turistas de serem arrastados pela tsunami na Ásia, ao alertá-los para a chegada das ondas gigantes. Na matéria, o professor da criança disse: “*Tilly é uma menina brilhante, acima da média.*” (in <http://noticias.uol.com.br>, 02/01/2005, 16:30 horas).

⁴²⁶ V. a introdução de Cecília Von Feilitzen, em *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*, Ulla Carlsson e Cecília Von Feilitzen (orgs.), trad. Dinah de Abreu Azevedo e Maria Elizabeth Matar, São Paulo, Cortez, 2002, p. 23. Na mesma obra, consulte-se *As crianças australianas e a mídia*, de Bernie Mc Mahon e Robin Quin, p. 229-230, onde mencionam que: “*A atividade jornalística que lida com a vida e bem-estar infantil deve ser sempre realizada levando-se em conta a situação vulnerável da criança.*”

⁴²⁷ As crianças australianas e a mídia, de Bernie Mc Mahon e Robin Quin, em *A criança e a mídia...*, cit., p. 229-230. No Brasil, confira-se Ivanéa Maria Pastorelli, em *Manual de imprensa e de mídia do Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo, OrangeStar, 2001.

As empresas de comunicação podem ser responsabilizadas por dano moral cometido com a divulgação de notícias falsas ou inexatas sobre crianças ou adolescentes, como, por exemplo, ao atribuir a menor de idade que cometeu pequeno furto a condição de perigoso ladrão. O mesmo ocorre quando o órgão de imprensa divulga ação criminosa de modo a possibilitar a identificação do menor infrator ou, ainda, quando noticia fato ofensivo aos direitos da personalidade infanto-juvenil, desrespeitando a dignidade, a intimidade, a privacidade, a honra, a imagem do menor de idade.

Quando o assunto é *publicidade*, o tema ganha importância ainda maior.

Silma Mendes Berti observa que crianças e adolescentes são modelos muito procurados por fotógrafos e produtores de filmes comerciais, quase sempre com o incentivo dos pais. Ela acentua que: “*A maravilhosa expressividade da pessoa humana parece concentrar-se na criança. Nela encontram-se, em plena harmonia, corpo e alma.*”⁴²⁸

Hermano Duval, por sua vez, adverte que:

*“Os bebês são as primeiras vítimas da voraz atividade parasitária das agências de publicidade, que se apoderam de seu sorriso inocente para transformar a facies risonha em rótulos de latas de biscoito, farinhas, leite condensado, fraldas etc.”*⁴²⁹

A intensa participação de crianças e adolescentes na publicidade evidencia o alto valor econômico da sua imagem na sociedade, seja como

⁴²⁸ Silma Mendes Berti, *Direito à própria imagem*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 123-124. Assim, também, Jacques Ravanans, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Paris, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1978, p. 440, que afirma que a imagem dos menores possui grande importância prática porque os modelos infantis são muito requisitados pelos fotógrafos e produtores de filmes.

⁴²⁹ Hermano Duval, *Direito à imagem*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 131. No caderno Mídia e Publicidade de 13 de fevereiro de 2003, o jornal O Estado de São Paulo publicou matéria intitulada *Hipoglós quer seu bebê Johnson*, referindo-se ao concurso de bebê robusto, onde consta: “*Os pais, segundo diferentes pesquisas de consumo, estão sempre dispostos a gastar o que for necessário para o conforto dos bebês.*”

consumidores atuais e futuros, seja como expressão da credibilidade e da honestidade que transmitem para produtos, serviços e valores que anunciam.⁴³⁰

Por isso, como explica Gino Giacomini Filho, é comum a utilização de crianças mesmo em anúncios para adultos, por se tratar de um dos apelos publicitários mais eficientes e emocionais para causar impactos no público consumidor.⁴³¹

O uso de menores de idade em anúncios publicitários não é regulado de maneira expressa pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que se preocupou mais com a qualidade de informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços ofertados aos mesmos, que devem, de acordo com o artigo 71, respeitar sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.⁴³²

A publicidade dirigida às crianças e aos adolescentes sofre restrições previstas no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, dos artigos 1º, 15 a 18, 71 e 76, todos da Lei n. 8.069/90, do artigo 37, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, e dos artigos 34 e 37 do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária.⁴³³

⁴³⁰ Cecília Von Feilitzen, em *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*, Ulla Carlsson e Cecília Von Feilitzen (orgs.), tradução de Dinah de Abreu Azevedo e Maria Elizabeth Matar, São Paulo, Cortez, 2002, p. 23; e *União Européia, televisão e infância*, de S. Capparelli et alii, in <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna>, em 01/02/2005. O Estado de São Paulo publicou matéria intitulada *Hipoglós quer seu bebê Johnson*, no caderno Mídia e Publicidade de 13 de fevereiro de 2003, onde consta que: “Segundo Cecília Russo, crianças de 0 a 14 anos representam quase 30% da população brasileira ou 50 milhões de habitantes. Mais: ‘Influenciam 40% do consumo total das famílias e respondem por 60% da venda de produtos licenciados.’ Nem os bancos fogem da fórmula que a Procter & Gamble está recorrendo para conquistar seus consumidores com Hipoglós. Alexandre Gama, da agência Neogama/BBH, buscou crianças para dar vida ao conceito Bradescompleto. Fez sucesso.”

⁴³¹ *Consumidor versus propaganda*, São Paulo, Summus, 1991, p. 57, onde transcreve lição de Reed Moyer, no seguinte sentido: “Em propaganda existem três apelos muito grandes e que, por darem certo, acabam surgindo constantemente nas mensagens: animal, criança e sexo. E a criança especialmente carrega, além do apelo emocional, o peso de um senso comum a respeito de que criança é verdadeira, inocente, o que acrescenta à mensagem uma grande dose de credibilidade.”

⁴³² A respeito, confira-se: Noemi Friske Momberger, *A publicidade dirigida às crianças e adolescentes*, Porto Alegre, Memória Jurídica Editora, 2002, p. 55, onde assinala que: “No Estatuto da Criança e do Adolescente o legislador não preocupou-se com a publicidade, mas com o conteúdo publicitário que poderia ser nocivo à criança e ao adolescente.”

⁴³³ Sobre a limitação da publicidade comercial em razão da necessidade da proteção integral das crianças e dos adolescentes, confira-se Vidal Serrano Nunes Júnior, *Publicidade comercial – proteção e limites na Constituição de 1988*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 188.

Fazendo aqui um parêntese, tem-se que a questão relativa à publicidade voltada especialmente para as crianças constitui objeto de grande polêmica, pois, enquanto alguns defendem a sua exclusão pura e simples dos meios de comunicação, em razão dos efeitos negativos como a de torná-las pessoas consumistas, com maus hábitos alimentares e sujeitas ao consumo de produtos nocivos à saúde, como cigarro e álcool, outros entendem que há o caráter social positivo, de educá-las para o consumo adequado de produtos e serviços, tornando-as críticas em relação ao que lhes é oferecido pelos anúncios publicitários.⁴³⁴

É importante relatar que a Suécia deu um passo significativo no sentido da total exclusão, na televisão, da publicidade dirigida às crianças menores de 12 anos, com o objetivo de proteger os jovens das pressões comerciais para o consumo de produtos, justificando o Governo Sueco que os interesses das crianças está acima da liberdade comercial das empresas, de vender as suas mercadorias, e também que os jovens não podem ser tratados como objetos nas campanhas publicitárias.⁴³⁵

A Diretiva Européia sobre a Televisão sem Fronteiras também impôs à publicidade televisiva o respeito a certas regras a fim de proteger o menor, ao fixar que os anúncios publicitários não devem implicar: a) no incitamento direto às crianças para a aquisição de produtos ou serviços anunciados; b) no estímulo à persuasão dos pais para que comprem algo, em razão da sua inexperiência e credulidade; c) na exploração ou alteração da confiança das crianças em seus pais e professores; ou, d) na exposição dos menores a qualquer situação de risco à saúde física ou mental.⁴³⁶

⁴³⁴ A respeito: *União Européia, televisão e infância*, de S. Capparelli et alii, in <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna>, em 01/02/2005.

⁴³⁵ Conforme notícia veiculada pelo site <http://ofuxico.uol.com.br>, em 26/01/2005. Noemi Friske Momberger, *A publicidade dirigida...*, cit., p. 83-84, explica que esta proibição existe desde 1991, e foi editada para preservar as crianças da publicidade, já que, no entender dos suecos, estas não possuem discernimento para entender os produtos que lhe são oferecidos, sendo tomada a idade como o fator central da proibição.

⁴³⁶ De acordo com a matéria intitulada *União Européia, televisão e infância*, de S. Capparelli et alii, in <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna>, em 01/02/2005. Para o exame mais detalhado sobre a legislação estrangeira, V. Noemi Friske Momberger, *A publicidade dirigida...*, cit., p. 75-94.

No Brasil, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 5.921/2001, do Deputado Luiz Carlos Hauly, no sentido de acrescentar parágrafo ao artigo 37, do Código de Defesa do Consumidor, com a seguinte redação: *“É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança.”*

A iniciativa do Deputado, segundo a justificativa apresentada ao Projeto, leva em conta o fato de vários países já terem proibido a publicidade dirigida à criança, capaz de induzi-las ao consumo, tendo recebido parecer favorável do Relator, Deputado Leonardo Monteiro, no sentido de criar um mecanismo de proteção às crianças, parte vulnerável na relação de consumo, ao passo que o Deputado Celso Russomano apresentou voto em separado, em que afirma a necessidade de se regulamentar a publicidade voltada ao segmento infantil, e não de excluí-la pura e simplesmente.⁴³⁷

Contudo, o foco principal do trabalho consiste na participação direta da criança e do adolescente nas peças publicitárias, não só em face da lesão a direito da personalidade do artista mirim, mas a todas as demais que possam sofrer qualquer dano reflexo pelo emprego inadequado da imagem do menor de idade na propaganda.

O artigo 37, alínea “f”, do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, que trata da publicidade dirigida à criança e ao jovem, reza que: *“o uso de menores em anúncios obedecerá sempre a cuidados especiais que evitem distorções psicológicas nos modelos e impeçam a promoção de comportamentos socialmente condenáveis.”*

Assim, a Lei n. 9.294/96, que trata da propaganda de cigarros, bebidas e medicamentos, editada em consonância com o artigo 220, parágrafo 4º, da Constituição Federal, veda a participação de crianças ou adolescentes na

⁴³⁷ Em <http://www.camara.gov.br>, 25/07/2006.

publicidade desses produtos, conforme a redação dada pela Lei n. 10.167, de 27 de dezembro de 2000.

Ocorre que anúncios desses produtos podem acarretar inegável prejuízo ao menor, modelo publicitário, e também à sociedade, ante a associação da imagem de criança ou adolescentes a substâncias nocivas à saúde, capazes de gerar dependência física ou psíquica ao seu usuário.

Gino Giacomini Filho recorda que a propaganda injusta é o anúncio ou serviço publicitário que, conquanto legal, possa causar prejuízo individual ou social, mencionando ser este também o caso “*da embalagem do produto ‘Cigarros Pan’ de chocolate, que estampa dois garotos portando o produto entre os dedos imitando a forma como os adultos seguram os cigarros.*”⁴³⁸

Deve ser evitada a exploração de imagens sexualizadas de crianças e adolescentes na publicidade, e o uso da sua imagem em comerciais de conotação erótica ou pornográfica, mesmo de forma acessória.

Relembra-se, uma vez mais, que a indústria de roupas Calvin Klein, em 1997, foi obrigada pelo governo dos Estados Unidos a retirar os seus outdoors devido à natureza excessivamente erótica das fotos de adolescentes usadas nos anúncios, decisão baseada no direito da criança à dignidade.⁴³⁹

Há de se cuidar, ainda, para que os meninos e os jovens não tenham sua imagem vinculada a produtos ou serviços perigosos, que possam oferecer risco à sua vida, saúde e integridade física, como armas, fogos de artifício, agrotóxicos, etc.⁴⁴⁰

⁴³⁸ *Consumidor versus propaganda*, cit., p. 109.

⁴³⁹ Paulo David, Os direitos da criança e a mídia: conciliando proteção e participação, em *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*, Ulla Carlsson e Cecília Von Feilitzen (orgs.), trad. Dinah de Abreu Azevedo e Maria Elizabeth Matar, São Paulo, Cortez, 2002, p. 41; já referido, anteriormente, neste trabalho.

⁴⁴⁰ Nesse sentido a alínea g, do artigo 37, do Código de Auto-regulamentação *Publicitária*, veda a participação de crianças e jovens em qualquer situação publicitária que envolva risco à sua segurança. Noemi Friske Momberger, *A publicidade dirigida...*, cit., p. 109, alude que, na Alemanha e no Reino Unido, é proibida a

Outra preocupação com a imagem da criança e do adolescente na publicidade é a de se evitar a promoção de comportamentos socialmente condenáveis, como o desrespeito aos pais, ocorrida em comercial de telefone celular, em que um menino chama o pai de 'picareta', depois deste, de brincadeira, ter adivinhado o valor da conta telefônica.⁴⁴¹

Mas, longe de se pretender esgotar as hipóteses de abuso na utilização da imagem da criança e do adolescente pela mídia, já que o objetivo é o de simplesmente mostrar a necessidade de adequação da sua veiculação pelos meios de comunicação, anota-se que a exposição da imagem infanto-juvenil há de ser realizada com observância das regras dos artigos 15 a 18, especialmente do artigo 17, da Lei n. 8.069/90, buscando-se sempre o respeito aos direitos fundamentais dessas pessoas em formação.

Em face dos princípios da proteção integral e da maior vulnerabilidade da criança e do adolescente, tem-se que os seus direitos, assegurados constitucionalmente (art. 227, CF), atuam como limitadores do direito à informação e à publicidade. Caso haja colisão entre estes direitos fundamentais, não se pode esquecer que os bens relativos à proteção da infância e da juventude são prioritários, uma vez que devem ser prevenidas as lesões irreversíveis ao saudável desenvolvimento da sua personalidade.⁴⁴²

participação de crianças em comerciais de produtos que elas mesmas não poderiam adquirir, citando, como exemplo, comentários infantis sobre um sistema de calefação.

⁴⁴¹ *Justiça tira do ar comercial da Claro. Para juiz, filho chamar o pai de picareta pode induzir as crianças ao desrespeito.* Kazuo Inoue, O Estado de São Paulo, edição de 13 de julho de 2005. Consta da matéria: “*Para o Ministério Público, ao chamar o pai de ‘picareta’, o menino do comercial estaria induzindo outras crianças a tratar os pais com desrespeito, o que é vedado pelo Código de Auto-Regulamentação Publicitária do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (Conar).*” O Juiz da 2ª Vara da Fazenda de Florianópolis concedeu antecipação de tutela para suspender a exibição do comercial.

⁴⁴² J.J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado, *Reality Shows e liberdade de programação*, Coimbra Editora, 2003, p.58-59; Vidal Serrano Nunes Júnior, *Publicidade comercial...*, cit., p. 188.

2. O menor de idade e o consentimento para o uso da sua imagem

A modificação do paradigma do direito da infância e da juventude para a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente propiciou uma nova forma de poder familiar, na qual foi duplicada a responsabilidade dos genitores, sendo que eles devem, ao mesmo tempo, facilitar o exercício dos direitos da personalidade pelos filhos e zelar para que isto ocorra sem risco de dano à formação da sua personalidade.

Se antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 8.069/90 a pessoa menor de idade era vista como simples objeto das relações jurídicas, sujeita ao controle absoluto dos pais em razão do pátrio poder, a alteração do enfoque do direito infanto-juvenil permitiu que as crianças e os adolescentes passassem à condição de sujeitos de direito, capazes de tomar certas decisões, ficando os direitos decorrentes do poder familiar ficaram em segundo plano⁴⁴³, tal a relevância do exercício de certos direitos, pelo incapaz, como ocorre com os denominados direitos da personalidade.

A partir da adoção do princípio do interesse superior da criança e do adolescente cessou o caráter estritamente privado das relações entre pais e filhos, passando o poder familiar a se concentrar no interesse primordial do menor.

Com relação aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, por serem direitos de gozo e proteção dos aspectos essenciais da pessoa humana, aos pais passou a competir o dever de garantir que eles sejam exercidos com respeito à dignidade, e de modo a propiciar o pleno desenvolvimento da personalidade do filho menor de idade.⁴⁴⁴

⁴⁴³ Roberto João Elias, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo, Saraiva, 2ª. ed., 2004, p. 8.

⁴⁴⁴ Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 3ª. ed., 1997, p. 164 e 259; Miguel Cillero Bruñol, El interes superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, in *Infancia, ley e democracia en América Latina*, org. Emilio Garcia Méndez e Mary Beloff, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1998, p. 79. Confira-se, também, Pasquale Stanzone, *Capacita e minore età nella problemática della persona umana*, Camerino, Jovene Editore, 1975, p.

Assim, parece inegável a tendência de atenuação progressiva do poder dos pais, e da maior autonomia pessoal da criança e do adolescente, na medida em que o tempo evolui e que eles se desenvolvem física e psicologicamente, passando a exprimir de maneira mais clara a sua própria vontade.⁴⁴⁵

A respeito da gradativa autonomia do menor de idade em relação aos genitores, assim escreve Aída Kemelmajer de Carlucci:

*“Em suma, a autoridade parental decresce num processo dinâmico, ao mesmo tempo em que o menino cresce e alcança a autonomia pessoal. Hoje, afirma-se, inclusive, que o direito da criança a sua própria determinação (self determination) é parte dos direitos da personalidade.”*⁴⁴⁶

Por outra parte, Maria Del Carmen García Garnica, explicita que a Lei Orgânica n. 1/1996, da Espanha, reconhece aos menores de idade:

*“não só a plena titularidade de uma longa série de direitos, mas também uma capacidade progressiva ou evolutiva, para exercê-los por si mesmos, como sujeitos ativos, participativos, com capacidade de modificar seu próprio meio pessoal e social.”*⁴⁴⁷

Tratando-se de direitos personalíssimos, cujo exercício cabe ao próprio titular, percebe-se a urgente necessidade de se conciliar o direito à liberdade do menor de idade, assegurado na Constituição Federal e no artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com as regras da capacidade e da representação civil.

Adotado o direito à imagem, um dos direitos da personalidade, como suporte para o estudo da situação alvitrada, busca-se definir, nessa situação, em que grau ou medida é válido o consentimento do menor para a sua utilização por

333; e Maria Del Carmen García Garnica, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2004, p. 45 e 79-80.

⁴⁴⁵ Miguel Cillero Bruñol, El interes superior..., in *Infancia, ley...*, cit., p. 80.

⁴⁴⁶ Aída Kemelmajer de Carlucci, El derecho del niño a su próprio cuerpo, em *Direito Civil no século XXI*, coord. de Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 6. No mesmo sentido: Pasquale Stanzione, *Capacita e minore età...*, cit., p. 330-331, segundo o qual, na época atual, impõe-se reavaliar, em plena independência dos pais, a dignidade e a personalidade do filho.

⁴⁴⁷ *El ejercicio de los derechos...*, cit., p. 47.

terceiros, como e quando se faz necessária a intervenção dos pais para legitimar o ato jurídico que envolva a pessoa incapaz em função da idade, bem como qual é a responsabilidade dos pais em face da imagem do filho.

Assim como os direitos da personalidade ganharam relevo a partir da 2ª Grande Guerra Mundial, evoluindo significativamente desde então, o poder dos pais sobre os filhos também sofreu importantes modificações, perdendo as características do direito mais remoto, da autoridade absoluta, em que os pais tinham a prole sob total dependência, no que se refere à formação pessoal, aos sentimentos e à vida por inteiro.⁴⁴⁸

Pasquale Stanzione explicita que, nessa época, *“nem mesmo a escolha sobre o modo de posar diante do fotógrafo cabia ao filho menor; ao contrário, esta pertencia à exclusiva competência de quem exercitava o pátrio poder.”*⁴⁴⁹

É certo que a doutrina e a jurisprudência continuaram a afirmar, durante algum tempo, que a tutela dos direitos da personalidade do filho caberia integralmente, e com exclusividade, aos titulares do pátrio poder, surgindo dúvidas somente sobre a qual dos pais tocava decidir se o filho poderia expor a sua imagem ao fotógrafo, no caso de haver disputa de guarda, na separação ou no divórcio.⁴⁵⁰

Jacques Ravanans reporta-se a decisão do Tribunal Civil de Sena, de 18 de novembro de 1907, que reconheceu a nulidade da autorização dada pela mãe de um menor, cuja guarda, no divórcio, havia sido confiada ao pai.⁴⁵¹

O mesmo autor refere-se a outro precedente, de 21 de outubro de 1935, cujo acórdão dissociou a defesa do direito à imagem do menor do direito à sua guarda, no caso em que o pai havia consentido com a colocação do retrato do filho na vitrine de um fotógrafo, contra a vontade do avô materno – que fez a foto – e da

⁴⁴⁸ Pasquale Stanzione, *Capacita e minore età...*, cit., p. 363.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 363-364.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 364, nota 514. V., ainda, Jacques Ravanans, *La protection des personnes...*, cit., p. 440.

⁴⁵¹ *La protection des personnes...*, cit., p. 440.

mãe, que tinha a sua guarda, ressaltando que, ao contrário da posição defendida por Pierre Kayser e J. Stoufflet, para os quais, da guarda decorre o direito de autorizar ou não o retrato, não seria certo vincular a defesa dos direitos da personalidade à guarda, especialmente quando confiada a um terceiro, persistindo a autoridade do pai e da mãe.⁴⁵²

Dos exemplos apontados por Ravanans, cumpre considerar dois aspectos fundamentais:

- a) *interno* – que envolve as relações do menor com o seu representante legal, e a decorrente limitação, pelo poder familiar, do exercício do direito de imagem da criança ou do adolescente, em benefício destes; e,
- b) *externo* – referente às relações do menor com terceiros, nas quais se discute a titularidade do direito de imagem, e também a capacidade de exercício desse direito (capacidade de agir), através de representação ou assistência dos pais.⁴⁵³

Enquanto o *aspecto interno* diz respeito à autonomia do filho em relação aos pais, em conformidade com os artigos 15 a 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o *aspecto externo* guarda relação com a necessidade do menor ser representado ou assistido pelos pais nos atos da vida civil, por ser esta condição de validade e eficácia dos negócios jurídicos que venha a celebrar com terceiros (artigos 166, I, 171, I, 1.634, V, e 1.690, do Código Civil), considerada aqui, em particular, a questão do uso da sua imagem.⁴⁵⁴

No tocante aos pais, de acordo com a idade e o grau de maturidade, os filhos vão progressivamente ampliando a capacidade de escolha e decisão quanto aos atos relativos aos direitos personalíssimos, conquistando assim, gradativamente,

⁴⁵² Jacques Ravanans, *La protection des personnes...*, cit., p. 440-442. A respeito dessas decisões, V. os comentários de Silma Mendes Berti, *Direito à própria imagem*, cit., p. 126-127.

⁴⁵³ Esta divisão é proposta por Pasquale Stanzone, *Capacita e minore età...*, cit., p. 335-339.

⁴⁵⁴ Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria geral do Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 22^a ed., v. 1, 2005, p. 171), escreve que: “A proteção jurídica dos incapazes realiza-se por meio da representação ou assistência, o que lhes dá segurança, quer em relação a sua pessoa, quer em relação ao seu patrimônio, possibilitando o exercício de seus direitos (CC, arts. 115 a 120, 1.634, V, 1.690, 1.747, I, 1.767).”

a independência no tocante à educação, à religião, à vida amorosa, às amizades, à intimidade, à imagem, etc.

O exercício gradual e progressivo dos direitos fundamentais pelo menor de idade é essencial para o bom desenvolvimento da personalidade e para a sua formação como cidadão, sendo que a atuação dos pais, nesse sentido, deve ser a de colaborar para que isto ocorra sem ameaças ou riscos de danos aos filhos.

Ao contrário, quando se cuida da participação dos filhos no âmbito contratual, impera a necessidade de salvaguardar a segurança no tráfego jurídico e de dar proteção a terceiros, sem descuidar dos interesses da criança e do adolescente, circunstância que exige a intervenção dos representantes legais e a supervisão do Judiciário e do Ministério Público para a garantia da regularidade do ato.⁴⁵⁵

As crianças e os adolescentes são pessoas dotadas de capacidade natural, que se consolida ao longo do seu desenvolvimento físico e intelectual. É por isso que a lei, para a sua proteção, e também a de terceiros que com eles interajam no comércio jurídico, estabelece limites objetivos para que possa exercitar a sua capacidade de agir, determinando a sua representação legal pelos pais até a idade de 16 anos, e a sua assistência entre 16 e 18 anos.

Após explicar a relativização da incapacidade absoluta do menor, implementada pelo artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Marcos Alves da Silva observa que:

“Evidentemente, não há que se cogitar da superação da presunção da incapacidade da criança. A presunção jurídica é erigida em seu próprio benefício e proteção. Por outro lado, tal presunção não pode ostentar caráter absoluto.”⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Pasquale Stanzone, *Capacita e minore età...*, cit., p. 341; e Maria Del Carmen García Garnica, *El ejercicio de los derechos...*, cit., p. 64. V., como exemplo, o artigo 149 do ECA.

⁴⁵⁶ *Do pátrio poder à autoridade parental*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 180.

Desse modo, subsistem as regras da representação e da assistência dos pais, previstas no Código Civil (artigos 1.634, V, e 1.690), referentes aos atos jurídicos que envolvam terceiros interessados no uso da imagem da criança e do adolescente, justamente para suprir a incapacidade de exercício do menor de idade, sendo as mesmas aplicadas com fins tuitivos.⁴⁵⁷

Por isso, já se decidiu que:

“A responsabilidade civil relativa ao contrato firmado com menores, surge da vedação legal deles (púberes ou impúberes) não poderem firmar avença sem representação ou assistência de seus genitores ou representantes legais, ainda mais, se tal contrato é para divulgação, em calendários, de nudez. Dessa forma, tal avença é nula e gera para a empresa contratante, o dever de reparar os prejuízos que causou à imagem da menor.”⁴⁵⁸

Nesta altura, após tais ponderações, torna-se viável estabelecer algumas premissas em torno da questão do consentimento do menor à captação e à divulgação da sua imagem por terceiros, considerando a sua evolução biológica e o seu grau de maturidade, como condições para o livre exercício desse direito, sem riscos ao desenvolvimento e à formação da sua personalidade.

Existem restrições objetivas constantes da legislação que devem ser observadas na disciplina da autorização para o uso da imagem do menor.

A primeira delas diz respeito à sua capacidade de agir, pois, enquanto o Código Civil fixa a incapacidade absoluta para aqueles com idade inferior a 16 anos e a incapacidade relativa para aqueles com idade entre 16 e 18 anos (artigos

⁴⁵⁷ Maria Del Carmen García Garnica, *El ejercicio de los derechos...*, cit., p. 61. Pasquale Stanzone (*Capacita e minore età...*, cit., p. 307), adverte que, no plano das situações patrimoniais, a fixação de limites de idade contribui para tornar mais seguras as contratações, tutelando, sobretudo a posição da outra parte e dos terceiros; mas a mesma preocupação não subsiste no âmbito das situações pessoais, nas quais o interesse primário torna necessária a garantia da pessoa no seu ser e no seu agir.

⁴⁵⁸ RT 732/335. Hermano Duval escreve, em relação aos contratos de licença de uso da imagem que: “*Se o modelo for menor, a representação ou assistência a ele pelo pai, e/ou a mãe é de rigor ...*” (*Direito à imagem*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 136). No mesmo sentido: Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia (*Direito à imagem na propaganda*, *Revista de Direito Civil*, 1987, v. 41, p. 119), onde assinala: “*Quanto à utilização de modelos publicitários absolutamente incapazes, no caso de crianças e menores de 16 anos, é necessária a autorização por escritos dos responsáveis legais pelo menor, além de exigir-se a autorização formal do Juizado de Menores, que age na tutela de seus interesses.*”

3º, inciso I, e 4º, inciso I), por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente a pessoa entre 12 e 18 anos de idade (artigo 2º).

Já se viu que nas relações contratuais com terceiros devem ser respeitadas as regras da capacidade e da representação legal previstas no Código Civil, não apenas para a proteção dos menores, mas também para segurança no tráfego jurídico e a tutela dos interesses daqueles que contratam com os incapazes em razão da idade.

Nos casos de captação e uso da imagem de menores de 16 anos, impõe-se a representação pelos pais, devendo ser ouvido o incapaz com mais de 12 anos e maturidade para exprimir sua vontade, pois, tratando-se de ato estritamente pessoal, relacionado à sua personalidade, de nada adiantaria a autorização paterna, se o filho recusasse a efetuar a prestação ajustada pelo pai.⁴⁵⁹

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente justifica, sempre que possível, a oitiva prévia do menor, especialmente se possui mais de 12 anos, revelando, de alguma forma, compreensão do significado da prestação pessoal que terá de realizar – no caso, o de ser fotografado, filmado, etc.⁴⁶⁰

No que tange ao jovem maior de 16 anos, tem-se como obrigatória a assinatura no contrato de utilização da sua imagem, pois, possuindo suficiente discernimento para compreender o significado desse ato jurídico, há de expressar a própria vontade, com a assistência paterna.

⁴⁵⁹ Maria Del Carmen García Garnica (*El ejercicio de los derechos...*, cit., p. 206), diz que isto ocorre: “*Quando o consentimento prestado pelos representantes legais envolva o compromisso de que o menor pratique alguma prestação pessoal (por exemplo, posar para uma fotografia ou relatar fatos relativos à sua intimidade).*” E acrescenta: “*Quer dizer, será necessário, como condição de eficácia do consentimento prestado pelo representante legal que o menor manifeste seu assentimento, se tem juízo suficiente para expressar sua opinião, e em todo caso, desde que seja maior de 12 anos, ainda que não tenha maturidade suficiente por si só seu consentimento.*”

⁴⁶⁰ Ao caso cabe ser invocada a regra do artigo 28, parágrafo 1º, do ECA, que reza: “*Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e sua opinião devidamente considerada.*” No mesmo sentido, os artigos 16, inciso II, 45, parágrafo 2º, e 168, todos do ECA. Na doutrina, confira-se interessante trabalho de Gustavo Ferraz de Campos Monaco e Maria Luiza Ferraz de Campos, intitulado O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder familiar, *in Revista Brasileira de Direito de Família*, IOB Thomson, 2005, n. 32, p. 5-19.

Nesse sentido, escreve Ravanans:

“O liame íntimo que une o direito da pessoa sobre a imagem à personalidade de seu titular exige que o menor, dotado de discernimento, dê seu consentimento para qualquer relação jurídica que implique, ou que, mais precisamente, tenha por finalidade, a realização e a publicação de seus traços. Aceitar a reprodução de sua imagem é um ato eminentemente pessoal. A noção de representação do adolescente deve ser destacada quando seja o caso de ceder passo à assistência.”⁴⁶¹

Nos atos sem repercussão negocial ou natureza comercial (artigo 20, CC) em torno da imagem do menor, em que a intromissão no direito seja de moderada importância⁴⁶², a manifestação de vontade deste merece maior expressão, compreendendo os adolescentes, segundo a dicção do artigo 2º, da Lei n. 8.069/90, jovens de 12 a 18 anos, sendo a maturidade presumível a partir de 16 anos, quando mesmo diante das normas civis, eles possuem, então, capacidade de agir por si, com a mera assistência paterna.⁴⁶³

Atos mínimos da vida cotidiana – como tirar fotografia para documentos pessoais ou estudantis, que normalmente são realizadas no fotógrafo da vizinhança ou em máquinas próprias instaladas em estabelecimentos comerciais, como *shoppings centers* – podem ser praticados diretamente até mesmo pelas crianças, quais sejam, aquelas pessoas com idade inferior a 12 anos, independentemente da anuência dos pais.

Outra limitação objetiva ao consentimento da criança e do adolescente consta do artigo 149, inciso I, alínea e, e inciso II, da Lei n. 8.069/90, que declara competir à *autoridade judiciária disciplinar através de portaria, ou autorizar, mediante alvará*, a entrada e permanência daquelas, desacompanhadas dos pais, em *estúdios*

⁴⁶¹ Jacques Ravanans, *La protection des personnes...*, cit., p. 444. O autor ainda relata o caso de jovem atriz cujo pai firmou contrato para que participasse do filme *Germinal*. O Tribunal entendeu que, possuindo a menor discernimento, haveria de expressar sua vontade, sem a qual seria nulo o contrato.

⁴⁶² Por exemplo, a autorização do menor entre 12 e 18 anos de idade para a publicação da sua fotografia no jornal da escola onde estuda.

⁴⁶³ Esta é a colocação de Maria Del Carmen García Garnica, *El ejercicio de los derechos...*, cit., p. 200-201. Antonio Junqueira de Azevedo, Responsabilidade civil dos pais, in *Responsabilidade civil*, Yussef Said Cahali (coord.), São Paulo, Saraiva, 1984, p. 57, é categórico ao afirmar que: “Acima dos 16 anos, a autonomia do menor é, hoje, quase total.”

cinematográficos, de teatro, rádio e televisão, e a participação de criança e adolescente em espetáculos públicos e seus ensaios e em certames de beleza, sendo que, nesta última hipótese, mostra-se indispensável a autorização judicial, independentemente da companhia dos genitores ao evento.

A norma, que possui natureza administrativa, tem por escopo regular a participação de crianças e adolescentes em atividades nas quais haja a exposição direta ou indireta da imagem e/ou da voz destes, através da intervenção judicial, em caráter preventivo.

Observa-se, pois, não ser livre a exibição da imagem de criança ou adolescente quando ocorra a difusão pública em filmes, peças teatrais, programas de rádio e televisão, espetáculos públicos e seus ensaios, e certames de beleza, sendo que a participação do menor de idade em espetáculos públicos, incluídos os programas de televisão, sem autorização judicial, resulta em ofensa ao artigo 149, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ficando o estabelecimento responsável sujeito à multa prevista no artigo 258 do mesmo Estatuto⁴⁶⁴, sem prejuízo da eventual reparação civil.

O consentimento do menor infrator também não tem qualquer valor quando o meio de comunicação exiba fotografia ou qualquer outra ilustração que lhe diga respeito, de forma a permitir a sua identificação direta ou indireta, ficando caracterizada a infração aos artigos 143, parágrafo único, e 247, parágrafo 1º, da Lei n. 8.069/90, pelo agente divulgador, haja ou não concordância do incapaz com a conduta deste.

Ao lado destas limitações, outras existem, de natureza subjetiva, a tornar indispensável ação concreta dos pais na defesa da imagem dos filhos e, diante da omissão ou do conivente assentimento daqueles, a iniciativa do Ministério Público, que age sob autorização expressa do artigo 201, incisos V e VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁴⁶⁴ V., entre outros, RT 825/186 (STJ), com transcrição de inúmeros julgados em sentido idêntico.

Parece evidente que o menor não pode anuir, mesmo com beneplácito dos pais, à divulgação de imagens da sua pessoa que importem violação aos direitos fundamentais determinados pelos artigos 15 a 17 da Lei n. 8.069/90, como a dignidade, a honra, a integridade moral ou psíquica, ou que representem para ele situação desumana, violenta, aterrorizante, vexatória ou constrangedora, como fixado pelo artigo 18 do mesmo Estatuto.

Nesse sentido é a decisão anteriormente referida, que proibiu a veiculação, por emissora de televisão, de imagens de crianças com deformidades físicas, a pretexto de fazer benemerência ou filantropia, expondo-as à curiosidade do público, com nítido propósito de aumentar a audiência.⁴⁶⁵

Ainda que houvesse o consentimento do menor e dos seus representantes legais, por ser notório o constrangimento gerado pela exibição de um ser humano portador de graves deformações faciais, como ocorreu em outro programa, com objetivos sensacionalistas⁴⁶⁶, em razão das graves seqüelas psicológicas que certamente adviriam, não somente à criança cuja imagem é difundida em todo território nacional, mas também a outras que porventura estivessem assistindo ao programa, não há como duvidar da sua ineficácia, para efeito de eventual indenização por danos morais, que, no caso, poderiam ser tomados pelo duplo aspecto, individual e coletivo.

A mesma limitação vigora com relação à divulgação de fotografias de menor nua, em revista destinada ao público masculino, sendo de nenhum relevo a manifestação de vontade feita pela jovem nesse sentido⁴⁶⁷, pois, como já dito alhures, tal publicação constitui ofensa direta aos direitos da personalidade da menor, cujo respeito é determinado expressamente pelos artigos 17 e 18 da Lei n.

⁴⁶⁵ JTJ-Lex 223/134.

⁴⁶⁶ RF 360/244. Trata-se de ação de indenização promovida por advogada, que solicitara liminar para impedir a exibição de um menor, portador de grave deformação facial, em certo programa de televisão, sendo vítima de ofensas à honra e à imagem pessoal e profissional, levadas a efeito pelos apresentadores do mesmo.

⁴⁶⁷ JTJ-Lex 201/297-299, julgado relativo à ação penal contra a diretora de revista e, também, contra a mãe da menor, que autorizou a divulgação da sua nudez naquela publicação.

8.069/90, e assegurado pelo princípio da proteção integral das crianças e dos adolescentes.

O direito à imagem e o direito à intimidade são relativamente disponíveis para as pessoas adultas, que podem consentir com intromissões mais graves por parte de terceiros, inclusive, com propósitos comerciais, como a participação em ensaios fotográficos, filmes, peças teatrais e programas de televisão de cunho pornográfico ou erótico, ou mesmo, como se dá atualmente, em *reality shows*, nos quais várias pessoas ficam confinadas em imóvel dotado de câmeras e microfones capazes de captar e transmitir os seus menores gestos, durante 24 horas, para curiosidade do público.⁴⁶⁸

Mas semelhante disponibilidade não existe quando se trata do consentimento da criança e do adolescente, incapazes de autorizar a utilização da sua imagem ou intimidade para tais fins, em face do princípio constitucional da proteção integral, através do qual se busca prevenir e reprimir lesões aos seus direitos fundamentais.

Ao tratar dos níveis de evolução e as potencialidades humanas como objetos de tutela jurídica específica, Capelo de Sousa elucida:

“No que toca à dinâmica evolutiva de cada homem, surge-nos desde logo o ser da criança e o do jovem de menor de idade, enquanto personalidades com uma estrutura física e moral particularmente em formação e, por isso, portadoras de uma certa fragilidade e credoras de respeito e ajuda da família, da sociedade e do Estado, tanto em áreas específicas que o nosso direito tem vindo a identificar como – e é o ponto que mais nos interessa agora – na globalidade do seu ser e vista ao seu desenvolvimento integral. São essas virtualidades e carências, na personalidade dos menores, que podem tornar ilícitos, e como tais susceptíveis de responsabilidade civil, certos atos que o não seriam se praticados entre maiores ou que, por lesão da

⁴⁶⁸ A respeito, escreve António Menezes Cordeiro (*Tratado de Direito Civil português*, Coimbra, Almedina, t. III, v. 1, 2004, p. 198-199): “*Entra neste campo o debate sobre a juridicidade de contratos relativos a filmes pornográficos (a não confundir com a exibição artística do corpo humano) ou – não indo tão longe – a cenas que deveriam relevar da intimidade pessoal, familiar ou sexual. Os tribunais alemães já discutiram se tais contratos são nulos por contrariedade aos bons costumes, tendo-se fixado na negativa. Efetivamente, não havendo proibições penais ou outras, o Direito civil é permissivo.*” (...) Mas acentua: “*A autorização relativa a filmes pornográficos é – por maioria de razão – sempre revogável, e isso mesmo quando lícita.*” Sobre reality shows, V. J.J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado, *Reality Shows e liberdade de programação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

*personalidade específica do menor podem tornar significativos ou mais extensos os respectivos danos.*⁴⁶⁹

As normas de proteção da infância e da juventude asseguram a tutela da dignidade da criança e do adolescente até que atinjam 18 anos de idade, inclusive com aplicações de penalidades administrativas e penais, não havendo razão que justifique a redução da idade mínima para efeito de considerar válido o consentimento prestado por menor, quando se trate de divulgação lesiva à sua imagem, honra⁴⁷⁰ ou intimidade, segundo os valores consagrados na Constituição Federal e na Lei n. 8.069/90.

Consoante restou demonstrado mais acima, além de caracterizar crime previsto nos artigos 240 e 241 da Lei n. 8.069/90, configura também ilícito civil, por atentar contra a dignidade da criança e do adolescente em geral, “*por exemplo, o consentimento dos pais de menores para a captação e divulgação de imagens destes de conteúdo pornográfico ou obsceno.*”⁴⁷¹

Assim, tem-se como ilícito e nulo o contrato em que menor, ainda que entre 16 e 18 anos de idade, seja induzida a se deixar fotografar em poses impudicas para publicação de revista destinada ao público masculino adulto, cuja venda é limitada a pessoas maiores de 18 anos, pois o valor em jogo não é simplesmente a liberdade sexual do jovem, mas o direito à dignidade, à imagem, à honra e à intimidade de pessoa civilmente incapaz.⁴⁷²

⁴⁶⁹ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 168-169. Idem: J.J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado, *Reality Shows...*, cit., p. 58-59.

⁴⁷⁰ Jacqueline Sarmiento Dias, *O direito à imagem*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 146, relata o caso de ação movida por menina de rua do Recife (PE) contra a Revista Time, por uso indevido da imagem, além de injúria e difamação, em que a defesa foi baseada no consentimento da menor à reportagem sobre a prostituição de adolescentes e crianças. Diz a autora: “*A retratada que outrora fora menina de rua, envolvida em prostituição e até mesmo em drogas, afirma que nunca participaria numa reportagem desta, mesmo porque, na época da sua feitura, já havia abandonado todo esse lado negro de sua vida, estando fora das ruas há algum tempo. Em 1993, época da reportagem, trabalhava como costureira em Recife e já havia constituído família.*” O consentimento ou não das menores não retirava a ilicitude das matéria jornalística, a par do que ainda feria o princípio do direito ao esquecimento, pois, atingida a maioridade, ela passou a ter uma vida normal, trabalhando e constituindo família.

⁴⁷¹ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 256, nota 590.

⁴⁷² A respeito, Paolo Vercellone, *Il diritto sul próprio ritratto*, Torino, UTET, 1959, p. 197-199, especialmente nota 6, página 197. Na jurisprudência, o precedente já referido da RT 732/335.

Nesse particular, a LO 1/1982, da Espanha, no seu artigo 4º, números 2 e 3, estabelece que a difusão de informações ou a utilização de imagens ou nomes dos menores nos meios de comunicação que possam implicar uma intromissão ilegítima em sua intimidade, honra ou reputação, ou que seja contrária aos seus interesses, determinará a intervenção do Ministério Público, que promoverá as ações cabíveis. A mesma lei ainda considera intromissão ilegítima qualquer ato que possa implicar menoscabo de sua honra ou reputação, ou que seja contrária aos seus interesses, ainda que haja o consentimento do menor ou de seus representantes legais.⁴⁷³

Conquanto se possa extrair da legislação de infância e juventude proteção similar, a existência de uma norma semelhante à espanhola em muito contribuiria para tornar explícita a limitação do alcance da manifestação do consentimento do menor de idade e/ou de seus representantes legais, quando a utilização da imagem, do nome ou da intimidade das crianças e dos adolescentes, pelos meios de comunicação, fosse de tal ordem a causar ameaça ou dano efetivo aos seus legítimos direitos fundamentais, como à honra e à reputação, consagrados na Constituição Federal e na Lei n. 8.069/90.

3. Utilização da imagem do filho menor e suas relações pessoais e patrimoniais com os pais

O direito à imagem, a exemplo do direito à intimidade, possui uma feição patrimonial bastante evidente, na medida em que confere ao titular a faculdade exclusiva de autorizar a sua utilização por terceiros, inclusive para fins comerciais, dela tirando proveito econômico.

Assim, a par da feição estritamente pessoal, em que despontam as características de um direito originário, extrapatrimonial, intransmissível, irrenunciável, imprescritível, impenhorável, necessário e vitalício, típicas dos direitos

⁴⁷³ Cf. Maria E. Rovira Sueiro, em *El derecho a la propia imagen*, Granada, Editorial Comares, p. 123.

da personalidade, o direito à imagem possui uma qualidade distintiva especial, da relativa disponibilidade pelo seu titular, a quem a lei concede a possibilidade de celebrar negócios jurídicos dispositivos e de caráter patrimonial com relação a certos aspectos da sua imagem física, moral ou de vida (biografia).

Por outro lado, destaca-se novamente o valor econômico da imagem, em especial de crianças e adolescentes, as quais, na publicidade, passam inegável expressão de credibilidade e honestidade para produtos, serviços e valores que anunciam, ao passo que, nas representações artísticas em geral – televisão, teatro, cinema, etc. – transmitem eficientes apelos emocionais para causar impactos no público que assiste a tais programas, colaborando sensivelmente para o aumento da sua audiência.

As crianças e os adolescentes têm marcado sua presença em inúmeras atividades artísticas, além de participarem de desfiles de moda e de espetáculos esportivos, sendo cada vez mais freqüente a exportação de jovens modelos e de craques de futebol mirim, em contratos milionários cuja renda maior advém justamente da exploração da sua imagem.

O talento que essas pessoas menores de idade demonstram em trabalhos profissionais, enquanto artistas, modelos e esportistas, trazem grande preocupação e responsabilidade para quem detém o poder familiar, tanto no aspecto pessoal como no aspecto patrimonial.

Na medida do possível, no campo estritamente pessoal, os pais devem contribuir para o desenvolvimento das aptidões naturais dos filhos, zelando, ao mesmo tempo, para que não sejam prejudicados outros direitos fundamentais da criança e do adolescente, como à saúde, à educação, etc, em razão do prematuro desenvolvimento de atividade profissional.

Em princípio, o desempenho dos filhos que cedem a sua imagem para anúncio publicitário, série de televisão, concurso de beleza ou competição esportiva,

nada tem de prejudicial ao menor de idade, estando a mesma sob o controle dos pais, do Ministério Público e do Poder Judiciário (artigo 149, ECA).

Mas, dessas atividades podem surgir situações de risco ou de dano à integridade física, moral ou psicológica da criança e do adolescente, a exigir dos pais, da sociedade e do Estado, urgente intervenção no sentido de prevenir ou reprimir tais ocorrências.

Maria Del Carmen García Garnica aponta algumas hipóteses que exigem o controle dos pais e dos órgãos responsáveis pela defesa dos interesses da criança e do adolescente:

“Por exemplo, se a reportagem periodística relata fatos escabrosos nos quais se tenha envolvido o menor, ativa ou passivamente; se a índole da mensagem publicitária ou de seu papel na trama da referida série (televisiva) pode afetar a sua estima pessoal ou social; ou se submete o menor a sessões excessivamente prolongadas ou em circunstâncias que prejudiquem seu descanso, sua formação, seu tempo de ócio, etc.”⁴⁷⁴

Também não se pode olvidar que em certas ocasiões crianças e adolescentes acabam sendo vítimas dos próprios pais, que, no afã de verem os filhos atuando em comerciais, desfilando em passarelas de grifes famosas, figurando em programas de televisão, ou mesmo envergando a camisa de um grande clube de futebol, não avaliam as conseqüências do trabalho duro, estafante para os mesmos, e muitas vezes explorado ou mal remunerado por parte quem os contrata.

Essa atração dos genitores pela possibilidade de projeção pessoal e prestígio social, para si e para os filhos, conduz os responsáveis a assinarem contratos leoninos para divulgação da imagem nos quais, freqüentemente, o cessionário passa a explorar direito fundamental da criança e do adolescente de maneira ampla, por largo período de tempo, com autorização para exigir a satisfação

⁴⁷⁴ Maria Del Carmen García Garnica, *El ejercicio de los derechos...*, cit., p. 204.

do compromisso assumido em condições muitas vezes prejudiciais à própria saúde do infante.⁴⁷⁵

Aqui, como já dito alhures, prevalecem as regras da representação e da assistência, conforme a idade da criança ou do adolescente, constituindo obrigação pessoal dos pais a de cuidar da preservação do bem-estar dos filhos, em consonância com o disposto nos artigos 1.634, inciso V, e 1.690, do Código Civil.

Assim, antes de firmarem qualquer contrato ou simplesmente anuírem à utilização da imagem do menor, os responsáveis legais devem verificar atentamente as cláusulas do instrumento e as condições relacionadas à sua produção, captação e divulgação, além das circunstâncias relacionadas ao local, à forma e ao conteúdo do retrato, de maneira a prevenir qualquer risco de dano físico, psíquico ou moral do seu representado, em face de seu consentimento escrito ou verbal.

Esclarecida a obrigação pessoal resultante do exercício do poder familiar no que tange à utilização da imagem do menor, resta agora enfrentar o delicado aspecto das relações patrimoniais decorrentes do usufruto e da administração dos bens e dos interesses econômicos dos filhos, pelos pais, de acordo com os artigos 1.689 e seguintes do Código Civil.

Assinala-se, desde logo, que o artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, proíbe qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos, sendo tal preceito reforçado pelo artigo 227, parágrafo 3º, inciso I, da Magna Carta, que trata da proteção especial da criança e do adolescente, e pelo artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁴⁷⁵ O I Seminário Brasileiro de Crianças e Adolescentes Trabalhadores promovido pelo Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, no período de 08 a 12 de março de 2001, ao discutir as diferentes faces do trabalho infantil, ressaltou que, incentivadas pelos pais, muitas crianças chegam a trabalhar dez horas por dia em novelas e gravações de comerciais. Uma psicóloga participante do evento enfatizou a ausência de legislação específica para punir a exploração do trabalho infantil na televisão, e a necessidade de conscientizar os pais para priorizarem as relações de carinho e afeto, mais do que o futuro financeiro dos filhos (www2.uol.com.Br/aprendiz/n_noticias/criancatrabalho).

Contudo, é bastante comum encontrar crianças de tenra idade realizando trabalhos artísticos, publicitários e esportivos, em que pese a explícita vedação constitucional.

A execução destas tarefas pelo menor pode ser interpretada como um dos aspectos do direito à liberdade, particularmente da liberdade de opinião e expressão e da prática de esportes, previstas no artigo 16, incisos II e IV, da Lei n. 8.069/90, mas os órgãos de proteção à infância e à juventude não devem se descuidar do acompanhamento do trabalho, a fim de evitar risco à formação da personalidade da criança e do adolescente.⁴⁷⁶

Realizado o trabalho artístico, publicitário ou esportivo, com divulgação da imagem do menor, ele há de ser remunerado condignamente.

Em conformidade com o artigo 1.693, inciso II, do Código Civil, os valores auferidos a esse título pelo filho maior de dezesseis anos a estes pertencem, assim como os bens que porventura venha a adquirir com o produto dessa atividade profissional, uma vez que o citado dispositivo legal os exclui do usufruto e da administração dos pais.

Ao contrário do Código Civil de 1916, que não fixava limite etário para a exclusão da administração e do usufruto paterno sobre os valores recebidos pelo filho em seu trabalho (artigo 391, inciso II), o Código vigente, seguindo a determinação constitucional, optou por estabelecer a autonomia do menor trabalhador, entre dezesseis e dezoito anos, permanecendo sob o poder familiar o fruto do trabalho do menor até dezesseis anos.⁴⁷⁷

Desse modo, o artigo 1.693, inciso II, do Código Civil criou duas situações distintas, a saber: a) filho menor de dezesseis anos sujeita-se ao usufruto

⁴⁷⁶ Nesse tópico, importa mencionar a atuação do Poder Judiciário, que impediu a participação de crianças em novela de televisão, “*Laços de Família*”, da Rede Globo de Televisão, diante do contexto pernicioso à sua condição de pessoas em formação, em razão de cenas insinuantes da prática sexual entre as personagens, e de violência.

⁴⁷⁷ Denise Damo Comel, *Do poder familiar*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 162-163.

e à administração dos pais quanto aos rendimentos auferidos com o seu trabalho e aos bens adquiridos com tal renda; b) filho maior de dezesseis e menor de dezoito anos goza de total autonomia quanto ao destino dos ganhos do seu trabalho e dos bens que venha a adquirir com os mesmos.

A lei equipara o jovem de dezesseis anos ou mais, que exerce atividade profissional, ao maior de idade, ao lhe conferir a administração e o usufruto dos rendimentos e dos bens decorrentes do seu trabalho, mesmo que continue a residir na casa paterna.

Próximo de atingir a capacidade plena, o menor trabalhador entre dezesseis e dezoito anos conquista emancipação patrimonial em face dos pais, pois, na medida em que reúne meios de garantir o próprio sustento, de acordo com a lei civil não deve permanecer sujeito à administração e ao usufruto decorrentes do poder familiar.

Cabe frisar que o legislador, ao adotar a idade de 16 anos para efeito da exclusão do usufruto e da administração dos pais, no que se refere ao trabalho do filho, seguiu não apenas a diretriz traçada pela Constituição Federal, mas, também, o artigo 1.888, n. 1, letra “d”, do Código Civil português, que reza que os pais não têm a administração dos bens adquiridos pelo filho maior de dezesseis anos em razão do seu trabalho.

A título comparativo, registra-se que o artigo 387 Código Civil francês⁴⁷⁸, o artigo 324, inciso III, alínea 1, do Código Civil italiano⁴⁷⁹, o artigo 287, parágrafo 1º, do Código Civil argentino⁴⁸⁰ e o artigo 243, parágrafo 1º, do Código Civil chileno estipulam que o usufruto legal dos pais não alcança os bens que o filho

⁴⁷⁸ O art. 387 do CC francês diz: “O usufruto legal não se estenderá aos bens que os filhos poderão adquirir por seu trabalho, nem àqueles que lhes forem doados ou legados sob a condição expressa de que o pai ou a mãe não gozariam deles.” (tradução livre).

⁴⁷⁹ O CC italiano reza em seu art. 324, inc. III: “Não estão sujeitos ao usufruto legal: 1) os bens adquiridos pelo filho com os proventos do próprio trabalho.”

⁴⁸⁰ Art. 287, par. 1º, CC argentino: “O pai e a mãe tem o usufruto dos bens de seus filhos matrimoniais, ou dos extramatrimoniais voluntariamente reconhecidos, que estejam sob sua autoridade, com exceção dos seguintes: 1º Os adquiridos pelo seu trabalho, emprego, profissão ou indústria, ainda que vivam na casa de seus pais.”

tenha adquirido com os proventos do seu trabalho, assinalando o último que tais bens formam um pecúlio profissional ou industrial do filho⁴⁸¹.

Já o artigo 165 do Código Civil espanhol prevê que a propriedade dos bens adquiridos, com o seu trabalho ou indústria, pertence ao filho não emancipado, podendo os pais retirar desses frutos a parte destinada às despesas familiares do filho que resida com ambos ou com um deles⁴⁸².

Retornando à análise do inciso II, do artigo 1.693 do Código Civil pátrio, é possível concluir que os pais terão o usufruto e a administração dos valores e dos bens resultantes do trabalho do menor de dezesseis anos, em qualquer atividade privada ou pública, incluídas as verbas recebidas pelo seu desempenho em trabalho artístico, publicitário ou esportivo, porquanto a lei presume a incapacidade de gerir o seu patrimônio pessoalmente. O maior de dezesseis anos, ao contrário, goza de autonomia para administrar e usufruir o que lhe pertence.⁴⁸³

José Antonio de Paula Santos Neto, ao comentar o artigo 391, inciso II, do Código Civil de 1916⁴⁸⁴, elucida:

“Imagine-se o caso da criança ou do adolescente, de idade ainda tenra, que milita em atividades artísticas (cinema, televisão, música etc.) e obtém sucesso, com amplo retorno patrimonial. Muito embora eventualmente se trate de pessoa talentosa no ramo em que está empregada, nem por isso é possível presumir que esteja

⁴⁸¹ Consta do art. 243 do CC chileno: “O pai goza do usufruto de todos os bens do filho de família, excetuados os seguintes: Iº Os bens adquiridos pelo filho no exercício de todo emprego, de toda profissão liberal, de toda indústria e de todo ofício mecânico. Os bens compreendidos neste número formam o pecúlio profissional ou industrial do filho.”

⁴⁸² Art. 165: “Pertencem sempre ao filho não emancipado os frutos de seus bens, assim como todo o que adquira com o seu trabalho ou indústria. Não obstante, os pais poderão destinar os do menor que viva com ambos ou com só um deles, a parte que lhe corresponda, ao atendimento das despesas familiares, e não estarão obrigados a prestar contas do tiverem consumido com tais negócios.”

⁴⁸³ Essa é a lição de Denise Damo Comel, *Do poder familiar*, cit., p. 163. Guilherme Gonçalves Strenger (O poder familiar no novo Código Civil, *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 02, v. III, 2003, p. 46), anota: “Inovando, o legislador excluiu do usufruto e da administração paterna, os bens adquiridos por filho menor de 16 anos em virtude de qualquer atividade profissional que desenvolva. Trata-se de instituição de bens próprios ou reservados (artigo 1693, II).”

⁴⁸⁴ A redação deste dispositivo era a seguinte: “Excluem-se, assim do usufruto como da administração dos pais: I. Os bens adquiridos pelo filho ilegítimo, antes do reconhecimento. II. Os adquiridos pelo filho em serviço militar, de magistério ou em qualquer outra função pública. III. Os deixados ou doados ao filho sob a condição de não serem administrados pelos pais. IV. Os bens que ao filho couberem na herança (art. 1.589) quando os pais forem excluídos da sucessão.”

*madura o suficiente para gerir seus bens. No mais das vezes, não estará. Para sua própria proteção, justificar-se-á a existência plena dos efeitos patrimoniais do pátrio poder. Ao revés, as atividades elencadas pelo Código permitem vislumbrar certa maturidade, dadas as suas naturezas.*⁴⁸⁵

Se na vigência do Código Civil revogado era possível discutir a capacidade do menor de dezesseis anos, com maturidade suficiente para gerir os rendimentos e os bens conquistados à custa do seu próprio trabalho, isto não se dá à luz do atual Código Civil, cuja redação é bastante clara ao determinar o direito dos pais à administração e ao usufruto dos valores e bens dos filhos até que completem essa idade.

Embora o exercício do poder familiar assegure aos pais o usufruto e a administração dos bens dos filhos menores (artigo 1.689, incisos I e II, CC), isto não significa que sejam proprietários dos mesmos.

Carvalho Santos tinha inteira razão ao afirmar que o usufruto é instituído pela comunhão de interesses e destinos em que vive a família sob a chefia dos pais, titulares do poder familiar, e, por esta razão, não se justificaria discriminar as despesas dos seus membros, inclusive no que diz respeito aos filhos, que devem concorrer para o seu pagamento, contribuindo para as despesas comuns de acordo com os seus rendimentos.⁴⁸⁶

Não se pretende ficar alheio à realidade da vida, ignorando que os filhos representam importante fator econômico nas famílias, especialmente as de baixa renda, nas quais são obrigados a trabalhar desde cedo para auxiliar no orçamento doméstico, tendo a renda ou salário incorporado aos ganhos dos demais componentes familiares.

⁴⁸⁵ *Do pátrio poder*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 176. Denise Damo Comel (*Do poder familiar*, cit., p. 163), por sua vez, observa que na sistemática atual a solução é diversa: “Terão os pais tanto o usufruto quanto a administração de tais bens enquanto o filho for incapaz, e somente após os 16 anos é que se lhe reconhecerá autonomia para administrar e usufruir o que lhe pertence.”

⁴⁸⁶ *Código Civil brasileiro interpretado*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S/A, 4ª ed., 1950, p. 108-109, v. IV.

No entanto, a participação do filho no sustento doméstico não pode ser confundida com a apropriação total dos seus recursos pelos pais, a pretexto da livre administração ou do proveito que lhes confere o usufruto legal dos seus bens.⁴⁸⁷

Explica Maria Helena Diniz que, em regra, na administração dos bens dos filhos, os pais não têm o dever de prestar contas⁴⁸⁸, podendo consumir ou reinvestir a renda obtida em seu proveito, para atender gastos com alimentação ou educação⁴⁸⁹, assim como de exercer o usufruto sem prestar a caução prevista no artigo 1.400 do Código Civil.⁴⁹⁰

Contudo, é bom acentuar que o pai ou a mãe que abusar de sua autoridade, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, poderá sofrer a suspensão do poder familiar (artigo 1.637, CC), e mesmo a sua destituição, no caso de reiteração dessas faltas (artigo 1.638, CC), por iniciativa de algum parente ou do Ministério Público (arts. 24, 98, II, 129, X e 155 e segs. da Lei n. 8.069/90).

Feitas tais colocações, conclui-se que os pais de crianças ou adolescentes que participam de comerciais, filmes, novelas, desfiles de moda, etc., têm a plena disponibilidade dos recursos auferidos pelos filhos até que atinjam dezesseis anos de idade, data a partir da qual, de acordo com o artigo 1.693, inciso II, do Código Civil, ficam excluídos do usufruto e da administração os valores recebidos no exercício profissional e os bens adquiridos com tais recursos, consolidando-se a emancipação tácita do menor de idade.

⁴⁸⁷ Ney de Mello Almada, *Direito de família*, São Paulo, Brasiliense, v. 2, s/data, p. 276, com especial destaque para nota 37, na qual transcreve lição de Paulo Dourado de Gusmão.

⁴⁸⁸ Nesse sentido: RJTJESP 125/230; RJTJRGS 252/232. Em sentido oposto, com a peculiaridade do pai não mais estar residindo com a família: RJTJESP 104/223.

⁴⁸⁹ É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da livre movimentação dos recursos pertencentes ao menor, pelos pais, em razão da administração que lhes compete, decorrência do poder familiar: JSTJ 69/86. No mesmo sentido: JB 192/286 e 194/404, este com a seguinte ementa: “Os valores recebidos por menor de idade podem ser movimentados livremente por quem tem sobre ele o pátrio poder.” V., ainda, *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro* v. 36, p. 284.

⁴⁹⁰ *Código Civil anotado*, São Paulo, Saraiva, 11^a. ed., 2005, p. 1378.

4. Crianças famosas – atualidade e perenidade da imagem da criança e do adolescente

A responsabilidade dos pais aumenta de forma geométrica quando a sua relação se dá com um filho famoso, por se tratar de criança ou adolescente que conquistou projeção nos meios artísticos, publicitários ou esportivos.

A exposição sistemática da imagem pela mídia, contribui para perenizar certas particularidades da pessoa, no aspecto físico, moral e de vida do retratado.

Assim, por exemplo, a participação da jovem atriz Maria Schneider na famosa película *O Último Tango em Paris*, de Bernardo Bertolucci, em que representou uma personagem que se envolvia em relação puramente sexual com a de Marlon Brando, marcou-a tão profundamente, em razão das fortes cenas do filme, que ela passou a enfrentar graves problemas na vida pessoal, como o envolvimento com drogas e de obesidade. Conquanto inegável o sucesso obtido com a sua participação no filme, a atriz não teve êxito em atuar em novos empreendimentos, dada a lembrança sempre recorrente daquele trabalho.⁴⁹¹

Por ser a criança um ser em formação, o cuidado dos responsáveis legais, das autoridades, e da sociedade, em especial dos agentes de comunicação, deve, então, ser redobrada, a fim de evitar o estigma da sua figura, impedindo-se não somente a exposição danosa à sua personalidade, com a divulgação de circunstâncias ofensivas à sua peculiar condição, como, v.g., a erotização indevida da imagem infanto-juvenil, mas também a de imagens que tendam a perenizar sua efígie em determinado produto.

Observa-se, nessas situações, que a fragilidade do artista mirim acaba por ocasionar danos irreversíveis à formação da sua personalidade, pela perpetuação de imagens na memória do público receptor da mídia, como ocorreu,

⁴⁹¹ Consulte-se www.terra.com.br/cinema/favoritos/tango.htm, que se refere à entrevista dada pela atriz à *Folha de São Paulo*, lamentando os seus problemas pessoais em razão da sua atuação no mencionado filme.

por exemplo, com a jovem atriz Brooke Shields, que, já com doze anos de idade, participou de filmes de forte conteúdo erótico, mesmo sendo um deles voltado justamente ao público juvenil.⁴⁹²

Brooke Shields travou, posteriormente, grande batalha com a mãe, responsável direta pela sua carreira artística, em razão das seqüelas advindas de sua participação em películas de conotação sexual, mudando radicalmente a sua carreira ao livrar-se da influência materna.

Gino Giacomini Filho relata interessante caso de vinculação da imagem da criança ao produto divulgado em uma série de comerciais por ela encenado:

“Cintha Rachel é uma dessas crianças-modelo, tendo trabalhado com exclusividade para os anúncios do suco Tang; mas por onde ela passa, acostumou-se a ser chamada carinhosamente de ‘tanguinha’. Mas esta história tem trazido algumas dores de cabeça para seus pais: ‘Não existe uma amiguinha dela que venha aqui em casa e saia sem querer levar um pacotinho do refresco. E no aniversário dela, dia 17 de junho, os refrigerantes nem precisaram ser abertos, porque a criançada exigiu Tang.’”⁴⁹³

A incontestável força que a mídia visual apresenta exige de todos os defensores dos direitos da criança e do adolescente o zelo redobrado na fiscalização de ofensas à personalidade destas, devendo o Ministério Público agir quando os pais estejam envolvidos diretamente na difusão equivocada ou distorcida da imagem dos filhos.

É preciso ter em mente que o sucesso alcançado por crianças-prodígios raramente permanece depois que atingem a idade adulta, em face das alterações normais no seu corpo e na sua voz, além de outras relativas à sua personalidade.

⁴⁹² No caso, menciona-se o filme *A Lagoa Azul*. A atriz também participou do filme *Menina Bonita (Pretty Baby)*, no qual interpretou menina de doze anos, filha de uma cafetina, e a sua iniciação sexual no bordel de propriedade da mãe. Esta película caiu no agrado do público pedófilo, em razão das cenas de nudez e insinuações de sexo da pequena Brooke.

⁴⁹³ *Consumidor versus propaganda*, São Paulo, Summus, 1991, p. 58.

Nem sempre interessa às empresas de comunicação modificar a imagem deixada no público por uma criança meiga, dócil, de rostinho angelical, ainda que seja uma atriz promissora. Em boa parte das vezes, elas optam por contratar novos profissionais, com outras características, para que permaneça no seu telespectador o efeito marcado pela figura humana em cada tempo da sua evolução.

Dessa forma, os pais devem lidar com desvelo pela carreira do filho famoso, pensando mais na pessoa em formação do que na questão financeira, pois, na maioria das vezes, o sucesso é efêmero, sendo necessária orientação psicológica e atenção carinhosa, para evitar danos à personalidade da criança ou do adolescente, seja pelo trabalho estafante seja pela ansiedade que o mesmo desperta em ser ainda não maduro para compreender os revezes que profissões dessa natureza ocasionam àqueles que nela atuam.

Outra preocupação dos pais decorre do usufruto e da administração dos bens do filho famoso.

O detentor da autoridade paternal há de estar preparado para gerir os recursos obtidos pelo artista mirim ou craque-prodígio, lembrando-se sempre que a propriedade dos bens pertence ao jovem trabalhador, que sacrifica parte da sua infância ou juventude em uma carreira artística ou esportiva.

Já foi aventada a necessidade da participação econômica da criança nas despesas comuns do lar onde reside, particularmente se provinda de comunidade de baixa renda, sendo, freqüentemente, o esteio da família, por receber rendimentos superiores aos demais familiares.

Embora sem o dever de prestar contas pela administração, por serem usufrutuários legais dos recursos e dos bens obtidos pelo trabalho do filho menor de dezesseis anos, os pais não devem se descuidar do dever de mantê-los com educação e saúde, e de formar o indispensável pecúlio para assegurar um futuro

digno para o jovem trabalhador, economizando os recursos excedentes e adquirindo bens de raiz para garantia de tal desiderato.

Além de estarem sujeitos à ação de suspensão ou de destituição do poder familiar, caso arruinem ou ameacem de ruína os bens que lhes compete administrar (artigos 1.637 e 1.638 do CC), ao atingirem a maioridade, ou mesmo por curador nomeado pelo juiz, o filho poderá intentar ação indenizatória para exigir-lhes reparação pelos prejuízos que, por culpa, tenham lhes causado por má administração dos seus bens.⁴⁹⁴

Reitere-se, enfim, a autonomia do adolescente, a partir de dezesseis anos de idade, com relação aos recursos e aos bens obtidos em razão da sua atividade profissional (artigo 1.693, inciso II, CC), que importa em emancipação tácita, neste aspecto, não sendo de se dispensar, entretanto, a assistência dos pais na consecução dos negócios jurídicos do filho menor, dado o caráter protetivo que a lei confere a tal atributo do poder familiar.

5. Uso da imagem da criança e do adolescente por terceiros – representação legal do menor de idade nos contratos de cessão da imagem

Sendo titulares do direito à imagem – direito da personalidade dotado da característica de disponibilidade relativa –, as crianças e os adolescentes poderão autorizar a sua utilização por terceiros, mediante representação ou assistência dos pais ou responsáveis legais, através de contrato inominado⁴⁹⁵, de natureza pessoal.⁴⁹⁶

O contrato de autorização da reprodução de imagem, como pontifica Maria Helena Diniz, além de ser temporário, deverá conter os seguintes requisitos:
a) *subjetivo*, por exigir capacidade dos contraentes, especialmente do cedente

⁴⁹⁴ José Antonio de Paula Santos Neto, *Do pátrio poder*, cit., p. 164.

⁴⁹⁵ A natureza jurídica do contrato de cessão do uso da imagem é mesmo a de um contrato atípico ou inominado, como escreve Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto, *Direito à própria imagem*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 65.

⁴⁹⁶ V. Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia, *Direito à imagem na propaganda*, in RDC 41:125.

menor, que deverá estar assistido pelo seu representante legal; b) *objetivo*, pois o objeto deverá ser lícito e possível, não podendo a imagem reproduzida contrariar a moral e os bons costumes; e c) *formal*, já que deve ser expressa a autorização de uso, na medida em que esta favorece o cessionário, privando o cedente da obtenção de um benefício, sendo que a falta de anuência resulta em lucro cessante indenizável.⁴⁹⁷

Diz-se que o contrato deve ser temporário, porque não se compatibiliza com o direito da personalidade a disposição total e irrestrita da imagem da pessoa, pelo respectivo titular, que, ao consentir com o seu emprego para veiculação artística, esportiva, publicitária ou comercial, deve, também, determinar um prazo para a sua utilização pelo cessionário.

Já foi afirmado anteriormente que a criança e o adolescente são seres em constante transformação, de modo que a alteração das suas condições físicas e psicológicas, em razão da idade, lhes permite a revogação justificada da autorização dada anteriormente a outrem, para o uso da imagem, de modo a fazer cessar a utilização de retrato em face das mudanças de estado do titular do direito da personalidade (bebê, criança, pré-adolescente e adolescente).

Assim, o contrato que envolva a imagem do menor de idade não poderá ser duradouro, devendo respeitar prazo compatível com as freqüentes modificações que sofrem ao longo do tempo, ficando a critério do retratado a revogação do consentimento dado pelo seu representante legal, ao atingir a maioridade ou, em alguns casos, quando puder demonstrar discernimento suficiente para reclamar a cessação do uso da sua figura, por lhe ser inconveniente.

Interessante caso foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja ementa é a seguinte:

⁴⁹⁷ *Tratado teórico e prático dos contratos*, São Paulo, Saraiva, v. 5, 3ª ed., 1999, p. 347-348, a respeito do contrato de autorização de reprodução de imagem do atleta.

“Indenização. Direito à preservação da imagem garantida na CF (art.5º, X). Autorização. Caso em que a fotografia de bebê é utilizada para adornar embalagem de produtos alimentícios infantis. Ação proposta pelo modelo, vinte anos após. Comprovada a autorização dada pelos pais para a comercialização da imagem do filho, sem suporte jurídico resta o pleito indenizatório. Sentença de improcedência. Manutenção com desprovimento do apelo.”⁴⁹⁸

A situação ventilada no acórdão indica que a autorização dos pais afastou a ilicitude da divulgação da imagem do fotografado, que servia de marca para alimentício infantil, circunstância que obstou a procedência da ação indenizatória aforada pelo modelo contra a empresa responsável pelo produto.

Todavia, o jovem poderia reclamar a revogação do consentimento dado pelos pais quando ele era ainda um bebê, sendo que a persistência do uso da imagem, pela empresa, autorizaria, então, o pleito indenizatório, posto que, cessada a autorização, ficaria caracterizado o ilícito.

O precedente serve para ilustrar a inviabilidade de autorização de uso da imagem da pessoa por longo tempo, particularmente no caso de um bebê, incapaz de exprimir qualquer vontade no momento da contratação, o qual poderá agir, posteriormente, para fazer cessar a utilização da sua fotografia, alcançada a maioridade ou demonstrada a maturidade para manifestar desejo contrário à sua veiculação.

Com base na jurisprudência francesa, Patrick Auvret salienta quanto aos prazos de validade da autorização de uso da imagem:

“Nos tempos atuais, os magistrados prestam atenção particular entre o momento em que a autorização é concedida e aquele em que dela se faz uso. Um prazo muito longo leva à suspeição. Uma autorização deve ser utilizada num prazo razoável.”

⁴⁹⁸ Apelação Cível n. 598.086.742, 6ª Câmara Civil, Relator Desembargador Osvaldo Stefanello, julgado em 05/04/2000. A ementa foi reproduzida por Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornali, *Direito à própria imagem*. Curitiba, Juruá, 1ª ed., 2004, p. 99. Hipótese semelhante à descrita no acórdão foi suscitada por Lindon, conforme nota 217, do livro de Jacques Ravanais, *La protection des personnes...*, cit., p. 444. Este autor indaga se o menor, cuja imagem de bebê foi explorada durante longos anos, com autorização dos pais, ao atingir a maioridade, pode lucrar com a difusão massiva de suas formas? Hermano Duval (*Direito à imagem*, cit., p. 57), diz: “ao pátrio poder de ambos, conjunta ou separadamente, cabe a tutela do infante, para impedir a reprodução da face de um bebê sorridente em embalagem de biscoitos, consoante já decidiu a Justiça francesa. Que pensar dos pais terem mercadizado a foto do inocente, incapaz de qualquer consentimento válido?”

*Salvo prova em contrário, ela é considerada caduca desde que advenha mudança na situação pessoal do interessado, sendo o usuário obrigado a comprovar a realidade da autorização e de seu exato conteúdo.*⁴⁹⁹

Dessa forma, o ideal seria que a cessão do uso da imagem do menor ficasse restrita a trabalho específico, por tempo determinado, renovando-se a estipulação para o mesmo ou outro uso, sempre com limite restrito de vigência.⁵⁰⁰

Por ser a capacidade dos contraentes um dos pressupostos de validade do negócio jurídico (artigo 104, inciso I, CC), nas relações contratuais do menor de idade com terceiros devem ser respeitadas as regras da capacidade e da representação legal previstas nos artigos 1.634, V, e 1.690, do Código Civil, não apenas para a proteção daqueles, mas também para segurança no comércio jurídico e a tutela dos interesses do outro contratante.

Cumprido frisar, ainda, que o objeto do contrato de autorização do uso de imagem há de ser lícito (artigo 104, inciso II, CC), de maneira que não se poderá veicular, por exemplo, a nudez de jovem em revista masculina ou em calendários⁵⁰¹, porque tal publicação atentaria contra a dignidade do menor.

Enfim, tratando-se de interesse de criança ou adolescente acentua-se a necessidade da observância da forma prescrita em lei (artigo 104, inciso III), não se presumindo o consentimento, que há de ser expresso. Como exemplo, tem-se que nos casos indicados no artigo 149, inciso I, letra e, e inciso II, da Lei n. 8.069/90, o contrato de nada valerá se não houver a autorização judicial, precedida da oitiva do Ministério Público.

⁴⁹⁹ Patrick Auvret, *Protection civile de la personnalité*, em *Droit de la presse*, Paris, Litec, 1999, p. 21, item 47, trad. Maria Tereza Xavier Moreira.

⁵⁰⁰ Para a exploração da imagem de atletas, o parágrafo 7º (acrescido pela Lei n. 10.672, de 2003), do artigo 28, da Lei n. 9.615/98, que traça normas sobre o desporto, estabeleceu que o tempo máximo de vigência da procuração para este fim é de um ano. Na prática, esse prazo, mesmo no caso de contratos com menores, não deveria ultrapassar um ano, sendo esta a regra observada pelo mercado, com exceção das embalagens, segundo informa Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia, *in* *Direito à imagem na propaganda*, RDC 41:118. Sobre a obrigatoriedade de constar prazo de vigência em contrato de trabalho do artista, V. artigo 10, inciso II, e artigo 14, inciso II, ambos da Lei n. 6.533/78.

⁵⁰¹ Neste caso, confira-se a RT 732/335, antes citada.

Se existe autorização dos genitores do menor para a utilização ampla da imagem do filho por agência publicitária, estabelecida em contrato específico, com previsão de exclusividade da exploração desse direito, não cabe indenização por dano moral resultante da sua exploração comercial, mas apenas de danos patrimoniais, em razão da inexecução de qualquer cláusula da avença firmada, pela cessionária.

O uso consentido da imagem, exercido durante a vigência e em conformidade com as cláusulas do contrato de cessão, não enseja a reparação por dano moral, mesmo porque do inadimplemento contratual não decorre necessariamente o dano moral, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante – e normalmente o traz – trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais.”⁵⁰²

Contudo, além de fixar as obrigações das partes, o instrumento contratual deve prever, necessariamente, a remuneração pela cessão do uso da imagem e da voz da criança, na medida em que o trabalho realizado pelo menor que cumpra efetivamente sua parte no contrato, posando para as publicações autorizadas, há de ser adequadamente recompensado financeiramente.

6. Limitações legais do direito de imagem do menor de idade

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente foram consagrados pelo artigo 227 da Constituição Federal e pela Lei n. 8.069/90, para preservar o desenvolvimento da personalidade dos menores, no que tange à sua

⁵⁰² RESP n. 202.564-RJ, 4ª. Turma, Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 1/10/2001. Diversa, porém, a hipótese em que há o abuso decorrente de excesso em contrato de utilização da imagem, como, por exemplo, o da publicação de fotografia quando já vencido e cumprido o contrato anterior, pois aí não se trata de dano moral por inadimplemento contratual (nesse sentido, confira-se RF 369/305).

adequada socialização e capacidade de autodeterminação, nos aspectos físico, intelectual, moral, emocional e relacional, por serem mais vulneráveis em razão da idade.⁵⁰³

Assim, também entre as limitações forçadas ou legais ao direito de imagem da pessoa humana existem algumas que sofrem mitigação, quando relacionadas à figura da criança ou do adolescente, pois, em face dos valores em jogo, justifica-se, na maioria das vezes, a prevalência dos interesses infanto-juvenis sobre o interesse público em geral.

As hipóteses de restrições legais ao direito de imagem, reportadas anteriormente no presente estudo, são as seguintes: a) a notoriedade; b) o exercício de ofício público; c) o comparecimento a acontecimentos ou cerimônias de interesse público, ou desenvolvidas em público; d) o interesse histórico; e) a preservação da saúde pública; f) o exercício do direito de crítica, caricatura ou de sátira; g) a proteção da segurança pública; h) as necessidades da justiça ou da polícia; e, i) as finalidades científicas, didáticas ou culturais, sendo abordadas apenas aquelas que merecem destaque no que tange à captação e à exposição da imagem da criança e do adolescente.

A *notoriedade* obtida por uma criança ou um jovem artista, modelo, jogador de futebol, escritor, etc, permite a limitação do direito à sua imagem, no que tange aos eventos da sua vida pública, sem retirar-lhes o poder de opor-se à reprodução ou à difusão, sem sua autorização, de imagens que digam respeito a fatos relativos à sua vida privada, não alcançada pelo imperativo da liberdade de informação .

Também têm direito à preservação da imagem e da vida privada, aqueles *menores projetados à notoriedade*, por serem alvos de repetidas matérias jornalísticas, como ocorreu no caso da menina asiática Serena Cruz, abandonada

⁵⁰³ Conforme a lição de J.J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado, *Reality Shows...*, cit., p.59; e de Ferrando Mantovani, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, Modena, STEM-Mucchi, 1968, p. 75.

pelos pais adotivos, na Itália, sendo que, no auge da cobertura da imprensa, para a satisfação da curiosidade do público, ela chegou a ser fotografada na escola pública que freqüentava, após já estar colocada em lar substituto.⁵⁰⁴

O interesse que a criança famosa desperta no público, seja em razão das suas qualidades artísticas, esportivas, etc., seja por estar relacionada a um fato de repercussão, como a disputa de guarda que alcançou o noticiário nacional⁵⁰⁵, não autoriza a devassa da sua vida pessoal, familiar, doméstica, escolar, sentimental, etc.

Especialmente os menores que alcançam a notoriedade instantânea em razão de fatos graves relacionados à sua pessoa, têm, como já afirmado, o *direito ao esquecimento*, para que possam superar rapidamente o episódio, retomando as atividades normais, sem prejuízo à sua personalidade em formação, de modo que devem ser evitadas matérias sucessivas após a solução do conflito familiar em que estiveram envolvidos.

Relembra-se agora o fato de que, na Itália, o artigo 50, do Decreto legislativo n. 196, de 30 de junho de 2003, (Código de Proteção de Dados Pessoais), proibiu a publicação ou divulgação, por qualquer meio, de notícias ou imagens idôneas a permitir a identificação da criança ou do adolescente, especialmente em relação aos casos do seu envolvimento, a qualquer título, em procedimento judiciário de natureza diversa da penal, providência que poderia ser reproduzida também no Brasil.

Imperioso acrescentar que o fato de possuírem pai ou mãe famosos, não implica que a imagem ou a vida privada do filho possa vir a ser devassada por órgãos de comunicação, sob o pretexto da notoriedade da pessoa pública, pois o direito da personalidade do menor não se confunde com o de seus genitores, ainda mais porque, eventual exposição da imagem poderá trazer graves prejuízos à

⁵⁰⁴ Primula Venditti, em *La privacy del minore e i mass-media*, in *Privacy*, org. Agostinho Clemente, Padova, CEDAM, 1999, p. 389-405.

⁵⁰⁵ Jacques Ravanans, *La protection des personnes...*, cit., p. 149, nota 37.

personalidade em formação, diferentemente do que ocorre com o adulto, habituado ao assédio da imprensa.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve liminar proibindo o programa humorístico “*Pânico na TV*” de divulgar imagens do interior do apartamento de artista de televisão, obtidas com a utilização de guindastes, com o propósito de forçá-la a participar da filmagem de um de seus quadros, sendo que, na ocasião, foi captada a imagem do filho da atriz, de seis anos de idade.

A ementa do acórdão está assim redigida:

“Direito constitucional. Liberdade de expressão versus direito à intimidade. Atriz que manifesta sua vontade de não aparecer, nem participar de brincadeira, a seu ver vexatória, em programa humorístico. Exposição da sua vida íntima, afetando seu cotidiano, causando incômodo também a seu filho. Aplicação do princípio da observância do interesse da criança.

Interesse mediato da criança em ter resguardada a sua honra e a liberdade de imagem e movimentação de sua mãe.

‘O Ministério Público se debruça sobre a proteção dos intocáveis direitos legítimos dessa criança que tem de ser resguardados de quaisquer objetivos de uma expressão de humor abusivo, desrespeitoso e até grotesco, a agredir sua personalidade em formação’ (parecer ministerial a fls. 244/245, Procuradora de Justiça Dra. Elaine Costa da Silva).⁵⁰⁶

Para reforçar o acerto dessa decisão, colaciona-se precedente da Corte de Apelação de Paris, datada de 22 de outubro de 1987, segundo o qual “os detalhes sobre o filho de uma atriz não concernem unicamente a essa criança, mas também à vida privada de sua mãe.”⁵⁰⁷

Patrick Auvret refere-se, ainda, à publicação da fotografia do filho doente de um famoso ator francês, sem autorização do pai, que gerou a condenação do órgão noticioso ao pagamento de indenização pelo dano à imagem, cujo precedente é assim descrito:

⁵⁰⁶ Agravo de instrumento n. 2005.002.19245, 6ª Câmara Cível, Relator Desembargador Nagib Slaibi Filho, julgado em 25/10/2005.

⁵⁰⁷ Patrick Auvret, Protection civile de la personnalité, em *Droit de la presse*, cit., p. 15.

“No caso do direito à imagem, a Corte de Apelação de Paris julgou que a publicação da fotografia de uma criança, sem autorização, constituiria ‘uma violação ao titular da autoridade paternal’. Em matéria de fotografia, a Corte estimou que ‘a imagem de um ser marcado pelo sofrimento e diminuído fisicamente faz parte de sua vida privada e daquele com quem ele compartilha a vida’.”⁵⁰⁸

O comparecimento a acontecimentos ou cerimônias de interesse público ou desenvolvidas em público não afeta a imagem do menor, por figurar como acessório no evento, sendo o mesmo princípio adotado para o caso de sua presença em estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão, desde que acompanhado pelo pai ou responsável.

Isto não gera maior preocupação social, na medida em que a **difusão** da sua imagem, além de eventual, será apenas **indireta**, sem participação efetiva no espetáculo, pois a transmissão em evento público, sem fixação ou destaque da imagem não causa lesão a esse direito.

Constitui exemplo claro dessa limitação a histórica fotografia de um menino de aproximadamente dez anos de idade, chorando no Estádio *Sarriá*, estampada na primeira página do “*Jornal da Tarde*”, no dia seguinte ao da eliminação do Brasil na Copa do Mundo da Espanha, realizada em 1982.

Anota-se, entretanto, que a reprodução deve ser feita no contexto em que a imagem foi obtida, sem deslocamento para finalidade diversa, especialmente de cunho ideológico, publicitário ou comercial.

Assim, ao contrário do que entendeu a maioria da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a utilização da imagem de menor, que integrava um grupo de estudantes em visita à Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro, no jornal de campanha eleitoral, sem autorização, e vinculada à manifestação em favor do passe livre de ônibus, da qual não participara, ensejava a condenação do réu a indenizar os danos morais sofridos pelo uso indevido da imagem da criança, porque a publicação não tinha conteúdo institucional, mas

⁵⁰⁸ Ibid., p. 15. Trata-se do caso *Gerard Philippe*, mencionado também por Regina Sahn, in *Direito à imagem no Direito Civil contemporâneo*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 179, com citação de Agostinelli e Lindon.

publicitário, de interesse exclusivo do político, independentemente da fotografia ser coletiva, como afirmado no voto vencido do Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira.⁵⁰⁹

Menezes Cordeiro critica decisão semelhante de Corte portuguesa, que negou o pedido de indenização formulado por um pai, em hipótese na qual certo partido político havia elaborado cartazes de propaganda eleitoral que exibiam crianças a brincar, algumas das quais perfeitamente reconhecíveis, porque, tendo sido a fotografia tirada em local público, não havia necessidade de consentimento do menor para sua divulgação, nos termos do artigo 79, n. 2, do Código Civil português.

Diz o jurista que:

“a permissão do final do artigo 79/2 só opera com finalidades adequadas, designadamente noticiosas e não para fins publicitários, em absoluto estranhos à ratio do diploma; por fim, o retrato não poderia ser usado de modo a prejudicar o retratado: ora associar uma criança a um partido político, ainda que legítimo, pode, efetivamente, condicionar o seu desenvolvimento futuro; esta decisão não foi feliz, sendo certo que a jurisprudência ulterior foi mais sensível quanto à necessidade de proteger a personalidade.”⁵¹⁰

Destarte, relativamente ao precedente do Tribunal de Justiça carioca, é bom frisar que nada impedia a divulgação da imagem do grupo de estudantes, sem a anuência individual dos mesmos, por exemplo, no site e no jornal da Assembléia

⁵⁰⁹ Apelação Cível n. 2005.001.03391, Relator designado Desembargador Luis Felipe Salomão, julgado em 30 de agosto de 2005, com a seguinte ementa: “Responsabilidade civil. Dano moral por suposto uso indevido de imagem. Menor em visita ao Palácio Tiradentes, figurando em fotografia conjunta, com diversas outras crianças, ao lado do Presidente da Assembléia Legislativa, que participava de manifestação a favor do “passe livre”. Utilização da fotografia em jornal de campanha eleitoral. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido afastada, uma vez que a inviolabilidade do parlamentar (artigo 53, da CRFB) não abrange os atos praticados durante a campanha eleitoral, nem tampouco a atividade derivou de sua atuação como parlamentar. No mérito, é certo que o ordenamento jurídico protege o direito à imagem, vedando a reprodução indevida. Contudo, não se percebe qualquer ofensa a direito da personalidade na fotografia objeto da controvérsia, seja pela inexistência de situação vexatória, seja porque não houve destaque da figura da autora na foto. Imagem colhida em evento público com diversas crianças ao lado do requerido. Ausentes o ato ilícito e dano, não há que se cogitar em dever de indenizar. Recurso improvido.”

⁵¹⁰ Antônio Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, cit., p. 201-202. Jacques Ravanans (*La protection des personnes...*, cit., p. 78), menciona o caso do uso indevido da imagem de um agricultor e seus filhos menores em cartazes políticos do Partido Comunista francês, de programa de agricultura familiar, salientando o abuso na exploração ideológica da imagem alheia, ilícita como a exploração pecuniária ou comercial da mesma. Patrick Auvret, *Protection civile de la personnalité*, em *Droit de la presse*, cit., p. 48, também afirma que deve ser sancionada toda utilização não consentida da efígie das pessoas para fins publicitários, comerciais ou políticos, citando jurisprudência das Cortes de Lyon e Grenoble quanto ao uso com finalidades políticas.

Legislativa, de cunho institucional, para ilustrar a importância dos trabalhos dos deputados, mas nunca em propaganda eleitoral⁵¹¹, para ressaltar feito sem vinculação com o objetivo da visita de jovens à Casa Legislativa, de sorte que a publicação possuía nítido propósito ideológico e publicitário, incompatível com a situação em que realizada a fotografia, sendo devida, portanto, a reparação civil.⁵¹²

O uso inconsentido da imagem alheia é suficiente para caracterizar o ato ilícito, não sendo exigível a ocorrência conjunta de dano à honra, como faz supor o voto vencedor do acórdão.

Ademais, sequer foi contestada a perfeita identificação da menor na fotografia do grupo de estudantes, circunstância que autorizava o ajuizamento da ação indenizatória, pela prejudicada, que teve sua imagem usada fora do contexto em que captada, com aproveitamento político e econômico pelo usuário da fotografia.⁵¹³

A proteção da segurança pública constitui uma das formas de limitação do direito à imagem da pessoa na qual o interesse público da correta identificação para finalidades civis, administrativas ou criminais prepondera sobre o interesse individual, uma vez que os registros mantidos pelos órgãos públicos contribuem para o reconhecimento de autores de ilícitos criminais e, também, para a localização de foragidos da justiça e de pessoas desaparecidas.

Para Mário Sérgio Sobrinho, a tomada da imagem fotográfica auxilia a identificação da pessoa, mas não dispensa a sua identificação datiloscópica, sendo

⁵¹¹ Nesse sentido, o STJ manteve a condenação de político na “*Hipótese em que a autora, inconformada com a associação de sua imagem de pessoa carente e doente renal à campanha de candidato a cargo eletivo, ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais, decorrentes da utilização de sua fotografia em ‘outdoor’ de campanha eleitoral, sem prévia autorização ou contraprestação, apenas em face dos candidatos.*” (RESP n. 663.887-GO, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/11/2005, DJU de 01/02/2006, p. 538).

⁵¹² José Luiz Mônaco da Silva (*Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 35) afirma: “*É muito comum a realização de programas políticos, muitos dos quais veiculados em rede nacional, onde a imagem da criança e do adolescente é usada abusivamente como plataforma eleitoral, em total desrespeito ao artigo sob comento (art. 17, ECA) ou, o que é pior, ao próprio Texto Constitucional.*”

⁵¹³ A respeito, escreve Patrick Auvret, Protection civile de la personnalité, em *Droit de la presse*, cit., p. 35-36, item 84: “*Uma fotografia tirada por ocasião de uma manifestação oficial não pode ser publicada, sem autorização prévia das pessoas representadas, para ilustrar um artigo desprovido de ligação com o evento.*”

que partir da vigência da Lei n. 10.054, de 07/12/2000, não persiste discussão sobre a possibilidade de se fotografar o indiciado pela prática de delito.⁵¹⁴

O autor destaca, ainda, a importância do artigo 109 da Lei n. 8.069/90, por ter cumprido corretamente a regra do artigo 5º, LVIII, da Constituição Federal, ao assegurar que o adolescente civilmente identificado não tenha de se submeter à identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, no caso de suspeita na prática de ato infracional, ressalvada a hipótese de dúvida fundada sobre a sua identidade.⁵¹⁵

Registra-se que a norma possui natureza estritamente processual, segundo a clássica distinção feita por Ferrando Mantovani⁵¹⁶, pois, consoante explicitado anteriormente, os artigos 143 e 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente proíbem a divulgação, sem a devida autorização, por qualquer meio de comunicação, de nome, ato ou documento relativo a procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional, de modo a permitir a sua identificação, direta ou indiretamente.

Por vezes, *as necessidades de justiça e de polícia* exigem a divulgação da fotografia da pessoa, ainda que ausente o seu consentimento, ante o interesse público no conhecimento de fatos relevantes à sociedade, como, por exemplo, quando se trata de obter o auxílio da população para a localização do acusado da prática de delito, de foragido da justiça, ou mesmo de pessoas desaparecidas.

A documentação e o registro de dados identificativos e qualificativos da pessoa, como a fotografia, a coleta das digitais, a anotação de sinais característicos,

⁵¹⁴ *A identificação criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 170-173. O autor adverte, porém, que: “A introdução da fotografia como método auxiliar de identificação criminal exigirá do Estado regulamentação das formas de coleta e do uso da imagem da pessoa, evitando-se que o material obtido na sessão de fotos seja utilizado para outra finalidade que não seja a de identificar o sujeito imputado da prática de delito, preservando-se, assim, a imagem e a honra da pessoa humana.” (*A identificação*, cit., p. 172).

⁵¹⁵ Mário Sérgio Sobrinho, *A identificação*, cit., p. 180.

⁵¹⁶ *Diritto alla riservatezza...*, cit., p. 62. Para o autor, o interesse extraprocessual, ao contrário do interesse processual citado no texto, diz respeito ao desejo da coletividade de conhecer os fatos socialmente relevantes que se verificam no seu seio, além de conferir se a justiça está sendo administrada de modo independente e igual para todos.

como tatuagens, defeitos físicos, etc, servem como banco de dados a ser utilizado, mediante autorização judicial ou policial, para a exibição às testemunhas ou às vítimas de crime, no sentido de identificar o seu autor, ou mesmo para os interessados na localização do paradeiro de um parente desaparecido, o que pode ser feito pela singela exposição individual dos dados ou através da divulgação pelos meios de comunicação disponíveis.

A conservação desse banco de dados constitui fator de prevenção para a segurança pública, ao passo que a difusão de qualquer dado de identificação, por necessidade de justiça ou de polícia, contribui para elucidar ou mesmo reprimir a ocorrência de delitos, e, ainda, para localizar pessoas desaparecidas ou doentes, sendo os últimos para tratamento de moléstias infecto-contagiosas que represente perigo à sociedade.

Neste tópico, é importante ressaltar a necessidade da divulgação de fotografias de *crianças e adolescentes desaparecidos*, que, segundo informação do Ministério da Justiça, alcança o número aproximado de quarenta mil ocorrências registradas, anualmente, nas delegacias de todo o país, sendo que 10 a 15% das mesmas permanecem sem solução durante longo tempo, ou não são solucionadas.

517

Embora dispensável o consentimento, diante do interesse judicial ou policial da questão, é certo que os pais autorizam a publicação da fotografia do filho desaparecido, sendo-lhes solicitado pela autoridade policial não apenas o retrato recente da criança ou do adolescente, mas também outros dados necessários à sua localização, como a descrição de sinais característicos e das roupas e dos adornos que usava na última vez em que foi visto, além de objetos que possam conter fragmentos de pele ou cabelo, para identificação pelo exame DNA.⁵¹⁸

⁵¹⁷ Confira-se no site www.desaparecidos.mj.gov.br. No mesmo sentido a nota publicada pelo jornal “O Estado de São Paulo”, coluna de César Giobbi, edição de 14 de dezembro de 2005. Nesses casos, escreve Paulo Lúcio Nogueira, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 324, a divulgação da fotografia do menor desaparecido deve até ser facilitada pelos meios de comunicação.

⁵¹⁸ Nesse sentido: www.desaparecidos.mj.gov.br.

Para tornar efetiva a iniciativa policial, a Lei n. 11.259, de 30 de dezembro de 2005, acrescentou o parágrafo 2º, ao Estatuto da Criança e do Adolescente, prevendo, sob pena de responsabilidade, que:

“A investigação do desaparecimento de crianças ou adolescentes será realizada imediatamente após a notificação aos órgãos competentes, que deverão comunicar o fato aos portos, aeroportos, Polícia Rodoviária e companhias de transporte interestaduais e internacionais, fornecendo-lhes todos os dados necessários à identificação do desaparecido.”

Muitas empresas e entidades governamentais ou não-governamentais têm se empenhado na divulgação das fotografias de crianças desaparecidas, através da publicação em embalagens de produtos alimentícios e em selos de pedágio, ou da exibição de imagens em publicidades, novelas ou séries de televisão, como forma de auxiliar na busca do seu paradeiro.

Tais providências, que visam a reencontrar a criança ou o adolescente desaparecido, configuram limitação ao uso da imagem, porque o propósito é o de contribuir para a solução de problema de natureza policial, uma vez que, em boa parte dos casos, o desaparecimento está associado ao seqüestro, aos crimes sexuais, além de outros tipos de delito contra o menor, cujos responsáveis devem ser exemplarmente punidos.⁵¹⁹

Outro aspecto a ser considerado a título de limitação forçada do direito à imagem diz respeito às *finalidades culturais, didáticas e científicas*, já que se tornou corriqueiro o equívoco de se tratar certas publicações como autorizadas em razão desses interesses, quando evidente, na realidade, um desvio de finalidade, com aproveitamento inclusive econômico da imagem alheia.

⁵¹⁹ Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo e Thales Cezar de Oliveira, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo, Atlas, 2ª ed. 2006, p. 273, criticam o dispositivo, por se tratar de norma sem sanção. Todavia, com muita propriedade, observam: “É lamentável que seja necessária a edição de uma lei para determinar o óbvio. Poucas ocorrências revestem-se de tanta gravidade como o desaparecimento de crianças e adolescentes. Aos órgãos públicos, como não poderia deixar de ser, incumbe a tarefa de, celeremente e por todos os meios disponíveis, solucionar a questão, devolvendo o menor ao seio de sua família e, principalmente, punindo exemplarmente os responsáveis.”

Já restou esclarecido que essas limitações ao direito de imagem decorrem de um interesse público relevante na divulgação de fatos capazes de contribuir para o desenvolvimento das ciências, da história e das artes em geral, facilitando o conhecimento, pelas pessoas em geral, de informações que permitam a sua formação cultural.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu ação indenizatória promovida por menores que tiveram suas imagens reproduzidas em livro de caráter pedagógico, que revelava o trabalho social e cultural realizado, pela autora, em uma favela de São Paulo, negando a reparação pretendida, seja por haver o consentimento tácito dos fotografados, seja por se tratar de obra que os engrandecia, demonstrando *“que a vontade e o empenho, aliados à alavancagem de pessoas dedicadas e desinteressadas sob o prisma econômico, como a apelante, fazem com que o homem, qualquer que seja a sua condição social, possa se alçar a patamares antes não sonhados na escala da vida.”*⁵²⁰

O livro em questão foi escrito a partir das experiências da autora no campo social, de estímulo à atividade cultural de crianças da favela, no qual se enfatizavam os métodos pedagógicos empregados na sua educação, sem o propósito do lucro, na medida em que os recursos obtidos com a venda da obra eram destinados a uma associação, hoje conhecida internacionalmente.

Diversas, porém, são as situações em que tal exceção ao direito de imagem foi aplicada em dois julgamentos realizados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No primeiro caso⁵²¹, cuidava-se de ação reparatória de dano moral ajuizada por menina de três anos de idade, estudante da rede pública, porque, sem

⁵²⁰ Apelação Cível n. 103.308-4/1, 3ª Câmara de Direito Privado de Férias de Julho/2000, Relator Desembargador Waldemar Nogueira Filho, julgado em 25 de julho de 2000. A ementa do acórdão foi assim redigida: *“Indenização – Responsabilidade civil – Direito de imagem – Uso de fotografias em obra didática e sem fins lucrativos – Prova de que houve autorização tácita a tanto – Recurso provido para julgar a ação improcedente.”*

⁵²¹ Apelação n. 70005064977, Porto Alegre, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli, julgado em 11 de dezembro de 2003, com a seguinte

autorização do pai, teve a sua fotografia publicada em catálogo telefônico, associada ao endereço da Coordenação de Direitos Humanos e Cidadania, sob o título principal “*Você ligado em ...*”, pelo qual a municipalidade se punha a serviço da comunidade através de endereço eletrônico e de telefone.

Em síntese, fundou-se a decisão no fato de que a indenização por dano à imagem pressupõe o propósito do agente em denegrir a boa-fama da pessoa retratada, e, na hipótese, a menina tinha motivos para sentir-se envaidecida por sua fotografia ter sido escolhida para ser divulgada em veículo de nível nacional, com repercussão positiva para sua imagem, entendendo-se que a publicação não possuía fim econômico, sendo matéria de interesse público e didático, pois o Município valeu-se da espontaneidade da menina para promover seus serviços.

No segundo caso⁵²², enfatizou-se que o fato do menor de sete anos ter sua fotografia estampada em calendário, marcador de página, e também no *site* do colégio, sem prévia autorização dos pais, não caracterizava ato ilícito, pois não provado o dano moral, isto é, a culpa da escola, ausente a demonstração do abalo emocional sofrido pelo autor, posto que a publicação, sem fins lucrativos, trouxe prestígio social à criança, que, naquele momento, representava a comunidade estudantil.⁵²³

ementa oficial: “*O uso de fotografia de menor para veicular publicação com fins didáticos, culturais, ou com eventos de interesse público, não caracteriza o dever de indenizar que somente se consubstancia quando o retrato é utilizado com o fim de denegrir a imagem atribuindo à pessoa fatos desabonatórios que acarretam desonra e vergonha. Inexistência de dano moral ou prejuízo.*”

⁵²² Apelação n. 70005064977, Porto Alegre, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora Desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, julgado em 04 de março de 2004, com a seguinte ementa oficial: “*Ação de indenização por danos morais por uso indevido de imagem. Aluno que teve sua imagem veiculada em calendário e marcador de página e no site da internet. Danos morais não configurados. Veiculação de fotografia sem fins lucrativos em si mesma. Site do colégio representativo do ambiente escolar no qual o próprio autor estava inserido e era parte ativa. Justamente por ser criança saudável e com grande potencial, sua foto foi exibida em situação na qual ensinava outra criança menor a pintar. Imagem associada a objetivos incentivadores e pedagógicos, sem qualquer exposição ao ridículo. Prestígio à criança que, naquele momento, representava toda a comunidade escolar. Veredito de parcial procedência modificado. Recurso adesivo. Não conhecimento por falta de contraposição ao recurso principal. Provimento da apelação do réu e não-conhecimento do recurso adesivo do autor.*”

⁵²³ O Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 47.820-4 – São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador G. Pinheiro Franco, julgado em 24 de junho de 1998, também julgou improcedente ação reparatória de dano à imagem, aforada por aluno menor, fotografado em folheto de propaganda da escola, ante a ausência de dano.

Enquanto o precedente da Corte paulista versava sobre livro que trazia ao conhecimento público a metodologia utilizada pela autora na educação e na instrução de jovens carentes através do emprego das artes, numa favela, sendo as fotografias dos menores ilustrativas do trabalho empreendido pela pedagoga, percebe-se claramente que os acórdãos do Tribunal gaúcho tratavam de captação e reprodução de fotos de alunos durante a atividade escolar, cuja publicação aparecia totalmente dissociada do meio onde as imagens foram colhidas, prestando-se, respectivamente, à propaganda governamental, no primeiro caso, e à publicidade da escola do menor, no segundo caso.

Não é demais insistir que a exploração política, ideológica, publicitária ou comercial da imagem alheia constitui desvirtuamento da finalidade científica, didática ou cultural, caracterizando ato ilícito.⁵²⁴

Para o acolhimento da exceção, é indispensável que na difusão da imagem alheia, sem o consentimento do titular, predomine um relevante interesse científico, didático ou cultural; que o propósito informativo seja o principal, preponderando sobre qualquer outra finalidade.⁵²⁵

Prosseguindo no confronto entre as decisões, observa-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a existência de um consentimento tácito dos fotografados, ao passo que a ausência total de autorização do menor ou de seus representantes legais foi admitida nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Ocorre que somente poderia ser dispensado o consentimento do representante legal, tratando-se de menores impúberes, se fosse inquestionável a presença do interesse público capaz de justificar a publicação das fotografias.

⁵²⁴ Regina Sahm, *Direito à imagem...*, cit., p. 70; Domenico Bellantoni, *Lesione dei diritti della persona*, Padova, CEDAM, 2000, p. 203.

⁵²⁵ Jaqueline Dias Sarmiento, *O direito à imagem*, cit., p. 135; Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto, *Direito à própria imagem*, cit., p. 83, nota 20, onde transcreve lição de Villalba y Lipszyc; e, Maria E. Rovira Sueiro, *El derecho a la propia imagen*, cit., p. 103, que diz: “*não basta que este interesse exista (finalidade científica, didática ou cultural), mas que seja relevante e predominante em relação aos interesses concretos que se satisfazem com a proteção da própria imagem.*”

Todavia, não há como reconhecer a finalidade cultural, didática ou científica na divulgação de fotografia de menor de idade na lista telefônica regional ou em calendários, marcadores de página e *site* da escola na internet.

Nessas hipóteses, é inegável que a imagem das crianças foi utilizada com intenção publicitária: no primeiro caso, das ações governamentais da prefeitura⁵²⁶; e, no segundo, das qualidades educacionais do colégio.

Como elucida António Menezes Cordeiro, valendo-se da doutrina germânica dos círculos concêntricos, a chamada teoria das esferas de proteção, na esfera individual-social, onde situa o relacionamento normal da pessoa no trabalho, na escola, etc, admite-se a circulação restrita da imagem àquele ambiente, de sorte que o espaço escolar não pode ser considerado um “lugar público”, uma vez que lá somente poderão ingressar pessoas autorizadas, v.g., professores, funcionários, pais e alunos, “*sendo, pelo menos, desejável que assim seja.*”⁵²⁷

Portanto, inexistente qualquer ilícito na veiculação da imagem do aluno no jornal da escola, inexistente a lesão à honra ou o propósito financeiro do responsável pela publicação, desde que relacionada ao ambiente estudantil, posto que se insere entre os deveres da entidade educacional o de informar a comunidade escolar sobre as atividades didáticas por ela desempenhadas, como a encenação de peça teatral pelos alunos de uma determinada série ou a participação de outros em evento esportivo em que representam a escola.⁵²⁸

⁵²⁶ Sobre o direito à indenização, pela divulgação de imagem de cidadão comum em campanha institucional de Governo, V. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, *A pessoa pública e o seu direito de imagem*, São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 74.

⁵²⁷ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, cit., p. 200-202, citando, na doutrina alemã, o esquema de Daniela Oslander. Difere desta hipótese um caso julgado por Corte alemã, em 05/07/79, citado por Elimar Szaniawski (*Direitos da personalidade...*, cit., p. 232 e 268-269), em que “*o interessado em fotografar o edifício mal conservado de seu vizinho, a fim de constituir meio de prova em processo judicial, acabou por fotografar uma criança que brincava no pátio da escola...*” No caso, a criança era mero acessório da fotografia, sendo que sua finalidade não comprometia qualquer direito à intimidade ou à imagem do infante retratado.

⁵²⁸ Gilberto Haddad Jabur, em *Limitações ao direito à própria imagem no novo Código Civil*, in *Questões controvertidas no novo Código Civil*, org. Mário Luiz Delgado e Jonas Figueiredo Alves, São Paulo, Editora Método, 2003, p. 41, suscita esta dúvida: “*Como tutelar, prevenindo ou reparando, a desautorizada exposição da foto de um aluno em jornal ou periódico da escola ou faculdade a que pertence, a despeito da inexistência de lesão à honra ou propósito financeiro do divulgador?*” O jornal da escola está para esta como o jornal de

Por outro lado, não deve ser proibida a publicação da fotografia de aluno no jornal de grande circulação, desde que relacionada a fato pertinente à atividade didática ou pedagógica, como, por exemplo, o sucesso obtido em olimpíada de matemática. Nada existe de ilícito na divulgação da imagem do integrante do colégio em evento que enaltece a sua dedicação aos estudos, sendo tal informação própria ao meio escolar.

Porém, se a publicação da foto do estudante for feita com o objetivo de difundir as virtudes do estabelecimento de ensino, como, v.g., a costumeira exibição do retrato dos primeiros lugares em concurso vestibular associado a este ou aquele cursinho preparatório, no sentido de amealhar novos alunos, fica, então, afastado qualquer propósito didático, pois o interesse comercial da publicação sobrepuja integralmente aquele fim.

Afastada qualquer finalidade científica, didática ou cultural na publicação, por ser maior um outro interesse, de cunho particular, e não social, em torno da informação, fica caracterizado o ato ilícito pela divulgação da foto de menor sem autorização do seu representante legal.

Para arrematar o presente tópico, urge tecer breve comentário sobre os demais argumentos expendidos nos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no que se refere à ocorrência do dano moral, independentemente da repercussão positiva da publicação e da falta de prova do abalo psíquico da vítima, da culpa ou do eventual lucro pelo divulgador das imagens.

Ocorre que o ataque a tal direito da personalidade *“pode decorrer, pura e simplesmente, pelo uso não autorizado da imagem. Aqui a tutela está voltada para*

circulação nacional está para a sociedade. Havendo propósito informativo na divulgação da imagem do aluno, por circunstância relacionada ao seu meio, mostra-se lícita a publicação, por ser do interesse da comunidade escolar conhecer fatos relevantes do local onde estudam, assim como das atividades que lá são realizadas pelos seus integrantes, professores, funcionários e alunos.

a própria figura do titular. Essa figura é que constitui, nesse cenário, o direito à imagem.”⁵²⁹

Ademais, como ensina Maria Helena Diniz:

“O titular da imagem tem o direito de aparecer se, quando e como quiser, dando, para tanto, seu consentimento, e também tem o direito de impedir a reprodução, exposição e divulgação de sua imagem, e, ainda, o de receber indenização por tal ato desautorizado.”⁵³⁰

Assim, não se exige a prova da existência do dano moral, que decorre do próprio fato⁵³¹, qual seja, do uso inconsentido da figura humana, que pertence exclusivamente ao seu titular, exceto se presente alguma das limitações legais a este direito.⁵³²

A inexistência de lucro com a divulgação igualmente não afasta a indenização devida pelo uso não autorizado da imagem, pois, consoante ressaltado em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídicíssimo do titular.⁵³³

⁵²⁹ Carlos Alberto Menezes Direito, Os direitos da personalidade e a liberdade de informação, in *Revista Forense*, v. 363, 2002, p. 32.

⁵³⁰ *Curso de Direito Civil brasileiro, Responsabilidade civil*, São Paulo, Saraiva, v. 7, 19ª ed., 2005, p. 160.

⁵³¹ Para Antônio Chaves, Responsabilidade civil em matéria de fotografias, in *Revista de Direito Mercantil*, v. 75, 1989, p. 17: “basta o fato da publicação não autorizada para ensejar a indenização, não cabendo sequer indagar, a rigor, se houve dano efetivo, material ou moral, ou se a publicidade foi causa de enriquecimento ilícito.”

⁵³² Maria Helena Diniz, (*Direito à imagem e sua tutela*, in *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2002, p. 92), afirma: “É imprescindível o consentimento do retratado, por ter ele o direito de impedir que não se use, ao libito a sua imagem. Está proibida a exibição e divulgação pública de retrato sem o consentimento do fotografado, exceto se tal publicação se relacionar com fins científicos, didáticos, culturais, ou com eventos de interesse público ou que aconteceram publicamente.”

⁵³³ RT 714/253. V., ainda, JTJ-Lex-282/190 e RJTJESP 103/95. Na doutrina, escreve Carlos Affonso Pereira de Souza, *Contornos atuais do direito à imagem*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 13, 2003, p. 66: “O dano do lesado não se confunde com o lucro do infrator.” O autor menciona, em reforço, os julgados da RT-STJ 752/192 e 732/361.

O mesmo pode ser afirmado com relação ao dito prestígio social decorrente da divulgação não consentida da imagem da pessoa. Por mais dignificante que seja a finalidade da fotografia, mesmo que voltada a beneficiar entidade filantrópica, ainda assim cabe ao respectivo titular consentir ou não na sua utilização, pois pode não desejar aparecer desta ou daquela maneira perante o público.⁵³⁴

⁵³⁴ RT 836/301 e RT 782/236. Ainda que elogiosa a publicação, é devida a indenização pelo uso indevido da imagem (STJ - RESP n. 113.963-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 20/09/2005, DJU de 10/10/2005, p. 369).

Capítulo VI

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO À IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1. A responsabilidade civil dos pais por dano à imagem do menor de idade

A responsabilidade civil dos pais com relação às crianças e aos adolescentes pode ser dividida em dois grupos, a saber: a) *a responsabilidade decorrente do abuso do poder familiar*⁵³⁵, em face da qual os genitores respondem perante os próprios filhos, pelo exercício impróprio dos direitos e deveres que lhe são conferidos pela lei (artigos 187 e 1.637, do CC, e artigos 22 e 98, do ECA); e, b) *responsabilidade por fato de outrem*, pela qual os titulares do poder familiar respondem, de forma principal e objetiva, por danos causados a terceiros, pelos atos do filho menor sob sua guarda e companhia (artigos 928, 932, I, 933 e 934, do CC).

1.1 A responsabilidade civil por dano à imagem do filho menor decorrente do abuso do poder familiar

No decorrer do trabalho, buscou-se evidenciar que o poder familiar não é absoluto, pois encontra limite nos direitos do próprio filho, que a lei visa proteger

⁵³⁵ Antonio Junqueira de Azevedo, Responsabilidade civil dos pais, *in Responsabilidade civil*, Yussef Said Cahali (coord.), São Paulo, Saraiva, 1984, p. 65-67, trata do assunto, sob a rubrica: “*A responsabilidade dos pais, por atos próprios, na criação e educação dos filhos*”, assinalando que: “*O fato de essa responsabilidade não ser exigida perante os tribunais brasileiros resulta, principalmente, de duas causas: do profundo respeito pelos laços familiares, dificultando a transferência dessas questões para o poder decisório do Judiciário, e da falta de espírito criador dos homens da Justiça – predominando a primeira causa, nos tempos passados, e a segunda, nos dias de hoje.*”

de eventual abuso praticado pelos genitores (artigos 187 e 1.637, do Código Civil e artigos 22 e 98, inciso II, da Lei n. 8.069/90).⁵³⁶

Os artigos 141, *caput*, 142, parágrafo único, e 201, incisos V e VIII, da Lei n. 8.069/90, facultam às crianças e aos adolescentes, inclusive as vítimas de danos causados pelos pais, o acesso pleno e direto à Justiça, visando ao atendimento de interesses próprios, mesmo quando estes entrem em choque com os de seus responsáveis legais.

Certamente o poder familiar, que permite aos pais dirigir a criação e a educação dos filhos (artigo 1.634, inciso I, CC), “*não abrange o direito de os agredir, de ofender a sua dignidade, integridade física e psíquica ou liberdade*”, como esclarece, com propriedade, Maria Clara Sottomayor.⁵³⁷

As crianças e os adolescentes têm direitos fundamentais assegurados expressamente pelos artigos 15 a 18 da Lei n. 8.069/90, de modo que, ocorrendo o abuso de autoridade do pai ou da mãe, o artigo 1.637 do Código Civil, aplicável conjuntamente com o artigo 98, inciso II, do Estatuto, permite ao Juiz, a pedido de algum parente ou do Ministério Público, adotar a medida de proteção que lhe pareça mais adequada à segurança do menor e de seus haveres, inclusive a suspensão do poder familiar.

Vê-se, pois, que o poder familiar sofre um controle ostensivo do Estado, da sociedade e da família do menor, no que tange aos atos ilícitos perpetrados pelos pais, na medida em que os artigos 18 e 70 da Lei n. 8.069/90

⁵³⁶ Salienta-se que, para José Carlos Barbosa Moreira (Abuso do direito, *in Revista Trimestral de Direito Civil*, 2003, v. 13, p. 106), constitui acepção pouco técnica chamar o abuso do poder familiar de abuso de direito, pois, no seu entender, seria o caso de abuso de poderes-deveres.

⁵³⁷ O poder familiar como cuidado parental e os direitos da criança, *in Cuidar da justiça de crianças e jovens – a função dos Juizes sociais – actas do encontro*, Coimbra, Almedina, p. 48, onde anota: “*Se nós os adultos não temos o direito de nos castigar uns aos outros quando erramos, e qualquer adulto erra e precisa de aprender, porque haveremos de ter o direito de castigar as crianças?*” Por sua vez, Antonio Junqueira de Azevedo, Responsabilidade civil dos pais, *in Responsabilidade civil*, cit., p. 66, observa: “*Considerando-se decisões dos juizes brasileiros, em que terceiros, como escolas, municipalidades, clubes, são responsáveis por lesões irreparáveis nas crianças, por força de sua negligência no cuidar delas, percebe-se bem que, amanhã, os próprios pais poderão ser acionados pelos filhos nas mesmas hipóteses.*”

afirmam ser dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, prevenindo a ocorrência de ameaça ou violação de seus direitos.⁵³⁸

O ato ilícito, por parte dos pais, decorre de qualquer conduta que resulte na violação da dignidade humana do filho, como nas hipóteses previstas no artigo 1.638, do Código Civil, de uso imoderado de meios correccionais⁵³⁹, abandono moral ou material dos filhos, ou da prática de atos contrários à moral e aos bons costumes⁵⁴⁰.

Outrossim, também ocorre o ato ilícito sempre que houver abuso do poder familiar pelos pais, que possa representar limitação ao desenvolvimento da personalidade do filho, ou seja, quando a autoridade parental for exercida fora dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes⁵⁴¹, segundo a dicção do artigo 187 do CC, que erigiu o abuso de direito à categoria de ato ilícito *lato sensu*.⁵⁴²

Pasquale Stanzione diz que essa modalidade de violação dos direitos da personalidade do filho apresenta-se sob inúmeras formas, mencionando os seguintes exemplos:

⁵³⁸ A respeito, confira-se Gustavo Tepedino, em A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 417; e Maria Clara Sottomayor, O poder familiar..., in *Cuidar da justiça...*, cit., p. 50.

⁵³⁹ Pasquale Stanzione, *Capacita e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino, Jovene Editore, 1975, p. 365, nota 516, cita decisão alemã, de 22/11/1951, na qual se reconheceu ser ilícita a ação do pai que impôs o corte total dos cabelos a uma mocinha com a finalidade de impedi-la de “correr atrás dos homens”.

⁵⁴⁰ Maria Helena Diniz, *Código Civil anotado*, São Paulo, Saraiva, 11^a ed., 2005, p. 1341-1342, exemplifica: “usando entorpecentes, transformando o lar em casa de prostituição, de práticas obscenas, fazendo com que o menor testemunhe tais atos, sofra abuso de ordem sexual ou seja vítima de corrupção (Lei n. 2.252/54; CF/88, art. 227, par. 4^o, Lei n. 8.069/90, art. 130; RT, 527:72 e 413:169).”

⁵⁴¹ António Menezes Cordeiro (*Tratado de Direito Civil português*, Coimbra, Almedina, v. 1, t. III, 2004, p. 198) sustenta que: “Os bons costumes fazem apelo a códigos de ética e a regras de moral sexual e familiar, particularmente em questões de imagem.” José Carlos Barbosa Moreira (Abuso do direito, RTDC, 13:107) afirma que: “Por bons costumes designa-se o conjunto de normas éticas geralmente observadas e tidas como relevantes para a preservação do equilíbrio nas relações mútuas entre os membros da comunidade.”

⁵⁴² Gustavo Tepedino et alli, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 1, 2004, p. 342, esclarecem que o legislador não foi feliz ao definir o abuso de direito como espécie de ato ilícito, e sustentam que: “o art. 187 do CC, que define o abuso de direito como ato ilícito, deve ser interpretado como uma referência a uma ilicitude lato sensu, no sentido de contrariedade ao direito como um todo, e não como uma identificação entre a etiologia do ato ilícito e a do ato abusivo, que são claramente diversas.”

“Impedir o filho de continuar a desenvolver uma atividade esportiva que ele já tem empreendido com sucesso; proibi-lo de escrever determinadas obras literárias, e mais, obstando a sua publicação; ou mesmo de criar composições musicais, quem dera destruindo-as uma vez completadas; impedi-lo de inscrever-se em algumas associações culturais ou partidos políticos ou sindicatos, ou ainda a freqüentar, com finalidade de amizade ou por razões sentimentais, algumas pessoas; impor-lhe um determinado modo de vestir, um determinado corte de cabelos, etc.”⁵⁴³

Dessa maneira, não se deve distinguir quando a atitude paterna fere a dignidade ou o desenvolvimento do filho, pois todo ato contrário à saudável formação da personalidade do menor configura, em sentido amplo, uma forma de ilicitude.⁵⁴⁴

Feitas estas indispensáveis colocações, passa-se, então, ao exame dos casos de violação do direito de imagem do filho, em decorrência de ato ilícito ou abusivo dos próprios pais.

Prímula Venditti menciona decisão italiana que determinou a sustação da veiculação da imagem de uma adolescente com diminuição psíquica, que se envolvia em múltiplas relações sexuais, por falta de discernimento. Segundo relata a autora, o Tribunal levou em consideração o desinteresse dos pais, que, com o propósito de frustrar a intervenção do juiz de menores, permitiram que:

“a menor fosse exposta através da ‘mass media’ à mórbida curiosidade pública, promovendo inequívoca violação da reserva devida à menor, também por causa das suas condições fisio-psíquicas, e trazendo notável prejuízo ao seu futuro. (Trib. Min. Catania 21.06.90, DFP, 1992, 1064).”⁵⁴⁵

Essa autora reporta-se, ainda, ao julgamento pelo Tribunal de Menores de Roma, em 09 de novembro de 1994, que impediu a mãe de uma adolescente, então com quinze anos, vítima de estupro, de fazer a filha participar de transmissões

⁵⁴³ Pasquale Stanzone, *Capacita e minore età...*, cit., p. 365-366.

⁵⁴⁴ Ibid., p. 366. Aludindo ao artigo 98, II, do ECA, Gustavo Tepedino, *A disciplina jurídica da filiação...*, in *Temas de Direito Civil*, cit., p. 424, aduz que: “O legislador, não satisfeito com o controle dos atos ilícitos atentatórios à dignidade e à personalidade do filho, reprime também o abuso de direito, impedindo que em nome dos direitos subjetivos conferidos aos pais pudessem ser sacrificados os valores atinentes à tutela da personalidade da criança e do adolescente, alvo de atenção específica pelo ordenamento civil-constitucional.”

⁵⁴⁵ La privacy del minore e i mass-media, in *Privacy*, org. por Agostinho Clemente, Padova, CEDAM, 1999, p. 391.

televisivas ou radiofônicas, dando publicidade ao fato vivido pela menor, e, em particular de consentir no seu comparecimento a um dado programa.⁵⁴⁶

Além da experiência dramática das adolescentes vítimas de crimes sexuais, a permissão dada pelos pais para a exploração jornalística dos fatos, destinada a saciar a curiosidade do público, com a exposição da imagem das filhas, apenas contribuiria para agravar os efeitos negativos na delicada fase de desenvolvimento psico-físico das garotas⁵⁴⁷, ficando evidente, assim, o ato ilícito, em razão do dano direto à sua personalidade juvenil.

Por outro lado, já se destacou a lição de Capelo de Sousa, relativa ao fato de constituir ato ilícito, por atentar contra os bons costumes, a autorização dos pais para a captação ou a divulgação de imagens de conteúdo pornográfico ou obsceno dos filhos.⁵⁴⁸

Assim, no julgado inserido na JTJ-Lex-201/297, que relata ação criminal movida em face da mãe de adolescente de 17 anos, que permitiu a captação de fotografias da filha menor, nua, para posterior publicação em revista erótica dirigida ao público adulto masculino, não há como contestar a ilicitude da conduta da titular do poder familiar, em face do contido nos artigos 187 e 1.638, ambos do Código Civil, e nos artigos 5º, 15, 17, 18, 22 e 98, inciso II, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os genitores também não podem permitir, sob pena de grave omissão ao dever de proteção dos filhos menores, a exposição de sua imagem em programas de televisão que explorem a deficiência física ou mental dos mesmos, como a deformação facial⁵⁴⁹, por ser *“inadmissível a sujeição de criança ou*

⁵⁴⁶ Prímula Venditti, ob. cit., p. 395.

⁵⁴⁷ Ibid., p. 391.

⁵⁴⁸ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 256, nota 590. Reconhecendo a nulidade de contrato para divulgação da nudez de menor, ainda que sem o consentimento dos pais, V. a RT 732/335, já citada anteriormente.

⁵⁴⁹ RF 360/244. O acórdão refere-se a ação movida por advogada contra certa emissora de televisão, porque esta, a pretexto do direito de informação, ofendeu a honra e a imagem da profissional, por haver obtido liminar sustando a exibição de um menor, portador de grave deformação facial, em programa popular por ela transmitido

*adolescente a situações vexatórias ou humilhantes sob o pretexto de benemerência ou filantropia que, na verdade, somente visa o aumento na audiência da programação.*⁵⁵⁰

As crianças e os adolescentes possuem direito ao respeito, nos termos do artigo 17 da Lei n. 8.069/90, fundamental à personalidade em formação, não se admitindo a exibição de imagens que violem a sua dignidade pessoal, para satisfação da mórbida curiosidade popular, de modo a estigmatizá-los como seres deformados física ou psicologicamente, e dependentes da caridade alheia para modificar a patologia da qual são portadores.

Também incorre em abuso o pai ou a mãe que permite a participação de criança ou adolescente em sessões de fotografia ou gravações de televisão prolongadas, com prejuízo à saúde do menor.⁵⁵¹

Recorda-se, ainda, o exemplo da mãe de criança de três anos de idade, a qual, por se apresentar muito excitada no estúdio de gravação de um comercial, chorava sem parar, tendo ela permitido que o filho fosse anestesiado para terminar a filmagem, o que demonstra que: *“a criança também é vítima dos próprios pais que, através da participação da criança em comerciais, ganham status e prestígio, não se importando muito com desdobramentos que isso possa acarretar a ela.*”⁵⁵²

A importância comercial da imagem da criança e do adolescente, cuja figura é muito requisitada na publicidade em geral, nos programas de televisão, nos

ao público. Na ocasião dessas ofensas, a emissora exibiu a sombra da imagem da criança, de modo a tornar mais contundente a agressão à referida advogada.

⁵⁵⁰ JTJ-Lex 223/134. Nesse sentido, a lição de Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli, *Direito à própria imagem*, Curitiba, Juruá, 1ª ed., 2004, p. 31.

⁵⁵¹ Alcides Leopoldo e Silva Júnior (*A pessoa pública e o seu direito de imagem*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 35), que se manifesta no sentido de que o consentimento dos pais não pode ser contrário aos interesses ou ao bem-estar do menor, *“não prevalecendo a vontade daqueles genitores que querem unicamente o filho famoso ou que ficam satisfeitos com a compensação financeira, por tratar-se de direito personalíssimo”* do menor. Ainda: Maria Del Carmen García Garnica, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2004, p. 204.

⁵⁵² Gino Giacomini Filho, *Consumidor versus propaganda*, São Paulo, Summus, 1991, p. 56.

filmes e nas peças teatrais⁵⁵³, faz com que os pais, por vezes, abusem do poder familiar, justamente por lhes faltar a exata compreensão dos prejuízos que tal comportamento poderá causar à personalidade infanto-juvenil do filho, dado o grande deslumbramento com a possibilidade de obtenção de sucesso financeiro ou de uma carreira sólida de modelo nos meios de comunicação de massa.⁵⁵⁴

Os detentores do poder familiar devem ser os primeiros a zelar pela preservação da imagem dos filhos, tanto no aspecto físico como moral, devendo ser cientificados dos problemas especiais decorrentes da exploração indevida de fotografias de crianças e adolescentes, ainda que tiradas legitimamente, para fins particulares ou comerciais, não podendo esquecer que os interesses dos menores de idade são predominantes, e que devem ser respeitados, por se serem de pessoas com personalidade em formação, e não adultos em miniatura.⁵⁵⁵

Portanto, antes de consentirem na exploração da imagem do filho como modelo infantil, para a mídia, os pais devem avaliar, de forma rigorosa, quais as possíveis implicações para a criança, os fatores positivos e negativos da atividade, assim como o ambiente e as condições em que a fotografia do menor será captada e difundida, para evitar danos à sua personalidade.

Em face do princípio do melhor interesse do menor, prevalecem os direitos fundamentais, o bem-estar e o desenvolvimento futuro da criança, nunca o singelo resultado econômico da exploração da sua imagem, mesmo porque, em regra, a satisfação financeira costuma ser fugaz, ao passo que os prejuízos para o menor, com a divulgação do seu retrato pela mídia, podem se transformar em algo que jamais será esquecido por ele.

⁵⁵³ Cf. Jacques Ravanans, *La protection des personnes contre la realisation et la publication de leur image*, Paris, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1978, p. 440; e Silma Mendes Berti, *Direito à própria imagem*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 123-124.

⁵⁵⁴ Paolo Vercellone (*Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, UTET, 1959, p. 200), refere-se à necessidade de limitar a livre disponibilidade do direito à imagem do menor, por parte do genitor, pois, só assim se conseguirá “evitar uma excessiva leviandade de quem exerce a patria potestas, tal a prejudicar, seja por razões de lucro seja pela simples vaidade e desejo de notoriedade, o respeito à esfera de reserva, cuja subsistência é muito necessária quando se trata de sujeito ainda jovem.”

⁵⁵⁵ Sobre o tema: Mike Jempson, Algumas idéias sobre o desenvolvimento de uma mídia favorável à criança, in *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*, Ulla Carlsson e Cecília Von Feilitzen (orgs.), trad. Dinah de Abreu Azevedo e Maria Elizabeth Matar, São Paulo, Cortez, 2002, p. 131.

Assim, ao permitirem a exposição da imagem do filho, cabe aos pais zelar para que a publicação ocorra de forma positiva, contribuindo para o perfeito desenvolvimento da sua personalidade infanto-juvenil, o que se dará, se forem observados os princípios da dignidade da pessoa humana, do direito ao esquecimento, da proteção integral, da maior vulnerabilidade e do melhor interesse da criança e do adolescente.

1.2 A responsabilidade civil dos pais pelo ato danoso praticado pelo filho menor à imagem de outrem

O novo Código Civil inovou ao incluir no seu texto o artigo 928, estatuinto que: “*O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.*”

Mas, como se percebe, o incapaz somente deverá indenizar a vítima do dano, por ele provocado, se o seu representante legal não tiver obrigação ou não dispuser de meios suficientes para arcar com o ressarcimento.

Portanto, como regra, persiste a responsabilidade do titular do poder familiar, relacionada ao exercício desse poder⁵⁵⁶, pelos danos ocasionados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (artigo 932, inciso I, CC), sendo tal responsabilidade de natureza objetiva, por ser independente de culpa de sua parte (artigo 933, CC).⁵⁵⁷

⁵⁵⁶ Alvino Lima, *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., rev. e atual. por Nelson Nery Júnior, 2000, p. 41, afirma: “*O fato do menor, lesivo do direito de outrem, causando-lhe um dano, é imputado ao titular do pátrio poder, não em virtude de seu comportamento, mas por força da sua referida qualidade, a qual, ‘por si só, é idônea para fazer surgir a responsabilidade.*”

⁵⁵⁷ Conquanto o artigo 942, parágrafo único, do Código Civil mencione a existência de solidariedade entre o causador direto do dano (menor) e o responsável indireto (pais ou responsáveis legais), na verdade, em face do contido no artigo 928, do mesmo Código, o patrimônio do incapaz somente poderá ser alcançado para efeito de reparação do dano por ele causado se os responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes, de modo que a sua responsabilidade é, em regra, subsidiária, sendo excepcionalmente principal, como na hipótese do artigo 116 do ECA, consoante o enunciado 40 da Jornada de Direito Civil do

O atual Código Civil incorporou, então, a responsabilidade civil objetiva dos pais pelos atos ilícitos dos filhos menores de dezoito anos que causem prejuízo a terceiro, afastando a noção, até então vigente, da responsabilidade presumida.

Por outro lado, ao estabelecer que a responsabilidade pelos danos praticados pelo filho que esteja sob sua autoridade e em sua companhia, o artigo 932, I, do Código Civil, tornou evidente não bastar que o pai ou a mãe detenha o poder familiar, exigindo, também, que tenham o dever de vigilância sob o filho, por estar em sua companhia.

Assim, no caso de pais separados, prevalece a responsabilidade civil daquele que ficou com a guarda do filho, na separação judicial do casal⁵⁵⁸, não concorrendo a do cônjuge que, embora detentor do poder familiar, não possua o dever de vigilância direta dos atos do filho, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça em tempos passados.⁵⁵⁹

Da mesma forma, os pais não podem ser responsabilizados civilmente pelo ato ilícito perpetrado pelo filho menor confiado à guarda de terceiro, como

Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, assim escrito: “*O incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente, como devedor principal, há hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais, nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas.*” Assim, não há, absolutamente, solidariedade entre pai e filho pelo ato ilícito por este perpetrado, como salientam Rui Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 6. ed., 2004, p. 777-779 e 909; e, Rodrigo Mazzei, *Responsabilidade civil do incapaz, in Questões controvertidas no novo Código Civil*, coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves, São Paulo, Método, 2006, v. 5, p. 491.

⁵⁵⁸ STJ – RESP n. 540.459-RS, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 18/12/2003, DJU de 22/03/2004. Antonio Junqueira de Azevedo, *Responsabilidade civil dos pais, in Responsabilidade civil*, cit., p. 60, afirma que: “*a responsabilidade do genitor titular da guarda é maior, visto que, se o dever de educar os filhos continua a ser comum de ambos os genitores, o titular da guarda tem mais condições para isso. A falta da guarda pode, pois, levar à exclusão da responsabilidade.*”

⁵⁵⁹ “*Responsabilidade civil do pai separado judicialmente pelo ato ilícito do filho, por subsistir o pátrio poder.*” (RESP n. 299.048-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 21/06/2001, DJU de 03/09/2001). A respeito, elucida Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil brasileiro...*, v. 7, cit., p. 527): “*Se o menor estava sob a guarda e companhia da mãe, em razão de separação judicial ou de divórcio, esta responderá pelo ato ilícito do filho e não o pai (RJTJESP, 54:182), tendo-se em vista que está no exercício do poder familiar; já se a guarda for compartilhada, ambos terão o exercício do poder familiar e, conseqüentemente, a responsabilidade civil objetiva pelos danos causados a terceiros por seus filhos menores.*”

ocorre, por exemplo, com o menor sob a autoridade da escola onde estuda, durante o período letivo, ou de seu patrão, quando em serviço.⁵⁶⁰

O Superior Tribunal de Justiça fixou, de outra parte, que: “A emancipação voluntária, mesmo sendo anterior ao ato ilícito praticado pelo filho, não exime a responsabilidade dos pais.”⁵⁶¹

Em suma, nos termos dos artigos 932, inciso I, e 933, ambos do Código Civil, para a caracterização da responsabilidade civil dos pais, pelos atos ilícitos dos filhos, será preciso que: “o filho seja menor de dezoito anos; o filho esteja sob sua autoridade e em companhia dos pais; e, os pais estejam no exercício do poder familiar.”⁵⁶²

Considerando que, em alguns casos, o ato lesivo à imagem alheia configurará, em relação ao menor lesante, também um ato infracional, o juiz poderá determinar o *ressarcimento do dano*, como forma de punição, nos termos do artigo 116 da Lei n. 8.069/90, pois, como anota Sérgio Seiji Shimura, embora o infrator seja inimputável, ele tem responsabilidade, sendo obrigado ao cumprimento da medida socioeducativa, “de feição personalíssima e intransferível.”⁵⁶³

No que tange ao direito de imagem, cabe recordar, como exemplo, que, no caso de veiculação, via internet, de cenas pornográficas envolvendo menores, surge a responsabilidade civil dos pais pelo ato ilícito do filho menor de dezoito anos, e a conseqüente obrigação de indenizar os prejuízos morais sofridos pelas vítimas dessa divulgação.⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 7, cit., p. 527.

⁵⁶¹ RSTJ 115/275. No mesmo sentido: Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro...*, v. 7, cit., p. 527-528, que ressalta que a emancipação por outra causa, como o casamento, afasta a responsabilidade paterna sob os atos do filho emancipado; Alvino Lima, *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*, cit., p. 43-44.

⁵⁶² Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro...*, v. 7, cit., p. 527-528 e 543 (quadro sinótico).

⁵⁶³ Sérgio Seiji Shimura, *Título executivo*, 2. ed. ampl. e atual., São Paulo, Método, 2005, p. 314-315. O autor ressalta que, por força do artigo 932 do CC, a formação do título executivo dá-se exclusivamente com relação ao menor infrator, pois, “em homenagem aos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório, é preciso que se oportunize ao responsável do adolescente infrator o exercício do direito de defesa.” (*ob. cit.*, p. 316).

⁵⁶⁴ Damásio Evangelista de Jesus e Gianpaolo Poggio Smanio, Internet: cenas de sexo explícito envolvendo menores e adolescentes – aspectos civis e penais. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 3/97, p. 57. Este parecer

O uso inadequado da internet mostra-se comum também entre os jovens, de sorte que, havendo prejuízo à imagem da pessoa, surge o dever de reparar os danos morais decorrentes da divulgação ilícita, como tem ocorrido em situações divulgadas recentemente pela imprensa.

Dois adolescentes cariocas, de dezessete anos, transformaram o quarto de um deles em estúdio, com câmera escondida, tendo filmado o encontro sexual do outro com a sua namorada, produzindo um vídeo que, posteriormente distribuído entre os colegas, acabou sendo divulgado pela internet. A moça, reconhecida por amigos, pediu para sair do colégio, ficando deprimida em face da agressão à sua imagem, não apenas física, mas moral.⁵⁶⁵

A matéria jornalística intitulada “*Humilhando colegas pela internet*”⁵⁶⁶ relata que esse tipo de agressão, consistente na divulgação na internet de cenas de adolescentes nus ou durante o ato sexual, é denominado de *cyberbullying*, tendo sido criado, inclusive, um serviço de aconselhamento telefônico, através do qual as vítimas podem buscar o apoio de psicólogos e assistentes sociais.

Além de mencionar o caso dos jovens que filmaram o ato sexual de um deles com a namorada, acima referido, a jornalista cita a investigação promovida pelo Ministério Público em que dois outros adolescentes, de tradicional escola do Rio de Janeiro, fotografaram uma menina de quinze anos fazendo sexo oral com um deles e divulgaram pela internet, sendo os três afastados pela escola.⁵⁶⁷

é mencionado em acórdão do STF, relativo ao caso de dois adolescentes de quinze anos de idade que sofreram a aplicação de medida sócio-educativa, por terem veiculado, através de uma rede BBS, imagens de crianças e adolescentes, completamente nus, em práticas sexuais diversas (RT 760/519).

⁵⁶⁵ *Armadilha. E relação sexual vai parar na internet*, in *O Estado de São Paulo*, edição de 02/07/2005, matéria de Rodrigo Moraes. O mesmo jornalista, na edição de 07/07/2005 do jornal *O Estado de São Paulo*, publicou notícia informando a libertação dos dois jovens pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

⁵⁶⁶ *O Estado de São Paulo*, edição de 10 de julho de 2005, matéria assinada pela jornalista Clarissa Thomé.

⁵⁶⁷ *Humilhando colegas pela internet*, Clarissa Thomé, *O Estado de São Paulo*, edição de 10 de julho de 2005. V., ainda, alusão ao caso na matéria intitulada *TJ liberta dupla que filmou e divulgou sexo*, *O Estado de São Paulo*, edição de 07/07/2005.

No mesmo texto existe a alusão a freqüentes divulgações de imagens de colegas de escola nus, em fotografias tiradas em viagens de classe escolar ou em encontros entre amigas, levadas a conhecimento público pela internet.⁵⁶⁸

Por sua vez, Maria E. Rovira Sueiro refere-se a um julgado da Corte Espanhola, datado de 13 de outubro de 1998, que se pronunciou sobre a determinação dos responsáveis pela colocação em um quadro de anúncios da fotografia de um menino de quatorze anos nu, tomada pelos seus companheiros.⁵⁶⁹

Parece claro que, se um menor for o autor de captação ou divulgação da imagem alheia, sem autorização, ou com o propósito de denegrir a honra subjetiva da pessoa efigiada, como nos casos de filmagens ou fotografias de nus ou de atos sexuais de ou com outro menor, os detentores do poder familiar devem responder civilmente pela reparação devida, sem prejuízo de eventual apuração de ato infracional daquele, por violação ao artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sendo o autor do ilícito filho de pais separados, remanesce a responsabilidade civil para o cônjuge detentor da sua guarda, nos termos do acordo ou sentença da separação judicial ou divórcio, cabendo a ambos os genitores a responsabilidade se a guarda for compartilhada.

Todavia, no caso de ato ilícito praticado durante o período de atividade escolar, quando o jovem está sob a autoridade do estabelecimento de ensino, fora, portanto, da vigilância dos pais, entende-se que a escola há de responder pelo fato danoso do aluno a terceiro – que poderá ser outro aluno –, por ser seu, neste momento, o dever de zelar pelos estudantes menores, ficando afastada, por isso, a responsabilidade civil dos genitores.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ *Humilhando colegas pela internet*, Clarissa Thomé, *O Estado de São Paulo*, edição de 10 de julho de 2005.

⁵⁶⁹ *El derecho a la propia imagen*, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 22.

⁵⁷⁰ RESP n. 331.809-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 06/04/2006, DJU de 02/05/2006, p. 300, assentou que: “se o dano é causado pelo aluno a terceiros, a escola responde com base no art. 1.521, inciso IV, do Cód. Civil (CC de 1916), fundado no critério de presunção *juris tantum de culpa*.”

Na última hipótese, sendo a fotografia ou filme com a imagem de estudante menor colhida no interior do estabelecimento de ensino ou durante viagem escolar, como nos exemplos das matérias jornalísticas acima referidas, de ato sexual no banheiro da escola ou de nus nos quartos reservados às crianças ou adolescentes durante passeio com finalidades pedagógicas ou correlatas, inafastável o dever indenizatório de quem detém o dever de zelar pela integridade física, psicológica e moral dos mesmos, naquele instante.⁵⁷¹

2. Responsabilidade civil de terceiros por dano à imagem da criança e do adolescente

O ato ilícito caracteriza-se não só pela captação, reprodução, publicação ou divulgação da imagem de outrem, sem a autorização do seu titular, ou de modo ofensivo à honra ou ao decoro da pessoa retratada, mas, também, quando se “*extrapola os limites estipulados contratualmente (RT, 497:87, 505:230, 519:83, 534:92, 558:230, 578:215).*”⁵⁷²

Na esfera do direito à imagem, cumpre analisar, então, os fatos que podem gerar a responsabilidade civil, conforme a natureza da infração, distinguindo-se o ilícito contratual, quando a utilização do retrato da pessoa ocorre fora dos limites estabelecidos no contrato, do ilícito extracontratual, derivado, no caso, da ofensa àquele direito da personalidade.

⁵⁷¹ O Superior Tribunal de Justiça, no RESP n. 819.789-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 25/4/2006, DJU de 25/05/06, p. 191, assentou que: “... ‘o Poder Público, ao receber o menor estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física...’ (RE n. 109.615-2-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 02/08/96).”

⁵⁷² Maria Helena Diniz, Direito à imagem e sua tutela, in *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2002, p. 95. No mesmo sentido: Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2ª ed., 1995, p. 89.

2.1 Responsabilidade contratual

No contrato de cessão do direito à imagem, as partes devem estipular:

a) as *finalidades da autorização de uso*, especificando, o quanto possível, o meio mecânico de fixação da imagem (pintura, fotografia, filme, desenho, etc) e a forma de sua veiculação, com definição exata da mídia a ser empregada (jornal, revista, vídeo, cinema, DVD, CD-ROM, internet, etc); b) *o local ou os locais de abrangência da divulgação*⁵⁷³; c) *o prazo de duração*⁵⁷⁴; d) *a remuneração do cedente*; e) *as condições de renovação*; e, f) *a representação ou assistência, no caso de menores de idade*, sendo que os maiores de dezesseis anos deverão subscrever o instrumento conjuntamente com o seu representante legal.

Ainda que não seja presumível o consentimento para uso da imagem⁵⁷⁵, cuja prova competirá ao seu usuário, é inegável que, quanto mais preciso for o ajuste de vontade entre os contratantes, mais fácil será prevenir a alegação do descumprimento por qualquer das partes.⁵⁷⁶

A violação das cláusulas do contrato implica no dever de reparação por parte do infrator, ocorrendo a mesma pelo uso diverso do contratado ou mesmo quando excedido o limite da autorização conferida pelo titular da imagem.⁵⁷⁷

A utilização da fotografia de criança de tenra idade na capa do livro chamado “*Tudo por um bebê*”, sem que houvesse a autorização prévia e específica por parte dos seus representantes legais, que haviam consentido, no contrato, ao

⁵⁷³ Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto, *Direito à própria imagem*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 70, cita exemplo típico desta situação em litígio que envolveu a atriz Luma de Oliveira, que, por contrato verbal, cedeu o uso de sua fotografia para veiculação em dez *out-doors*, apenas em Fortaleza, durante a Feira de Moda do Ceará, sendo que a firma responsável espalhou cartazes com sua imagem por todo o Rio de Janeiro.

⁵⁷⁴ JB 192/387: “*O uso de imagem para fins publicitários, sem autorização, pode caracterizar dano moral se a exposição é feita de forma vexatória, ridícula ou ofensiva ao decoro da pessoa retratada. A publicação das fotografias depois do prazo contratado e a veiculação em encartes publicitários e em revistas estrangeiras sem autorização não enseja danos morais, mas danos materiais.*” (grifo não original).

⁵⁷⁵ JTJ-Lex 282/191.

⁵⁷⁶ Confira-se Roberto Schultz, *O publicitário legal*, Rio de Janeiro, Qualitymark, 2005, p. 204.

⁵⁷⁷ Manuel Gitrama González, *Imagen (derecho a la propia)*, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona, Editorial Francisco Seix S/A, t. XI, 1962, p. 365. José Serpa de Santa Maria de Santa Maria, *Direito à imagem, à vida e à privacidade*, Belém, CEJUP, 1994, p. 89 denomina esta modalidade de violação por utilização anticontratual ou ultraconvencional.

uso restrito à publicação comercial denominada “*Shopping-Meias*”, deu ensejo à condenação da editora à reparação de dano material, em indenização arbitrada na fase de liquidação de sentença, com base no salário médio do modelo fotográfico infantil e no proveito econômico da ré pela inserção indevida da imagem do menor.⁵⁷⁸

Anota-se que a publicação de fotografias em campanha promocional de empresa, sem consentimento dos representantes legais da fotografada, menor absolutamente incapaz, configura lesão ao direito de imagem, passível de indenização.⁵⁷⁹

Ao contrário, se houve autorização da mãe para a reprodução fotográfica da imagem da criança, inexistente dano ressarcível, posto que descaracterizado o uso indevido da sua effigie.⁵⁸⁰

Gino Giacomini Filho relata interessante caso que serve para ilustrar o excesso do anunciante e da agência publicitária em relação à autorização concedida pelos representantes legais de adolescentes. As moças foram fotografadas, vestindo *lingerie*, em anúncio programado para circular nas revistas femininas, mas a fotografia acabou sendo veiculada em revista dirigida ao público masculino. Os pais tinham a garantia da agência de modelos de que a publicação estaria restrita ao público feminino.⁵⁸¹

2.2 Responsabilidade extracontratual

A publicação, a exposição ou a utilização da imagem da pessoa, sem o devido consentimento, tenha ou não finalidade comercial e independentemente da

⁵⁷⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo: Apelação Cível n. 265.054-4/4-00 – São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Testa Marchi, julgado em 14 de fevereiro de 2006.

⁵⁷⁹ JTJ-Lex 138/176.

⁵⁸⁰ Tribunal de Justiça de São Paulo: Apelação Cível n. 020.246-4 – São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado – Rel. Desembargador Flávio Pinheiro, julgado em 27 de janeiro de 1998.

⁵⁸¹ *Consumidor versus propaganda*, São Paulo, Summus, 1991, p. 110.

existência de lucro com a sua divulgação, ou feita de modo a atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do retratado (CF, art. 5º, inciso X; e CC, art. 20), enseja a reparação do dano pelo ofensor.

Como assentado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não. O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.”⁵⁸²

Assim, a utilização da fotografia sem a autorização do fotografado constitui, por si só, violação ao direito à imagem, cabendo ao lesado o pagamento de indenização, independentemente do fato de não ter havido lucro direto nessa divulgação.⁵⁸³

Por isso, em ação promovida por menor, assistido pela mãe, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que:

“Constitui ato ilícito, passível de reparação por transgressão ao direito de imagem, a publicação não autorizada de renomado ator de televisão em catálogo promocional de empresa de vestuário, mormente se ocorrida com intenção de explorar e usufruir vantagem, ainda que tal divulgação não tenha sido desprestigiosa.”⁵⁸⁴

O Superior Tribunal de Justiça também tem adotado tal posicionamento, aclarando que:

⁵⁸² RF 369/299. V., também, JB 187/407.

⁵⁸³ RT 629/106. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (Direito à imagem e sua tutela, in *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 94) acrescenta: “a publicação desautorizada é uma ofensa à liberdade de decidir a maneira com que a pessoa deseja ter sua personalidade exposta. Mesmo que não haja lucro em publicação, sempre será necessária a autorização do fotografado, sob pena de dano à imagem suscetível de reparação (RT 626:106, 634:221).”

⁵⁸⁴ RT 782/236.

“A publicação de fotografia não autorizada em jornal constitui ofensa ao direito de imagem, ensejando indenização por danos morais, não se confundindo com o delito de imprensa, previsto na Lei n. 5.250/67.”⁵⁸⁵

Este julgado refere-se à publicação em jornal, sem autorização, de uma fotografia da autora beijando o namorado num baile de carnaval, com o claro objetivo de causar impacto ao leitor, eis que acompanhada de comentários desairosos a respeito do casal de adolescentes, nominalmente identificado, além da legenda maliciosa a respeito do beijo, de modo que a menor passou a ser objeto de chacotas e brincadeiras, além de ter recebido apelidos depreciativos.

Vê-se, pois, que a publicação da fotografia no jornal, sem autorização da fotografada, longe de guardar correlação com o acontecimento público (carnaval), ainda veio acompanhada de comentários maliciosos a respeito do beijo que deu em seu namorado, de modo que o Tribunal também reconheceu a ofensa à honra da jovem, circunstância que conduziu à condenação da empresa jornalística à reparação de danos morais no importe de cinquenta salários mínimos.

Além dessas hipóteses, outras violações diretas à dignidade da criança e do adolescente, através da publicação da sua imagem, podem ser mencionadas:

2.2.1 Dano à imagem moral

Constitui exemplo de ofensa à imagem moral, também conhecida como imagem-atributo:

“a divulgação em site da Internet, revelando resultado da pesquisa de opinião feita junto aos internautas, apontando a autora, criança de onze anos de idade, como a ‘segunda pior personalidade e primeiro pior site do ano de 2000 em Passo Fundo’, que causou constrangimentos e transtornos, ainda mais que a mesma mantinha grande talento artístico e social perante a comunidade, máxime em sendo constatada a alteração de seu comportamento e personalidade. Por outro lado, a divulgação da referida pesquisa, embora constitua exercício do direito constitucional de liberdade de expressão, colide com o também direito fundamental de que ninguém terá a

⁵⁸⁵ RESP n. 207.165-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 26/10/2004, DJU de 17/12/2004, p. 512.

*imagem e a honra indevidamente violada (art. 5º, X, CF/88), e à proteção auferida à criança pelo ECA.*⁵⁸⁶

O acórdão menciona que a autora era jovem talentosa, eleita Miss Infantil Internacional em 1999, que, embora pudesse ser considerada uma personalidade pública, sujeita a elogios e críticas, continuava a ser uma criança de 11 anos de idade, merecendo prioridade absoluta e proteção integral no tratamento de sua imagem, interesse preponderante sobre o direito de informação do réu.

Também há direito de reparação por dano à imagem moral em face da distribuição de fotografia depreciativa de menor, à revelia do consentimento materno, em jantar beneficente promovido por certa Prefeitura.⁵⁸⁷

Do mesmo modo, ocorre dano à imagem pela publicação em jornal da fotografia de crianças em reportagem sobre menores abandonados, diante da repercussão negativa dessa divulgação, independentemente do fato de terem ou não, os fotografados, a exata consciência do prejuízo.⁵⁸⁸

2.2.2 Danos decorrentes da publicação ofensiva da imagem de criança ou adolescente fora do contexto da captação

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro condenou empresa jornalística a pagar indenização por danos morais a menores de idade, que tiveram sua imagem publicada em matéria sobre prostituição infantil, sendo que, na realidade, a foto foi tirada quando estavam em local público, conversando e portando folhetos de propaganda, que distribuíam para ajudar na manutenção da família.

Diz a ementa do acórdão:

⁵⁸⁶ Apelação Cível n. 70011738846, 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima, julgado em 15 de dezembro de 2005.

⁵⁸⁷ RT 551/2002 e JB 187/181. Este acórdão é comentado por Antônio Chaves, Direito à imagem e direito à fisionomia, *Revista dos Tribunais*, v. 620, 1987, p. 10.

⁵⁸⁸ Embargos Infringentes n. 73.013-4, de Bauru, Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Guimarães e Souza, julgado em 14 de setembro de 1999, maioria de votos.

“Ação indenizatória. Dano moral causado pela reprodução indevida da imagem. Matéria jornalística sobre prostituição infantil. Publicação de foto das autoras, menores impúberes, em contexto injurioso, difamante e alheio à realidade. Limitação ao direito de informação, vedando-se o atingimento à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Lesão à Constituição Federal que assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade e ao respeito.”⁵⁸⁹

A publicação, em revista, da fotografia de criança ao lado do pai à frente do Fórum João Mendes Júnior, para ilustrar reportagem que versava sobre a situação dos filhos de casais separados, fato estranho aos pais do autor, ensejou a condenação da editora ao pagamento da indenização por danos morais, apurável em liquidação de sentença.⁵⁹⁰

Em outra hipótese, o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou editora a indenizar o menor por danos materiais e morais, estimados em duzentos salários mínimos, salientando que o consentimento dos pais na participação do filho juntamente com outras crianças fantasiadas de animais mamíferos, em campanha publicitária que visava aumentar o consumo de leite, e com a sua presença em programa de auditório, não significava autorização para o uso descontrolado da imagem da criança, ainda mais em publicação dirigida ao público masculino, de conteúdo erótico e ao lado de mulher nua, da fotografia contendo a seguinte legenda: *“Bailarina do Gugu faz dada no nenê”*.⁵⁹¹

⁵⁸⁹ Apelação Cível n. 2005.001.33579, 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Desembargador Henrique Magalhães de Almeida, julgado em 20 de dezembro de 2005. No mesmo sentido, assim decidiu, por maioria de votos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em caso semelhante: *“RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. Publicação de fotografia da autora ilustrando matéria jornalística sobre prostituição. Dano moral configurado, independentemente da profissão exercida pela autora. Violação dos direitos à intimidade e à imagem caracterizados.”* (Apelação Cível n. 70011389319, 5ª Câmara Cível, Rel. Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli, julgado em 09 de novembro de 2005).

⁵⁹⁰ RT 668/78.

⁵⁹¹ É a seguinte a ementa deste acórdão: *“Indenização – Uso indevido da imagem – Dano moral – Imagem de criança vestida com a fantasia que usou em campanha publicitária para aumentar o consumo de determinada marca de leite – Fotografia tirada no colo de bailarina, em programa de televisão, e posteriormente divulgada na revista Playboy, com enfoque nos dotes da pessoa adulta, em meio a outras fotografias de apelo sensual – Responsabilidade indenizatória pelo uso indevido da imagem e pelo dano moral.”* (Apelação Cível n. 101.996.4/5-00, São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador César Lacerda, j. 13.12.2000).

A Justiça carioca condenou, ainda, jornal sensacionalista que publicou a foto de crianças em reportagem noticiando o homicídio de que foi vítima o pai das mesmas, confundido com traficantes.

O acórdão deixou claro que as filhas nada tinham a ver com o trágico assassinato do genitor, não se justificando a divulgação de suas fotos, que lhes causou constrangimento na vizinhança e na escola.

Consta da decisão:

“Tal publicação, motivada pela intenção de ‘enfeitar a notícia’, num evidente desejo de sensacionalismo, caracteriza abuso de direito, contemplado no artigo 187, do Novo Código Civil, que configura ato ilícito, o que já vinha sendo reconhecido pela jurisprudência ainda na vigência do Código anterior.”⁵⁹²

2.2.3 Danos à imagem de menores de idade vítimas ou autores de delitos

É chegado o momento de se fazer ligeira abordagem sobre a reparação civil do ato ilícito perpetrado pelas agências noticiosas que divulgam imagens de crianças ou adolescentes *autores de ato infracional ou vítimas de crimes*, sendo que a Lei n. 8.069/90 contempla expressamente a primeira espécie, no artigo 143, com a redação da Lei n. 10.764/2003, e no artigo 247, ignorando, porém, a segunda espécie, prevista no artigo 63 do revogado Código de Menores.

Nestes casos, o interesse público na notícia cede passo às exigências da preservação do direito ao respeito e à dignidade de crianças e adolescentes, assegurados não somente nos artigos 1º, inciso III, e 227 da Constituição Federal, mas também pela Lei n. 8.069/90⁵⁹³, cujos preceitos – pode-se afirmar seguramente – compõem um direito da personalidade especial, peculiar às pessoas em

⁵⁹² Apelação Cível n. 2004.001.15606 – 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Desembargador Mario Robert Mannheimer, julgado em 02 de agosto de 2005.

⁵⁹³ É bom lembrar que os arts. 143 e 247, do ECA, vedam a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos relacionados a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional, incluindo-se a fotografia e a referência ao nome, apelido, filiação, parentesco, residência e iniciais do nome e sobrenome.

desenvolvimento, arrimado nos princípios da proteção integral e da maior vulnerabilidade destes seres em formação.

A reprodução da imagem do menor infrator é expressamente proibida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sob qualquer forma capaz de permitir a sua identificação, como fotografias, desenhos, retratos falados, filmes, etc.

Esta interdição, como bem esclarece Jacques Ravanoas, não tem limite em um momento preciso do processo penal, eis que possui caráter geral.⁵⁹⁴

Dessa maneira, em elogiável acórdão, o Superior Tribunal de Justiça julgou que, mesmo após o falecimento, a imagem do menor de idade é digna de proteção:

*“A criança e o adolescente têm direito ao resguardo da imagem e intimidade. Vedado, por isso, aos órgãos de comunicação social narrar fatos, denominados infracionais, de modo a identificá-los. O fenômeno ganha grandeza singular quando a criança e o adolescente integram classe social menos favorecida. Adjetivos desairosos, então, passam a estigmatizar a pessoa. Ainda que agentes de conduta ilícita, não podem ser vilipendiados, expostos à execração pública. O falecimento não modifica o raciocínio, também quando mortos são dignos de proteção em homenagem à honra.”*⁵⁹⁵

Consoante explicita a doutrina, na hipótese não se cuida de proteger simplesmente o menor e a sua família, pois o que leva o legislador a coibir a reprodução da imagem de criança e adolescente envolvido na prática de ato infracional é a exigência da moral social⁵⁹⁶, evitando-se sérios danos ao bem-estar da coletividade, pois, *“submeter alguém à execração pública, antes de ser julgado, constitui verdadeiro atentado à sua imagem.”*⁵⁹⁷

⁵⁹⁴ Jacques Ravanoas, *La protection des personnes...*, cit., p. 152.

⁵⁹⁵ RSTJ 78/409 e LEX-STJ 78/381. Em sentido oposto: Apelação Cível n. 288.713-5/4-00, 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Desembargador Ricardo Lewandowski, julgado em 28 de setembro de 2005, com a seguinte ementa: *“RESPONSABILIDADE CIVIL – Matéria jornalística ofensiva à moral e à imagem de menor falecido – Ação indenizatória ajuizada dois anos após a publicação – Decadência operada nos termos da Lei 5.250/67 – Notícia, ademais, veiculada com o mero propósito de informar – Ausência de ilicitude – Fornecimento de fotografia por servidor público – Fato não suficientemente comprovado – Ação improcedente. Recurso improvido.”*

⁵⁹⁶ Jacques Ravanoas, *La protection des personnes...*, cit., p. 149.

⁵⁹⁷ Paulo Lúcio Nogueira, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 201.

No caso do menor infrator, ainda prevalece o princípio do direito ao esquecimento, pois as marcas do ato inconseqüente ou irrefletido, praticado na infância ou na adolescência, não permanecem ao atingir a maioridade, inclusive no que tange aos registros criminais⁵⁹⁸, tendo ele a chance de construir nova imagem moral, sem o estigma da publicidade perniciosa, feita especialmente pela mídia sensacionalista que explora a divulgação de fatos criminosos em todas as suas nuances.

Assim, a par de constituir infração administrativa, a divulgação da imagem de jovem a quem se atribua a prática de ato infracional, sem autorização do Juiz da Infância e da Juventude (artigos 143 e 247, ECA), também configura ato ilícito, passível de reparação de natureza civil, pelos evidentes prejuízos que notícia dessa natureza ocasiona à personalidade infanto-juvenil.

Não cabe, portanto, invocar o livre exercício do direito de informação, pois a proteção da infância e da adolescência encontra-se assegurada pela Constituição Federal, sendo que no conflito entre a liberdade da imprensa de levar ao conhecimento público os fatos da comunidade, e a preservação da personalidade de crianças e adolescentes, prepondera este último direito, calcado no princípio da dignidade da pessoa humana, de tutela dos indivíduos em formação, providência que atende o interesse social de não incitamento à prática de crimes e de desestímulo à violência.⁵⁹⁹

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

“Responsabilidade civil – Lei de Imprensa – Reportagem policial sobre prisão de ladrões na posse de veículo roubado, estampando foto do autor no local, apontado,

⁵⁹⁸ Wilson Donizeti Liberati, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo, Malheiros, 7ª ed., 2003, p. 143, o qual salienta que a requisição, por juiz criminal, de antecedentes do menor de idade não encontra respaldo legal, devendo ser conservado o sigilo dos dados relativos aos atos infracionais.

⁵⁹⁹ Conceito firmado a partir das lições de J.J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado, *Reality Shows e liberdade de programação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 33 e 59; Ferrando Mantovani, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, Modena, STEM-Mucchi, 1968, p. 75; e Wilson Donizeti Liberati, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo, Malheiros, 7ª ed., 2003, p. 143.

*então, como um dos assaltantes – Violação do direito à imagem, com grave ofensa à honra da pessoa, sobretudo por se tratar, à época, de menor de dezoito anos, cuja divulgação é vedada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 17, 18, 143 e 247) – Negligência caracterizada – Dano moral configurado – Condenação da empresa jornalística ao pagamento de valor de R\$ 10.400,00, correspondentes a oitenta salários-mínimos. Apelação provida.*⁶⁰⁰

Se o Estatuto da Criança e do Adolescente previu a proteção da imagem do menor envolvido na prática do ato infracional, embora não exista regra específica como a do artigo 63 do revogado Código de Menores, com maior razão, parece indubitosa a necessidade de tutela também dos menores vítimas de delitos, ou que apareçam como testemunhas dos mesmos⁶⁰¹, cuja publicidade poderia causar-lhes dano à personalidade, *“principalmente quando a criança ou adolescente é vítima de crimes contra os costumes (estupro, atentado violento ao pudor, sedução, corrupção de menores, etc.), o que não deixa de trazer certo estigma ao menor.*”⁶⁰²

A respeito da proteção à vítima de crimes sexuais, escreve Manuel Medina Guerrero:

“A exigência de velar pela preservação da identidade das vítimas é palpável, especialmente quando se trata de delitos graves e singularmente afrontosos, como sucede com os delitos de agressão sexual. (...) E aplicando a mesma doutrina da ‘identificação indireta, porém inequívoca’, a STC 127/2003 considerou vulnerada a intimidade de uma mulher – menor de idade quando ocorreram os fatos – que havia sido agredida sexualmente pelo seu pai, posto que as reportagens jornalísticas incluíram o nome da localidade onde tiveram lugar os fatos, suas iniciais, assim como a fotografia e as iniciais do acusado.”⁶⁰³

⁶⁰⁰ JTJ-Lex 218/94. Consta do corpo do acórdão: *“De se ponderar, a propósito, que, se a liberdade de imprensa representa princípio constitucional, não é menos certo caber ser desempenhada com responsabilidade e o maior respeito à dignidade alheia, de modo a não causar ofensas à honra, à imagem e à intimidade das pessoas, direitos individuais igualmente protegidos e assegurados pela Magna Carta.”*

⁶⁰¹ O Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 64.946-4 – Campinas, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Júlio Vidal, julgado em 28 de abril de 1999, reconheceu a existência de dano moral decorrente de matéria jornalística na qual foi publicada a fotografia, o nome e endereço completos de menor que testemunhara o homicídio de seu tio, dada a insegurança que a notícia divulgada pela empresa-ré trouxe à vida do menor.

⁶⁰² Paulo Lúcio Nogueira, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 202.

⁶⁰³ *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Valência, Tirant lo Blanch, 2005, p. 139, referindo-se a decisão da Suprema Corte Espanhola. Idem: Ferrando Mantovani, *Diritto alla riservatezza...*, cit., p. 73; e René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 214. V., ainda, os casos de proteção de adolescentes, vítimas de crimes sexuais, citados por Prímula Venditti, *La privacy del minore...*, in *Privacy*, cit., p. 391 e 395, e referidos no corpo deste trabalho. Hermano Duval, *Direito à imagem*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 133, menciona a exploração da

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação indenizatória relativa a prática de relações sexuais entre um homem adulto e uma criança, admitiu a reparação moral pretendida pela autora, diante da divulgação exibicionista do fato, pelo réu, dada a *“repercussão intuitiva do episódio na vida de uma menina de 11 anos, que foi discriminada na escola e na cidade, com reflexos em seu futuro.”*⁶⁰⁴

Por outro lado, também em razão do prejuízo à imagem moral do infante, mereceu crítica de Paolo Vercellone, pelo risco de generalização e das graves conseqüências à honra do retratado, uma decisão do Tribunal de Milão, de 23 de maio de 1957, que considerou lícita a publicação, pela imprensa, *“no caso de um menor fotografado em uma casa de tolerância durante operação policial, e cujo retrato foi publicado por um jornal com inconveniente indicação do local onde fora feita a fotografia.”*⁶⁰⁵

Há de se ter em conta, outrossim, a repercussão negativa trazida aos sentimentos familiares mais íntimos, no plano emocional, a publicação da fotografia de criança com o corpo mutilado, vítima de um crime bárbaro, que só faz reavivar a dor dos pais, comovendo-os no mais profundo de sua personalidade, sem trazer nada mais para a informação do leitor.⁶⁰⁶

Em semelhante hipótese, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. USO INDEVIDO DE IMAGEM FOTOGRÁFICA EM MATÉRIA JORNALÍSTICA. VIOLAÇÃO À INTIMIDADE FAMILIAR. O direito da imprensa de informar a população não autoriza o atropelo da

“imagem da vítima”, relatando o caso de uma jovem americana que depois de estuprada e morta, teve o seu cadáver abandonado de forma sinistra. Uma revista do gênero policial intitulou a narrativa da história de *“Cadáver Congelado no Refúgio dos Amantes”*, pelo que foi processada pela mãe da vítima.

⁶⁰⁴ Apelação Cível n. 68.480-4/1, São Joaquim da Barra, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Laerte Nordi, julgado em 02 de fevereiro de 1999.

⁶⁰⁵ *Il diritto sul proprio ritratto*, cit., p. 95.

⁶⁰⁶ Cuida-se de precedente do TGI Paris, de 20 de fevereiro de 1985, em caso que envolvia a divulgação de documentos de processo judicial, relatado por Patrick Auvret, *Protection civile de la personnalité*, in *Droit de la presse*, cit., item 64, p. 27-28, e por Emmanuel Dreyer, *L'image de la personne*, in *Droit de la presse*, Litec, 1999, item 29, p. 19, trad. Maria Tereza Xavier Moreira.

*ética, do direito à intimidade e do respeito aos mortos. Hipótese em que a empresa jornalística, sem autorização expressa dos pais, fez publicar em seu jornal foto do corpo do filho da autora, em closed, carbonizado em incêndio ocorrido na residência da família ao lado de outra foto da criança tirada algum tempo antes.*⁶⁰⁷

Este acórdão acentua que a publicação da fotografia do corpo do menino carbonizado não fora autorizada pela família, trazendo extremo desgosto à mãe, que não desejava vê-lo naquela situação, tendo de amargar imensa dor ao se deparar com a imagem do filho estampada no jornal.

Desta maneira, permite-se concluir que o jornal, ao divulgar a foto do corpo de um menor assassinado ou que tenha cometido suicídio, infringe o dever legal de respeito aos mortos e aos sentimentos familiares⁶⁰⁸, que dizem respeito ao direito à intimidade das pessoas mais próximas ao falecido.

Por derradeiro, cumpre relembrar que, por ferir o respeito e a dignidade da criança e do adolescente, nada justifica a exibição de cenas de agressão e tortura praticada por um adulto contra uma criança, especialmente se reiterada esta divulgação.⁶⁰⁹

3. Reparação civil do dano à imagem

O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal incorporou definitivamente ao direito brasileiro a proteção à imagem da pessoa, assegurando, ainda, o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁶⁰⁷ Apelação Cível n. 70008059628, Rio Pardo, 10ª Câmara Cível, Rel. Desembargador José Conrado de Souza Júnior, julgado em 15 de abril de 2004.

⁶⁰⁸ A respeito, V. Jacques Ravanans, *La protection des personnes...*, cit., p. 150 ; Alcides Leopoldo e Silva Júnior, *A pessoa pública e o seu direito de imagem*, cit., p. 59, nota 115, mencionando a condenação, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de emissora de televisão que levou ao ar, ao vivo, cenas de suicídio de menor (Apelação Cível n. 252.801-1/3, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Ricardo Feitosa).

⁶⁰⁹ RT 801/192.

Considerada a autonomia do direito à imagem, que, como se viu, resulta da referida norma constitucional, que lhe dispensou tratamento distinto em relação a outros direitos da personalidade⁶¹⁰, merece ser analisada a questão do prejuízo advindo de sua violação, com enfoque particular aos casos em que crianças ou adolescentes apareçam como sujeitos ativos desse direito.

Em termos gerais, o dano pode ser classificado em patrimonial e não patrimonial (dano moral puro).

O primeiro afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, ou seja, bens materiais que lhe pertencem (*dano direto*), podendo incluir o dano moral como reflexo na atividade profissional ou negócios (*dano indireto*). O segundo deriva de ofensa aos interesses imateriais associados à proteção dos bens da personalidade, de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato danoso.⁶¹¹

O *dano patrimonial* compreende o *dano emergente*, que significa um déficit real e efetivo no patrimônio atual do lesado (*dano positivo*), e os *lucros cessantes* decorrentes da privação do ganho da vítima, valores que deixou de obter durante certo tempo, em consequência da lesão sofrida (*dano negativo*).

O *dano moral*, cuja reparabilidade era bastante controvertida antes da Constituição Federal de 1988, veio a ser reconhecido expressamente no seu artigo 5º, e definitivamente consagrado com a edição da Súmula n. 37 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, “*são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*”.

Esta modalidade de dano pode ser classificada como *direta*, quando a lesão atinge a um interesse relacionado a um *bem extrapatrimonial* contido nos direitos da personalidade (p. ex., direito à imagem), ou *indireta*, se decorrente da

⁶¹⁰ Nesse sentido, a lição já citada de Luiz Alberto David Araújo, *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*, Belo Horizonte, Del Rey, 1.996, p. 74, que argumenta que a normal constitucional deu autonomia ao direito de imagem ao colocá-la ao lado de outros bens da personalidade, como a intimidade, a honra, e a vida privada.

⁶¹¹ Para aprofundamento do estudo do dano, sugere-se: Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro, Responsabilidade civil...*, v. 7, cit., p. 63-108.

violação a um interesse patrimonial da vítima (v.g., a destruição de obra de arte pertencente ao patrimônio público, que agride o direito do autor – RSTJ 67/377).

O ressarcimento do dano moral também há de ser integral, buscando-se, diante da impossibilidade de reconstituição natural, a situação material correspondente, com a indispensável proporcionalidade entre o resultado e o ato, através de um exame acurado, pelo Magistrado, das conseqüências do fato danoso.⁶¹²

Não se indeniza a dor, mas a atenuação das conseqüências do prejuízo causado à pessoa da vítima. Não há equivalência entre a dor e o dinheiro da indenização.

A reparação por dano moral possui função compensatória, que permite ao ofendido obter outras satisfações que sirvam para amenizar o mal sofrido, e representa, outrossim, forma de punir o causador do dano.⁶¹³

O seu ressarcimento dispensa a prova da dor, bastando que a vítima comprove o fato que ocasionou o dano moral e o nexo de causalidade entre o prejuízo reparável e a ação do sujeito que o causou, não havendo necessidade de prova do reflexo patrimonial.⁶¹⁴

Na esteira da lição de Carlos Alberto Bittar, pode-se concluir, sem receio, que a lesão à imagem da pessoa, por atingir diretamente um atributo da personalidade, caracteriza-se como dano *in re ipsa*, ou seja, que decorre do próprio

⁶¹² Guido Alpa, *La disciplina dei dati personali*, Edizioni SEAM, Formello, 1998, p. 58, adverte, porém, sobre a dificuldade de se atingir esse ideal de recomposição integral do dano moral, salientando: “*todavia, sendo o dano in re ipsa, é bem difícil pensar que qualquer reparação seja suficiente para recolocar o sujeito na situação anterior ao fato ilícito.*” Da mesma forma: Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 458.

⁶¹³ A respeito, escreve Larenz, *in Derecho de obligaciones*, Madri, Revista de Derecho Privado, t. 2, 1959, p. 664: “*A indenização consiste numa soma em dinheiro necessária a proporcionar uma compensação ao lesionado pelos desgostos sofridos e a perda da satisfação de viver, devolvendo, na forma possível, segundo as circunstâncias, o otimismo à sua existência.*”

⁶¹⁴ “*Ante o texto constitucional novo é indenizável o dano moral, sem que tenha a norma (art. 5º, V) condicionado a reparação à existência de seqüelas somáticas. Dano moral é moral.*” (RT 712/170). Esta posição prevalece no Superior Tribunal de Justiça, conforme anotado na RF 369/299.

fato violador, e faz surgir, de imediato, a necessidade de reparação moral dos prejuízos causados ao ofendido, pelo autor do ato ilícito.⁶¹⁵

Portanto, como a imagem vem a ser um típico direito da personalidade, ocorrida a violação deste direito, surge para o titular, em princípio, a possibilidade de exigir do ofensor a reparação do dano moral, e só secundariamente, de forma incidental, do dano material.⁶¹⁶

Sucedede que existe sólida tendência jurisprudencial, que encontra respaldo em abalizada doutrina⁶¹⁷, no sentido de que a publicação não autorizada da imagem da pessoa produz dano patrimonial, em razão da indevida exploração econômica.

Observa-se em vários julgados que os Tribunais brasileiros tem entendido que o uso indevido da imagem da pessoa, independentemente da publicação ter ou não caráter publicitário, desde que não seja ofensiva ou vexatória,

⁶¹⁵ *Reparação civil por danos morais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1997, p. 215, explicita, com precisão: “Uma vez constatada a conduta lesiva, ou definida objetivamente a repercussão negativa na esfera do lesado, surge a obrigação de reparar o dano para o agente, como, por exemplo, na não divulgação do nome do titular de obra intelectual estética (música, poesia, romance ou outra) em uso público, ou, ao revés, na divulgação de fato desonroso, não correspondente à realidade, contra pessoa notória, e assim por diante. O dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge ex facto, ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em *damnum in re ipsa*.” Assim, também, Guido Alpa, *La disciplina...*, cit. p. 56-58.

⁶¹⁶ Este posicionamento é defendido por Manuel Gitrama González (Imagen - derecho a la propia, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix S/A, t. XI, 1962, p. 364): “Porém, quando o direito alheio transgredido é, como o direito à imagem, um direito da personalidade, só eventualmente pode falar-se de prejuízos de ordem patrimonial, e isto, ainda na hipótese de que existam, não passam de reflexos do evidente dano moral que, antes de tudo, se causa ao titular do direito lesionado. Mais que a esfera patrimonial deste titular, o que se lesiona é a esfera de sua própria personalidade, o exclusivo e próprio right of privacy, ou, se se deseja, seu patrimônio moral.” Também por Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 458: “Dado que a personalidade humana do lesado não integra propriamente o seu patrimônio, acontece que da violação da sua personalidade emergem direta e principalmente danos não patrimoniais ou morais, isto é, prejuízos de interesses de ordem biológica, espiritual, ideal ou moral, não patrimonial, que, sendo insuscetíveis de avaliação pecuniária, apenas podem ser compensados, que não exatamente indenizados, com a obrigação pecuniária imposta ao agente.” Ainda acrescenta: “Todavia, das ofensas aos direitos e bens de personalidade também podem resultar, ao menos indiretamente, danos patrimoniais, isto é, prejuízos que recaem sobre interesses de natureza material ou econômica, que se refletem sobre o patrimônio do lesado e são suscetíveis de avaliação pecuniária, pelo que podem ser estritamente reparados ou indenizados.” Este autor cita o exemplo da perda salarial em decorrência de ofensa corporal ou de perda de clientela no caso de dano à honra da vítima (ob. cit. p. 459). No mesmo sentido é a lição de Paulo Mota Pinto, *Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro*, in *Revista Jurídica*, v. 314, 2003, p. 32-33.

⁶¹⁷ Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, Milão, Giuffrè, v. 1, 1959, p. 285; e Maria Helena Diniz, *Direito à imagem e sua tutela*, in *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 93.

acarreta ao respectivo titular apenas dano material, com o propósito de compensar a perda de uma chance.⁶¹⁸

É certo que da usurpação da imagem por um terceiro poderá advir prejuízo não apenas moral, mas também material, quando se trata do uso comercial da imagem, seja pela perda da chance da pessoa utilizá-la em outro negócio, seja pela degradação do valor de mercado da imagem.⁶¹⁹

Porém, é bom tornar claro que a proteção da imagem decorre do fato dela ser um dos atributos da personalidade, tanto que a lei concede ao titular a faculdade de definir se deve ou não autorizar a sua utilização por terceiros, por constituir direito exclusivo da pessoa determinar como, quando e onde deseja aparecer ao público.

Por isso, apesar da feição patrimonial apresentada por alguns direitos da personalidade, como é o caso do direito à imagem e do direito à intimidade, nem por isso eles perdem a característica de direito essencial da pessoa, cuja violação resulta na necessidade do autor do ilícito compor os danos morais resultantes da sua ação.⁶²⁰

⁶¹⁸ Nesse sentido: JB 192/386 (STJ); Apelação Cível n. 70007790967, 9ª. Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 07 de abril de 2004; e, Apelação Cível n. 265.054-4/4-00, 10ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 14 de fevereiro de 2006, entre outros.

⁶¹⁹ Emmanuel Dreyer, *L'image de la personne*, in *Droit de la presse*, cit., p. 40-41; e Carlos Alberto Bittar, *Direito à imagem*, Revista de Direito Civil, v. 10, 1979, p. 237-238. Antônio Chaves (Responsabilidade civil em matéria de fotografias. RDM 75:16-18) comenta o caso de modelo que teria ficado conhecida como “*a moça do Yakult*”. Diz o autor que: “*a divulgação ampla da foto da modelo, do que deu notícia segura a prova dos autos, inclusive a testemunhal, trouxe-lhe prejuízo efetivo: primeiro, é inegável que a popularização da imagem de uma modelo fotográfica pode ser negativa sob diversos aspectos, mesmo porque é compreensível que certas campanhas publicitárias exijam rostos pouco conhecidos e desvinculados de outros produtos; e segundo, porque é evidente que, estando em curso uma campanha publicitária, em que atue certa modelo, nem sempre haverá interesse de outra empresa na utilização concomitante da mesma imagem.*”

⁶²⁰ Consulte-se Emmanuel Dreyer, *L'image de la personne*, in *Droit de la presse*, cit., p. 40-42; e Vicente Herce de La Prada, *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Barcelona, Bosch Editor, 1994, p. 225, anota, com propriedade, que: “*A intromissão ilegítima implica um dano moral que pode ser vulnerado pecuniariamente; pois o direito à imagem é personalíssimo, porém dotado de um conteúdo potencialmente patrimonial. Quer dizer, quando se produz uma intromissão ilegítima do direito em estudo, este direito potencial se transforma em patrimonial e, portanto, é justo que o causador do dano moral indenize a pessoa cuja imagem tenha sido difundida sem contar com seu consentimento expresso.*”

Vê-se, pois, que o uso desautorizado da imagem alheia deverá ser reparado, independentemente da existência de dano material decorrente da perda da oportunidade de usufruir o proveito que ela enseja, ou de utilizá-la economicamente em outras publicidades, e mesmo da ocorrência de lesão à honra ou à dignidade da pessoa retratada. Esta indenização possui cunho moral, e resulta da mera violação do referido direito.

Esta é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

“O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia.

Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não.

O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.”⁶²¹

Nesse sentido, também a orientação do Supremo Tribunal Federal:

“Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ela exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X.”⁶²²

Percebe-se, então, que a natureza do prejuízo resultante da violação do direito da personalidade é essencialmente moral, conquanto não se possa negar a possibilidade da incidência também do prejuízo material, no caso do uso indevido

⁶²¹ RF 369/299. Em excelente estudo, Carlos Affonso Pereira de Souza, *Contornos atuais do direito à imagem*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2003, v. 13, p. 60, reproduz trecho de acórdão do STJ, publicado na RSTJ 68/358, que define precisamente esta questão: *“alegou-se a inexistência de prejuízo, indispensável para o reconhecimento da responsabilidade civil das demandadas. Ocorre que o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só aí já está o dano moral. Além disso, também poderia ocorrer o dano patrimonial, pela perda dos lucros que tal utilização poderia acarretar, seja pela utilização feita pelas demandadas, seja por inviabilizar ou dificultar a participação em outras atividades do gênero.”* E conclui o autor: *“Dessa forma, o dever de indenizar por danos morais surge com a simples utilização desautorizada da imagem alheia. Os danos patrimoniais decorrentes serão analisados em um segundo momento, sendo a ofensa a demais direitos da personalidade igualmente perquirida para que se determine o valor a ser indenizado, também a título de danos morais.”*

⁶²² RT 802/146.

da imagem alheia, especialmente quando o titular tiver, por sua atividade ou notoriedade, conferido valor comercial à mesma.⁶²³

Ainda no campo do ilícito extracontratual, cabe citar a possibilidade da cumulação de danos morais e patrimoniais em decorrência de *ofensa perpetrada à imagem-moral* da pessoa, através da divulgação de fato ou circunstância depreciativa sobre a sua vida ou algum aspecto particular desta, por diversos meios, como notícias de jornal, reportagens televisivas, gráficos, desenhos, fotomontagens, etc.

A difusão de fatos negativos que possam macular a imagem moral, estruturada de acordo com o perfil traçado por cada pessoa, além de produzir sensações dolorosas ao sujeito, na medida em afeta a sua dignidade pessoal e a consideração que possui no meio social onde vive⁶²⁴, ocasionando, sem dúvida, danos morais, ainda poderá resultar em danos emergentes (p. ex., na perda de clientela, se se tratar de um profissional liberal) ou em lucros cessantes (v.g., artista que deixa de assinar um novo contrato com emissora de televisão).

No campo da responsabilidade contratual, já se mencionou que a autorização para o uso da imagem impede a configuração do dano moral, sendo devido exclusivamente o dano patrimonial, no caso da inexecução da prestação obrigacional assumida pelo cessionário.⁶²⁵

⁶²³ Patrick Auvret, Protection civile de la personnalité, in *Droit de la presse*, cit., p. 10-11. No mesmo sentido, escreve Carlos Alberto Bittar, Direito à imagem, RDC 10:237-238: “Em linha de conta deverão também ser tomadas considerações relativas aos reflexos que a inserção publicitária tenha provocado: como o descarte da utilização consentida para outro anúncio, de concorrente, ou de empresa ou produto que melhor projeção confirmam ao interessado (principalmente se artista ou pessoa de projeção pública); o desgaste que a vinculação da imagem a certo produto possa acarretar à posição e ao destaque público do interessado.”

⁶²⁴ Carlos A. Ghersi, in *Análisis socioeconômico de los derechos personalísimos*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2005, p. 98; e Maria Helena Diniz, Direito à imagem e sua tutela, in *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 95.

⁶²⁵ Como observa Walter Moraes, *Direito à própria imagem (II)*, Revista dos Tribunais, v. 444, 1972, p. 18: “O apêndice contratual de conteúdo econômico já não é de direito de personalidade, conquanto tenha raiz nele e nele esteja envolvido...”. No mesmo sentido, Emmanuel Dreyer, *L’image de la personne, in Droit de la presse*, cit., p. 42, que diz: “Um direito patrimonial nasce, então, do contrato. (...) Seu objeto não é a imagem, mas a execução de uma prestação relativa à imagem: a fixação e a difusão da imagem em determinadas condições.”

Todavia, se ocorrer desvio de finalidade, como a divulgação do retrato fora dos limites estipulados pelas partes, a utilização em revista diversa da que constava do contrato, ou mesmo a publicação após o término da avença, ficará configurado o ato ilícito, passível de reparação por danos morais e materiais.⁶²⁶

No caso de haver violação conjunta do direito de imagem e de outro direito da personalidade, como o direito à vida privada, à intimidade, à honra, etc, o Juiz deverá majorar o montante indenizatório, avaliando tal circunstância por ocasião do arbitramento dos danos morais.⁶²⁷

Serve como exemplo precedente da Corte de Apelação de Paris, de 10 de janeiro de 1985, relativo à indenização por danos morais por atentado à imagem e à vida privada, em razão da divulgação de fotografias familiares, nas quais constavam as feições de uma criança, sem autorização expressa dos pais.⁶²⁸

Recorda-se, também, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que condenou revista dirigida ao público masculino indenizar menor, pela publicação não consentida de seu retrato colhido durante programa de televisão do qual participara – neste com autorização dos pais –, reconhecendo os danos morais por ofensa à honra da criança, cuja imagem foi veiculada junto com outras de apelo erótico.⁶²⁹

⁶²⁶ RT 802/146; RF 369/299; JSTJ-Lex 144/191. Contrariamente, por entender caracterizado somente o dano material, no caso de publicação da imagem de criança em publicação diversa da autorizada no contrato, a Apelação Cível n. 265.054-4/4-00 – São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Desembargador Testa Marchi, julgado em 14 de fevereiro de 2006, já citada neste trabalho.

⁶²⁷ Nesse sentido: Regina Sahn, *Direito à imagem no Direito Civil contemporâneo*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 187. Assim, também, Daniel Becourt, *Image et vie privée*, Paris, L'Harmattan, 2004, p., 241, mencionando decisão da Corte de Paris, datada de 12 de dezembro de 2000, que admitiu cumulação de duas reparações distintas por danos conjuntos ao direito de imagem e ao direito à vida privada da vítima.

⁶²⁸ Emmanuel Dreyer, *L'image de la personne*, in *Droit de la presse*, cit., p. 12. Entre nós, recorda-se o Agravo de instrumento n. 2005.002.19245, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator Desembargador Nagib Slaibi Filho, julgado em 25/10/2005, que vedou a exibição, por emissora de televisão, de cenas captadas no prédio onde residia uma conhecida atriz que se recusava a participar de um programa humorístico da ré, sendo que, na ocasião, foi filmado o seu filho. O tribunal entendeu ser indevida a exposição da vida íntima da artista, afetando seu cotidiano e causando incômodo também a seu filho, com danos à imagem e à vida privada dos mesmos.

⁶²⁹ Apelação Cível n. 101.996.4/5-00, São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador César Lacerda, j. 13.12.2000. O Tribunal condenou a revista a pagar cem salários mínimos pelo uso não autorizado da imagem do menor e outros cem salários mínimos pelos danos morais decorrentes da ofensa à dignidade da criança.

Ainda são passíveis de indenização por dano moral as *publicações*: a) *infamantes* – que divulgam fotografias tiradas em condições desvalorizantes para o fotografado, como, por exemplo, a da mulher e dos filhos de importante empresário nos arredores da prisão onde se encontrava; b) *fora de contexto* – que publiquem a imagem da pessoa fora do local em que captada, como, v.g., a fotografia de um atleta em revista pornográfica; c) *deformantes* – que reproduzam a manipulação da imagem da pessoa com o propósito de menoscabo à sua dignidade, como a colocação da fotografia do rosto de uma pessoa sobre o corpo de outra; d) *exploradoras de temas políticos, sociais, religiosos* – que propaguem a imagem de pessoa comum em programa eleitoral gratuito de partido político ao qual não está filiado⁶³⁰, de indivíduo sem relação com atividade empresarial como se fora importante empresário, ou de um menor em edição promovida por entidade religiosa, quando não pertence aos quadros eclesiásticos da responsável pela publicação⁶³¹; e) *com fins pecuniários e comerciais* – que publiquem a fotografia de ator para publicidade de leite de magnésia, sem o seu consentimento.⁶³²

A indenização por danos patrimoniais pelo uso desautorizado da imagem de outrem há de ter como parâmetro a regra do artigo 402 do Código Civil, apurando-se as perdas e danos pelo valor decorrente:

“a) dos danos emergentes, compostos por verba correspondente ao valor que cobraria (o lesionado) se fosse consultado normalmente, em função do vulto da campanha; e dos lucros cessantes, consubstanciados em entradas que, comprovadamente, deixou de realizar por força do uso indevido, como, p. ex., contratos ou negócios frustrados, seja imediatamente, seja em razoável projeção

⁶³⁰ O STJ manteve condenação de político que utilização imagem de pessoa carente e doente renal, sem autorização ou a devida contraprestação, em ‘outdoor’ de candidato a cargo eletivo (v. RESP n. 663.887-GO, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/11/2005, DJU de 01/02/2006, p. 538).

⁶³¹ Esta situação foi apreciada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 55.841-4 – São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Ney Almada, julgado em 11 de agosto de 1998, que, todavia, negou a indenização pretendida pelo menor, sob a alegação da ausência de dano moral. A ementa é a seguinte: *“MENOR – Publicação de fotografia de menor em edição promovida por entidade pia e religiosa – Contexto que não implica sua adesão à igreja católica – Escopo nobilitante da edição – Ausência de lesão moral, ainda que não pertença ele aos quadros eclesiásticos referidos – Indenização improcedente – Recurso não provido.”*

⁶³² As situações expostas têm como base a leitura de Emmanuel Dreyer, *L’image de la personne, in Droit de la presse*, cit., p. 22-24; Maria Helena Diniz, *Direito à imagem e sua tutela, in Estudos de direito de autor...*, cit., p. 92-98; Jacques Ravanans, *La protection des personnes...*, cit., p. 76-78; e Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, cit., p. 280.

*para o futuro, tendo em vista o alcance dos efeitos da publicidade realizada (ou seja, o tempo de duração do desgaste da imagem do atleta).*⁶³³

Para fixação dos danos morais, caberá ao julgador analisar o significado da imagem da pessoa, não apenas pelo conteúdo moral, mas também pelo seu conteúdo patrimonial⁶³⁴, levando em conta, p. ex., quando se tratar de publicação com fins publicitários ou comerciais, a atividade profissional, a condição social, a importância e a notoriedade, circunstâncias suficientes a despertar no público interesse na compra de produtos ou serviços anunciados (valor de mercado da imagem da pessoa).

Em todos os casos de uso indevido ou abusivo da imagem alheia, além das condições pessoais do ofendido, o magistrado deverá, ainda, considerar a gravidade e a extensão do prejuízo moral, as condições sócio-econômicas do lesante e o enriquecimento indevido à custa da efígie de outrem, além da verba de desestímulo à reiteração da prática ilícita.

A jurisprudência mostra-se dividida quanto ao modo da condenação pecuniária pelos danos morais. Enquanto alguns julgados relegam o arbitramento do montante indenizatório para sede de liquidação de sentença⁶³⁵; outros, desde logo, impõem ao causador do ato ilícito, na própria decisão de conhecimento, a obrigação de pagar a soma necessária a cobrir as conseqüências do fato ilícito, muitas vezes com base no salário mínimo.⁶³⁶

⁶³³ Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho, *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 60, reproduzindo parecer no caso de desportista que teve sua imagem usada, sem o seu consentimento, para publicidade de produto comercial em duas publicações.

⁶³⁴ Com base em Guido Alpa, *La disciplina...*, cit., p. 43.

⁶³⁵ RT 629/106, onde consta: “*O quantum da indenização, contudo, não pode ser arbitrário, mas arbitrado.*” V., também, RT 619/175 e RT 700/144. Sérgio Martins Rston, em Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, nova série, v. 14, 2004, p. 97, adverte, entretanto, que: “*O ideal, dentro do possível, é que seja dispensado o processo de liquidação de sentença, que torna a prestação jurisdicional mais lenta.*”

⁶³⁶ STJ-RESP n. 207.165-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 26 de outubro de 2004, DJU de 17 de dezembro de 2004, p. 512 (50 salários mínimos); Apelação Cível n. 2004.001.15606, 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Desembargador Mario Robert Mannheimer, julgado em 02 de agosto de 2005 (33 salários mínimos para cada autora); JB 187/406 (100 salários mínimos); RF 360/244 (1000 salários mínimos); RT 732/334 (R\$ 5.185,00, em 28 de fevereiro de 1996); RT 693/198 (1500 salários mínimos).

De qualquer modo, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a possibilidade da Corte rever o valor fixado a título de danos morais sempre que o mesmo se revele irrisório, ínfimo ou exagerado, desproporcional em relação ao evento danoso.⁶³⁷

Com respeito à imagem de crianças e adolescentes, parece inegável que, sendo indivíduos com estrutura física, moral e psicológica em formação, estão sujeitos a sentir, em maior intensidade, as conseqüências danosas da violação deste direito da personalidade, por parte de terceiros.

Como vítima de lesão ao direito de imagem, a criança pode sofrer dano patrimonial, se, em conseqüência da ofensa recebida, passa a ser discriminada na escola, com prejuízo à capacidade de receber instrução e educação, perdendo, assim, o ano letivo.⁶³⁸

Por outro lado, como pessoas mais vulneráveis às agressões de qualquer natureza, “*são credoras de respeito e ajuda da família, da sociedade e do Estado*”⁶³⁹, com vistas ao seu desenvolvimento global, tanto que a Constituição Federal, no seu artigo 227, adotou o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, o que implica em tutela diferenciada e específica em face de lesão aos seus direitos da personalidade, justamente por serem significativos e extensos os respectivos danos que elas podem sofrer.

Desse modo, na fixação dos danos morais resultantes de lesão à imagem de menor, o Juiz deverá sopesar com maior zelo o fato de ser a vítima

⁶³⁷ “*O arbitramento do valor indenizatório por dano moral se sujeita ao controle desta Corte.*” (RESP 615.939-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 18/11/2004, DJU de 04/04/2005, p. 314). Idem: RESP n. 608.862-PB, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado 06/04/2004; RESP n. 613.036-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 14/06/2004, DJU de 01/07/2004, p. 194; e Agrg. No Ag. N. 581.787-RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 06/10/2005, DJU de 19/12/2005, p. 416.

⁶³⁸ Conforme foi visto anteriormente, crianças cujas imagens são publicadas em situações negativas acabam sendo discriminadas por colegas de escola, com reflexos em seu futuro. V., exemplificativamente, Apelação Cível n. 64.480-4/1 – São Joaquim da Barra, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Desembargador Laerte Nordi, julgado em 02 de fevereiro de 1999; e Apelação Cível n. 70011738846, 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima, julgado em 15 de dezembro de 2005.

⁶³⁹ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 168-169.

peessoa em formação, majorando a sanção ao ofensor como forma de desestímulo a comportamentos de desrespeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, assegurados pela Constituição Federal e pela Lei n. 8.069/90.⁶⁴⁰

É relevante sublinhar que certas ofensas à imagem podem ultrapassar o limite individual, atingindo um agrupamento de pessoas⁶⁴¹, de modo a gerar *dano moral coletivo*.⁶⁴²

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes anotam, por exemplo, a defesa da imagem das profissionais de enfermagem, sendo que estas, através dos seus Conselhos Estadual e Federal, têm conseguido vitórias judiciais contra publicações que associam a sua atividade à permissividade sexual, usando a caracterização de enfermeira como forma de estímulo sensual ou erótico, para assim impedir, divulgações pejorativas, como, entre outras, a edição de fotografias de modelo para revista masculina, sob o título “*Enfermeira do Funk*”.⁶⁴³

Porém, em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, decidiu afastar a possibilidade de reparação do dano moral coletivo, em ação civil de indenização por lesão ambiental, por reputar que o dano moral pressupõe a noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual, incompatível com a noção de transindividualidade.⁶⁴⁴

⁶⁴⁰ Tem-se como paradigma o acórdão da Apelação Cível n. 70011738846, 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima, julgado em 15 de dezembro de 2005, antes mencionado, que soube avaliar de maneira correta a lesão ao direito à imagem e à intimidade de criança de 11 anos, seguindo os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

⁶⁴¹ Gustavo Tepedino et alli, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, v. 1, p. 57; Carlos Alberto Bittar Filho, Dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 12, p. 54; André de Carvalho Ramos, Ação civil pública e o dano moral coletivo, em *Revista de Direito do Consumidor*, v. 25, p. 82.

⁶⁴² Carlos Alberto Bittar Filho explicita que o dano moral coletivo é “*a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos.*” (Dano moral coletivo..., in *Revista de Direito do Consumidor*, RT, v. 12, p. 55).

⁶⁴³ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 1, 2004, p. 57-58. Os autores informam não haver notícia de arbitramento de dano moral nos casos por eles mencionados, mas apenas de cessação das atividades lesivas à imagem das enfermeiras.

⁶⁴⁴ RESP n. 598.281-MG, 1ª Turma, Relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Relator sorteado Ministro Luiz Fux, julgado em 02/05/2006, DJU de 01/06/2006, p. 147, com a seguinte ementa: “*Processual Civil. Ação Civil Pública. Dano Ambiental. Dano Moral Coletivo. Necessária vinculação do dano moral à*

Esta decisão é passível de crítica, porquanto atribui feição estritamente individualista à personalidade, considerando apenas o aspecto interno de cada pessoa, ignorando que o desenvolvimento do homem exige a sua interação social, além da preservação adequada do ambiente em que vive, sendo esta uma condição essencial para a sua própria subsistência.

Nesse sentido, o ensinamento de Capelo de Sousa:

“A tutela da personalidade humana exige não apenas a proteção dos seus bens interiores, mas também o resguardo e a preservação do seu espaço vital, ou seja, das condições externas, sociais e ambientais, essenciais à sua gênese, à sua sobrevivência e ao seu desenvolvimento, bem como ainda a defesa das manifestações ou objetivações exteriores dessa personalidade no mundo circundante e que a ela se mantenham unidas e, finalmente, a salvaguarda do direito de participação de cada personalidade nos bens coletivos.”⁶⁴⁵

Vale rememorar, de outro lado, que Rubens Limongi França classificou o meio ambiente ecológico como um dos direitos da personalidade, vertente do direito à vida.

Portanto, ao lado dos valores individuais que integram a personalidade humana, como a honra, a intimidade, a imagem, etc., existem valores coletivos, como o meio ambiente, o patrimônio histórico, as relações de consumo, etc, cuja preservação exige a colaboração e a participação de todos.

noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso especial improvido.” Amparado no ensinamento de Rui Stoco, o voto condutor da maioria justificou que *“os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência, o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo.”* Assim, embora admitindo a viabilidade do dano moral decorrente da destruição de uma árvore plantada por antepassado de determinado indivíduo, em face do grande valor afetivo, o Ministro relator designado para o acórdão lembra a perfeita identificação do sujeito passivo da lesão, inexistente quando se trata de agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas. Sucede que a razão estava com o Ministro relator sorteado, que invocou, em abono à tese do cabimento do dano moral coletivo, o artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, o artigo 1º, da Lei n. 7.347/85, e o artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, que possibilitaram fosse ultrapassada *“a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade.”* Este voto ressaltou, ainda, que *“o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental.”*

⁶⁴⁵ *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 184.

Estes bens coletivos, uma vez feridos, merecem a reparação adequada, não bastando, em alguns casos, o singelo ressarcimento de danos patrimoniais, na medida em que a lesão pode provocar abalo no “*patrimônio moral de uma coletividade*”.⁶⁴⁶

Pondera-se que a dificuldade enfrentada pelo STJ para determinar a reparação moral do dano ambiental parece encontrar explicação na ausência de cultura da preservação dos bens naturais, de inquestionável importância presente e futura para as populações do País.

Ao que se infere, a Corte Superior considerou não haver repercussão coletiva pelo corte de árvores, atribuindo maior importância ao valor sentimental do indivíduo sobre uma árvore plantada por ancestral, do que ao corte de centenas ou milhares delas em área de preservação ambiental, negando o sentimento geral das pessoas pelos valores coletivos.

O corte de árvores em floresta transparece como algo distante da afeição moral pelos bens coletivos. Não obstante, se o prejuízo ambiental decorresse, v.g., do derramamento de óleo, por um navio, nas proximidades de praia de grande fluxo de turistas, privados do seu lazer, será que, ainda assim, seria possível considerar a existência apenas de danos patrimoniais?

As decisões judiciais têm a força de modificar o comportamento dos jurisdicionados. Assim, negar indenização aos danos morais coletivos, pela privação de bens essenciais ao desenvolvimento sadio dos homens, ainda que estes não tenham a noção exata do seu significado, e da sua repercussão futura, é manter o *statu quo ante*, ou seja, de não valorização dos bens coletivos, privilegiando a cultura do individualismo.

⁶⁴⁶ André de Carvalho Ramos, Ação civil pública..., cit., em *Revista de Direito do Consumidor*, v. 25, p. 82.

A proteção da criança e do adolescente representa um desses interesses coletivos, o qual, elevado a valor constitucionalmente assegurado (artigo 227, CF), exige a atuação efetiva da família, da sociedade e do Estado na prevenção e na repressão de lesões irreversíveis ao desenvolvimento da sua personalidade infanto-juvenil, à sua adequada socialização e à sua capacidade de autodeterminação, no plano físico, intelectual, moral, emocional e relacional, diante da sua maior vulnerabilidade, como pessoas sugestionáveis e impressionáveis⁶⁴⁷, passíveis de sofrer graves seqüelas morais em decorrência de agressão aos seus direitos fundamentais.

Não é por outra razão que André de Carvalho Ramos diz:

*“O Estatuto da Criança e do Adolescente contém inúmeros dispositivos de proteção ao menor por danos morais. Isso porque o desenvolvimento moral, físico e social é o objetivo legal (arts. 3º e 5º), punindo-se todo atentado ao desenvolvimento adequado da criança e do adolescente.”*⁶⁴⁸

Como exemplo de dano moral coletivo, a doutrina costuma referir-se à publicidade abusiva, vedada pelo artigo 37, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor⁶⁴⁹, o qual faz expressa alusão àquela que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”.⁶⁵⁰

⁶⁴⁷ Sobre conceito de J.J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado, *Reality Shows e liberdade de programação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 59.

⁶⁴⁸ Ação civil pública..., cit., em *Revista de Direito do Consumidor*, v. 25, p. 84.

⁶⁴⁹ Carlos Alberto Bittar Filho (Dano moral coletivo..., cit., *Revista de Direito do Consumidor*, v. 12, p. 56) que diz: “*Outro bom exemplo de dano moral coletivo é a violação da honra de determinada comunidade (a negra, a judaica, etc.) através de publicidade abusiva, a qual é proibida pela legislação pátria.*” V., também, Paulo Jorge Scartezini Guimarães, *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 170, o qual assinala: “*A publicidade ilícita é típico exemplo de que pode ocorrer um dano transindividual, tanto moral como material, visto que a simples divulgação da mensagem publicitária (publicidade enganosa, abusiva e a que viola os princípios trazidos pelo art. 36) pode atingir um grupo determinável de pessoas, como, por exemplo, os assinantes de certa revista, ou pessoas indeterminadas, como, por exemplo, aqueles que assistiram a anúncio divulgado por uma emissora de TV aberta.*”

⁶⁵⁰ André de Carvalho Ramos, Ação civil pública..., cit., *Revista de Direito do Consumidor*, RT, v. 25, p. 92-93, menciona ação promovida contra empresa que explorava sistema de sorteio por meio de ligações telefônicas, que, em sua publicidade, incentivava a participação de menores em jogo de azar, prática vedada expressamente pelos artigos 80 e 81, VI, do ECA, citando que: “*Não há controle para evitar que os mesmos joguem, quando não ocorre pior – o incentivo a sua participação. Assim se verifica, por exemplo, num caso em que se utiliza linguagem própria de criança/adolescente por um ator nesta faixa etária, convidando telespectadores a participação de sorteio de produto voltado ao público infanto-juvenil; ou ainda, quando uma apresentadora de TV convida ‘a molecada’ para responder a uma pergunta, que poderiam consultar ‘o papai’ para saber a resposta.*”

É certo que a intervenção do Ministério Público e do Poder Judiciário pode dar-se no sentido de interromper a publicidade danosa à coletividade, em particular às crianças e aos adolescentes. Porém, não há dúvida que, por vezes, a mera divulgação poderá ocasionar dissabor, desconforto e insatisfação naqueles que assistiram ao anúncio lesivo, uma vez que a violação ao sentimento de dignidade das pessoas resta configurada com a própria revelação da publicidade, circunstância suficiente para gerar a indenizabilidade do dano moral coletivo.⁶⁵¹

⁶⁵¹ Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, *A publicidade ilícita...*, cit., p. 170-171.

Capítulo VII
TUTELA PROCESSUAL CIVIL DA IMAGEM DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE

O artigo 12 do Código Civil reza: *“Pode-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.”*

Complementarmente, o artigo 20, do mesmo Código, estatui que: *“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.”*

Com efeito, seguindo o modelo italiano, o legislador civil contemplou duas formas de tutela para os direitos da personalidade, uma de natureza inibitória, necessária para prevenir ou fazer cessar a possível lesão, e outra de natureza reparatória, quando já consumado o ato ilícito e os subseqüentes danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, pela recomposição natural, de forma específica, ou pelo equivalente em dinheiro.

Especificamente com relação à imagem, o Código Civil tratou de acentuar a preocupação com a publicação, a exposição ou a utilização sem o consentimento do interessado, de certo modo ignorando a captação indevida do retrato alheio, objeto de grande discussão na doutrina.

De todo modo, ficou evidente o propósito de evitar a ocorrência do dano, na medida em que, da conjugação dos artigos 12 e 20, do Código Civil, percebe-se caber ao titular a possibilidade de proibir a divulgação de sua imagem, agindo no sentido de impedir qualquer ação lesiva àquele direito, o que revela ser

cada pessoa soberana quanto à faculdade de consentir na reprodução das suas feições.

A respeito, é clara a lição de Gitrama González:

*“Daí, repetimos, que a tutela essencial e primária do direito à imagem deva consistir em evitar que a publicação se faça ou em que imediatamente cesse a já iniciada. O dano para a pessoa reside precisamente nisto: em que se publique sua imagem sem seu consentimento.”*⁶⁵²

Assim, observa-se que através da *tutela inibitória* é possível a adoção de medidas preventivas⁶⁵³, independente da culpa e dos danos⁶⁵⁴, pois como conclui Luiz Guilherme Marinoni: *“inibir a violação não é o mesmo que inibir o dano.”*⁶⁵⁵

Entre estas medidas, no tocante ao direito de imagem, podem ser mencionadas: a) ação cautelar de busca e apreensão ou de arrolamento de material de fotografia, filmagem ou outras gravações, ou a inibitória, para impedir a utilização, a reprodução ou a divulgação abusivas de imagem alheia ou para obstar a circulação de publicação que contenha imagem não autorizada⁶⁵⁶; b) ação principal visando a destruição ou inutilização de imagens ilicitamente captadas e respectivos negativos ou reproduções, sem prejuízo da reparação de danos.⁶⁵⁷

⁶⁵² Manuel Gitrama González, Imagen, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix S/A, t. XI, 1962, p. 364.

⁶⁵³ Sérgio Martins Rston, em Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, nova série, v. 14, 2004, p. 97, afirma: *“Caso alguém tema que seu direito à imagem seja violado, unicamente ou consecutivamente, deve ingressar em juízo com pedido de tutela inibitória. Dessa forma, a comunidade ou o cidadão têm o direito de proteger sua imagem contra o meio de comunicação violador (jornal, revista, rádio ou televisão), para impedir notícias nocivas a seu respeito, evitando-se o dano ou sua perpetuação.”*

⁶⁵⁴ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 473.

⁶⁵⁵ *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 159. Com base no artigo 2.599 do Código Civil italiano, este autor propõe classificação das tutelas dos direitos fundamentais em três espécies, a saber: a inibitória, a de remoção do ilícito e a ressarcitória. Depois de distinguir o ato contrário ao direito do fato danoso, mais adiante, diz este autor: *“as ações inibitória e de remoção do ilícito se dirigem contra o ato contrário ao direito, e assim não têm entre seus pressupostos o dano e o elemento subjetivo (culpa ou dolo) relacionado à imputação ressarcitória.”* (ob. cit., p. 274).

⁶⁵⁶ Este é o caso, já mencionado anteriormente, da medida cautelar deferida no Agravo de instrumento n. 243.037-4/6, pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Desembargador Sérgio Gomes, julgado em 18/06/2002, que determinou que determinada empresa de comunicação se abstinhasse de publicar, divulgar, imprimir ou distribuir quaisquer fotografias atinentes ao casamento de conhecido e famoso ator, por não ser lícita a invasão da sua privacidade, sob o argumento da liberdade de imprensa.

⁶⁵⁷ Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 475. V., ainda, Carlos Alberto Bittar Filho, Tutela da personalidade no atual direito brasileiro, em *Revista de Direito Civil*, v. 78, 1996, p. 9-10.

De outra parte, ante a dificuldade natural da recolocação do sujeito na situação anterior ao fato ilícito⁶⁵⁸, em razão do uso inconsentido da imagem, a *tutela reparatoria* deste direito visa, essencialmente, a indenização pecuniária dos prejuízos sofridos pelo lesado, seja através da reparação dos danos materiais, seja pela compensação dos danos morais resultantes do ataque à sua personalidade.⁶⁵⁹

Quando se cuida de lesão à imagem-moral, a exemplo do que ocorre com o dano à honra decorrente dos meios de comunicação, mostra-se cabível a *tutela ressarcitória na forma específica*, nos termos do artigo 29, da Lei n. 5.250/67, pelo exercício do direito de resposta, o qual, embora não seja suficiente para reparar integralmente a ofensa, contribui para amenizar a dor sofrida pelo ofendido.⁶⁶⁰

Ainda de acordo com o artigo 75, da Lei de Imprensa, o Juiz poderá determinar a publicação da sentença cível a pedido da parte prejudicada, sendo tal medida típico ressarcimento na forma específica.⁶⁶¹

No que tange a defesa dos direitos fundamentais da infância e da juventude, o Estatuto da Criança e do Adolescente criou medidas específicas de proteção, tendentes a favorecer ações efetivas para a sua implementação, ao mesmo tempo em que trouxe para o pólo passivo das demandas relativas a estes direitos a família, a sociedade e o Estado, segundo se percebe da leitura atenta dos seus artigos 18, 70 e 98.⁶⁶²

⁶⁵⁸ Guido Alpa, *La disciplina dei dati personali*, Edizioni SEAM, Formello, 1998, p. 58; Carlos Alberto Bittar Filho, *Tutela da personalidade...*, RDC 78:14.

⁶⁵⁹ Carlos Alberto Bittar Filho, *Tutela da personalidade...*, RDC 78:14.

⁶⁶⁰ Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 429-430; Maria Helena Diniz, Direito à imagem e sua tutela, in *Estudos de direito de autor...*, cit., p. 97. É bom anotar que o artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal assegura “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” Do mesmo modo, o artigo 35 da Lei n. 5.250/67 prevê que: “A publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação não prejudicará as ações do ofendido para promover a responsabilidade penal e civil.”

⁶⁶¹ JTJ-Lex 258/115, com a seguinte ementa: “INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Dano moral - Lei de Imprensa - Condenação - Publicação da sentença e do acórdão, a pedido dos ofendidos - Admissibilidade - Aplicação do artigo 75 da Lei Federal nº 5.250/67 - Bis in idem não caracterizado - Recurso não provido.” Idem: JTJ-Lex 209/189 e JTJ-Lex 192/250.

⁶⁶² Sobre o tema, consulte-se: Maria de Fátima Carrada Firmo, *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 114; Paulo Afonso Garrido de Paula, *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 89-90.

Da conjugação destes dispositivos nota-se ser dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, de maneira a colocá-los a salvo de qualquer tratamento desumano, violento ou degradante (art. 18, ECA), prevenindo a ocorrência ou a violação dos seus direitos fundamentais (art. 70, ECA). Para tanto, a lei assegurou medidas de proteção aos beneficiários, para afastar qualquer ameaça ou lesão à sua personalidade, advindas da ação ou omissão do Estado e da sociedade, ou da falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis (art. 98, ECA).

Trata-se, como ensina Paulo Afonso Garrido de Paula, de tutela diferenciada, posto que relacionada ao atendimento das peculiaridades da infância e da juventude, funcionando o Estatuto da Criança e do Adolescente como um microssistema de relações jurídicas especiais, e autêntico instrumento de transformação social, com distribuição diferenciada de justiça, em face da condição dos sujeitos protegidos.⁶⁶³

Segundo esse autor, o traço essencial da tutela reside no latente interesse social existente nas causas relativas à infância:

“Como os direitos da criança e do adolescente são sócio-individuais, pertencendo indistintamente à sociedade e ao indivíduo em razão dos valores social e pessoal que integram o bem jurídico protegido, mesmo diante de um pedido de tutela aparentemente ressarcitória, como a reparação de um dano material ou moral em razão de ilícito, transparece com nitidez sua natureza preventiva.”⁶⁶⁴

Por isso, o sistema processual da Lei n. 8.069/90 compreende medidas de prevenção, proteção e reparação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente⁶⁶⁵ que – a exemplo da tutela dos demais direitos da personalidade, inclusive o de imagem⁶⁶⁶ – visam, respectivamente, a evitar, a fazer cessar possível

⁶⁶³ Paulo Afonso Garrido de Paula, *Direito da criança e do adolescente...*, cit., p. 76-78. Diz o autor que: “Essa tutela jurisdicional diferenciada caracteriza-se fundamentalmente pela prevenção e urgência, impondo um proceder rápido e que sirva substancialmente como instrumento de inclusão, evitando ou transpondo a situação de marginalidade para a de cidadania.” (ob. cit., p. 90).

⁶⁶⁴ Ibid., p. 88.

⁶⁶⁵ Maria de Fátima Carrada Firmo, *A criança e o adolescente...*, cit., p. 222.

⁶⁶⁶ Tratando da tutela preventiva ou inibitória, Sérgio Silva Muritiba, Tutela inibitória e os direitos da personalidade, in *Revista de Processo*, v. 122, 2005, p. 35-36, elucida que ela pode ser utilizada em três

violação ou, então, a obter o ressarcimento, de forma específica ou pelo equivalente monetário, em caso de consumação do ato ilícito e do dano.

Para conferir eficácia a tais medidas, observa-se que o artigo 212 do Estatuto admitiu a possibilidade de todas as espécies de ações na defesa dos direitos e interesses de crianças e adolescentes, seguindo as modernas tendências do Direito Processual, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, de “*propiciar as espécies de procedimentos e os tipos de provimentos adequados a assegurar efetivamente a tutela dos direitos materiais.*”⁶⁶⁷

Assim, faz-se breve menção acerca de alguns instrumentos adequados a tutelar a imagem da criança e do adolescente.

A *ação civil pública* – meio processual de que dispõem o Ministério Público, as entidades governamentais e a sociedade para a defesa de interesses individuais indisponíveis, individuais homogêneos, difusos e coletivos relacionados à infância e à juventude, estejam eles previstos ou não na Lei n. 8.069/90⁶⁶⁸ (artigo 201, inciso V, e parágrafo 1º, e artigo 210, do ECA; Leis n. 7.347/85 e 8.078/90).

O Ministério Público tem se destacado como órgão de defesa dos interesses infanto-juvenis em face da propositura das ações civis públicas, cumprindo mencionar a demanda judicial contra emissora de televisão, que vinha exibindo a imagem de crianças portadoras de graves deficiências físicas, em situações vexatórias ou humilhantes, a pretexto de benemerência ou filantropia, com

hipóteses: “a) para impedir a prática da infração; b) para impedir a continuação; c) para impedir a repetição do ilícito. Exemplo da primeira situação é quando se utiliza a inibitória porque existe forte probabilidade de que alguém vá divulgar a imagem de algum ator famoso, sem a sua autorização. Exemplo da segunda modalidade é o caso em que uma determinada empresa divulga em outdoor a imagem de um artista sem a sua autorização. Nesse caso, apesar de já praticada a conduta contrária ao direito, a violação continua até que seja retirada a imagem do artista. Temos aí um caso de ilícito de eficácia continuada. A terceira modalidade pode ser vislumbrada na venda de revistas contendo notas ofensivas sobre uma determinada pessoa. Haverá repetição do ilícito toda vez que tais revistas forem colocadas à venda, configurando um caso de ilícito de repetição.”

⁶⁶⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente comentado, Munir Cury (coord.), São Paulo, Malheiros, 2005, p. 712.

⁶⁶⁸ Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo e Thales Cezar de Oliveira, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo, Atlas, 2ª ed. 2006, p. 259.

claro propósito de aumentar sua audiência à custa de sensacionalismo de baixo nível.⁶⁶⁹

O ajuizamento de ação civil pública pelo *Parquet* também impediu que outra empresa televisiva exibisse cenas de espancamento de criança por adulto, o que vinha fazendo de forma reiterada, com a finalidade de causar impacto no público, tendo o Tribunal assegurado a proteção do interesse individual do menor, resguardando a dignidade e o respeito também das demais crianças e adolescentes que assistiam ao programa.⁶⁷⁰

Cabe acrescentar, a título exemplificativo, que entre as hipóteses de cabimento das ações civis públicas, Hugo Nigro Mazzilli inclui as “*destinadas a proteger a criança e o adolescente enquanto destinatários de propaganda ou na qualidade de consumidores (v. arts. 77 a 82 do ECA, e Lei 7.347/85).*”⁶⁷¹

Nos termos dos artigos 201, inciso V, e 211, do ECA, e do artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei n. 7.347/85, ao lado da ação civil pública, o Ministério Público possui um valioso instrumento para prevenir ou reprimir lesões aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, no âmbito do inquérito civil, qual seja, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

Na defesa dos interesses indisponíveis – difusos, coletivos ou individuais – dos incapazes, o Ministério Público poderá firmar com órgãos de comunicação, por exemplo, o ajustamento de conduta, com força de título executivo extrajudicial⁶⁷², no sentido de coibir a veiculação de imagens de menores em situação que exponha a risco o seu direito à dignidade, como ocorreu na hipótese em que certa emissora de televisão exibiu a imagem de uma criança portadora de

⁶⁶⁹ JTJ-Lex 223/134.

⁶⁷⁰ RT 801/193 e Agravo de Instrumento n. 78.217-0/6-00, de Osasco, Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Desembargador Gentil Leite, julgado em 19 de abril de 2001.

⁶⁷¹ *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, Munir Cury (coord.), São Paulo, Malheiros, 2005, p. 672. Mais adiante, ao falar sobre o zelo do Ministério Público pelos direitos e garantias das crianças e adolescentes, o autor cita, ainda, o dever de “*atentar para as propagandas de produtos nocivos à sua saúde ou à sua segurança.*” (*ob. cit.*, p. 677).

⁶⁷² Sobre a força executiva do Termo de Ajustamento de Conduta, V. Sérgio Seiji Shimura, *Título executivo*, 2. ed., São Paulo, Método, 2005, p. 532 e ss.

câncer, tendo o cabelo raspado, a exemplo do que se passara com a personagem de novela de outra emissora, exibida na mesma época, sendo a responsável convocada a adequar a sua conduta pelo Ministério Público Federal.⁶⁷³

A *ação mandamental*, apontada no parágrafo 2º, do citado artigo 212, da Lei n. 8.069/90, que se assemelha à da *injuction* do sistema de *commow law* e à ‘ação inibitória’ do Direito italiano, pela possibilidade que se confere ao Magistrado de determinar e realizar, por si, certos atos executivos, tendentes a garantir a efetividade dos direitos.⁶⁷⁴

Ao lado do provimento mandamental, o artigo 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente inovou ao trazer a *tutela da obrigação de fazer ou não fazer*⁶⁷⁵, prevendo a possibilidade do Juiz determinar o cumprimento específico da obrigação ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, inclusive com antecipação da medida liminar, sob pena de multa no caso de descumprimento.

Ao lado de outros dispositivos legais, como os artigos 461 e 644, do CPC, do artigo 12 da Lei n. 7.347/85, do artigo 84 do CDC e dos artigos 137 e 729, da CLT, o artigo 213 da Lei n. 8.069/90, tem natureza inibitória e coercitiva, como explica Sérgio Seiji Shimura, pois:

“Atua como meio de coação psicológica, destinado a vencer a resistência do devedor recalcitrante. De conseguinte, não tendo caráter reparatório, mesmo que o demandado pague a multa diária continua devedor da obrigação principal (fazer ou não fazer).”⁶⁷⁶

⁶⁷³ MPF cobra explicação da Record – emissora pode ser punida por episódio do *Sônia e você*, O Estado de São Paulo, 19 de outubro de 2005, Caderno 2, p. D7.

⁶⁷⁴ Ada Pellegrini Grinover, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, Munir Cury (coord.), São Paulo, Malheiros, 2005, p. 713. Sérgio Silva Muritiba, Tutela inibitória e os direitos da personalidade, in REPRO 122:37, esclarece: “a técnica mandamental, por ter como função processual atuar sobre o próprio demandado, coagindo-o a agir de acordo com o comando judicial, encaixa-se perfeitamente nas situações decorrentes da aplicação dos direitos da personalidade.”

⁶⁷⁵ Disposição semelhante consta do artigo 84 do CDC e do artigo 461 do CPC.

⁶⁷⁶ Sérgio Seiji Shimura, Execução provisória, in *Nova reforma processual civil comentada*, Alberto Camiña Moreira et alli, São Paulo, Método, 2003, p. 356. Do mesmo autor, em igual sentido: Efetivação das tutelas de urgência, em *Processo de execução*, coord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 671.

A multa diária tem, portanto, a finalidade de compelir o devedor a satisfazer a tutela específica ou a realizar o pagamento do seu equivalente em dinheiro, e por isso não se confunde com a multa moratória ou compensatória, sendo, ainda, passível de execução, “*independentemente do trânsito em julgado*”⁶⁷⁷

Nota-se, destarte, ser a aludida norma essencial para a proteção dos direitos da personalidade da criança e do adolescente, pois permite a prevenção da violação do direito ou a remoção de atos contrários ao mesmo, servindo como fator de desestímulo à ação prejudicial do lesante, com resultados mais significativos do que a singela reparação ou compensação dos danos materiais e morais, que pressupõem a consumação do fato ilícito.⁶⁷⁸

Constitui exemplo dessa modalidade de providência judicial a suspensão liminar da veiculação de imagem atentatória à dignidade da criança e do adolescente, com determinação da obrigação de não-fazer em atendimento à solicitação de antecipação da tutela jurisdicional inibitória, sob pena de pagamento de multa.⁶⁷⁹

Nesse sentido, é bastante elucidativa a reprodução da petição inicial de ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra rede de televisão, responsável pela transmissão de dois programas sensacionalistas que vinham exibindo imagens de crianças abandonadas pela mãe, uma delas segurando o

⁶⁷⁷ Sérgio Seiji Shimura, Execução provisória, *Nova reforma*, cit., p. 357 e 361; Idem: Efetivação das tutelas..., em *Processo de execução*, cit., p. 670-671.

⁶⁷⁸ Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 261, ressalta “*que a ação inibitória não visa somente impor uma abstenção, contentando-se, assim, com um não-fazer. O seu objetivo é evitar o ilícito, seja ele comissivo ou omissivo, razão pela qual pode exigir um não-fazer ou um fazer, conforme o caso.*” A respeito do tema, escreve Sérgio Silva Muritiba, Tutela inibitória e os direitos da personalidade, REPRO 122:31: “*Certamente, com a tutela ressarcitória, apenas lhe seria concedida uma soma em dinheiro, na tentativa de ressarcir-lo dos danos sofridos. Noutras palavras, recebe o titular do direito violado uma soma em dinheiro, mas não propriamente a proteção contra o uso indevido de sua imagem, verdadeiro objeto desta espécie de direito da personalidade.*”

⁶⁷⁹ JTJ-Lex 223/134. Confirmando sentença de procedência de ação civil pública, objetivando impedir nova exibição de imagens relativas ao espancamento de uma menor de idade, sob pena de multa diária (RT 801/193). Os acórdãos foram citados anteriormente, porque tais medidas foram deferidas no âmbito de ação civil pública.

retrato da genitora, e de outras que participavam da discussão travada entre os pais sobre a sua guarda e pensão alimentícia.⁶⁸⁰

Nesse caso, calcado no artigo 461, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil, o órgão ministerial pleiteou a abstenção da exibição, sob qualquer forma, da imagem e dos nomes de crianças e adolescentes, bem como de fatos capazes de causar-lhes humilhação, vexame, perigo moral, psíquico ou outra forma de constrangimento, independentemente do consentimento ou da presença dos pais nos referidos programas, sem prévia autorização judicial, sob pena de multa de cem mil reais por criança ou adolescente exibido ou dia de exibição de matéria vedada pela decisão judicial reclamada naquela petição inicial.⁶⁸¹

Outro precedente que ilustra bem a importância da tutela inibitória refere-se ao acórdão antes reportado sobre atriz de televisão que logrou obter liminar para impedir que certo programa humorístico exibisse a sua imagem e a do filho, por serem prejudiciais à segurança do menor, além de ferir o seu direito à honra, à liberdade, à intimidade e à imagem, seja pela revelação de fatos da vida familiar em época de repetidos seqüestros, seja para preservá-los de “*humor abusivo, desrespeitoso e até grotesco, a agredir sua personalidade em formação.*”⁶⁸²

Por fim, é necessário registrar que a *ação reparatória* é, entretanto, a que possui maior incidência⁶⁸³, pois, geralmente, o sujeito se depara com a lesão consumada ao seu direito de imagem, devendo recorrer ao Judiciário para obter o ressarcimento dos danos patrimoniais e a compensação dos danos morais resultantes da ofensa ao direito de personalidade, pelo equivalente em pecúnia.

Ressalva-se, contudo, a possibilidade do ofendido utilizar o direito de resposta previsto no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal e no artigo 29 da Lei

⁶⁸⁰ Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Ação civil pública e a tutela de interesse difuso da infância: proteção da imagem e dos direitos da personalidade – programas de televisão, *in Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, p. 269-303.

⁶⁸¹ *Ibid.*, 303.

⁶⁸² Agravo de instrumento n. 2005.002.19245, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Re. Desembargador Nagib Slaibi Filho, julgado em 25 de outubro de 2005.

⁶⁸³ Carlos Alberto Bittar Filho, Tutela da personalidade..., RDC 78:14.

n. 5.250/67, além do direito à publicação da sentença⁶⁸⁴, na forma do artigo 75, desta última lei, sem prejuízo da reparação *in pecunia* dos danos experimentados em razão da ofensa à imagem.

⁶⁸⁴ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível n. 70011738846, 10ª Câmara Cível, Rel. Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima, julgado em 15 de dezembro de 2005, manteve sentença que julgou parcialmente procedente ação visando a abstenção de divulgação de imagem de menor em *site* na internet e a condenação por dano moral da empresa responsável pelo mesmo, determinando a publicação do ato judicial, por dez dias consecutivos, sob pena de multa diária correspondente a um salário mínimo.

CONCLUSÕES

A) Ante a existência de regra própria e específica de tutela da imagem da criança e do adolescente, contida no artigo 17, da Lei n. 8.069/90, no caso da captação, da divulgação, da exposição e da publicação da figura do menor de idade, qualquer decisão judicial há de seguir os princípios decorrentes dessa lei, cabendo ao intérprete guiar-se por essa norma, para melhor e mais adequada proteção dos interesses em jogo, sem prejuízo do recurso a outras com ela compatíveis.

B) Na origem romana, o *jus imaginis* estava associado ao direito de propriedade, pois se permitia a exposição da efígie dos antepassados na entrada de casas, palácios ou templos, sob a proteção da *actio iniuriarum*. O direito à imagem adquiriu a relevância jurídica que hoje apresenta a partir da invenção da fotografia, em 1829.

C) A proteção jurídica do direito à imagem, inclusive no Brasil, surgiu das normas de direito autoral, sendo que os alemães foram os primeiros a cuidar do assunto em leis de 1876. A Itália teve a primazia do primeiro preceito específico de defesa da imagem, no artigo 10 do Código Civil de 1942. Porém, coube à jurisprudência o mérito do desenvolvimento dos direitos da personalidade em geral, incluindo a imagem, pois os tribunais eram obrigados a decidir conflitos sobre a matéria não legislada. A doutrina alemã e italiana, do final do século XIX até meados do século XX, contribuiu decisivamente para sua incorporação aos códigos. No direito comparado, existe uma preocupação geral da preservação da imagem, que ora aparece como um direito autônomo, ora como um aspecto do direito à vida privada, à intimidade, à identidade ou à honra.

D) No Brasil, a história do direito à imagem é curta, e possui origem pretoriana, pois, através da interpretação extensiva das normas do direito autoral, buscou-se proteger a figura humana de ataques indevidos. A primeira decisão sobre o tema data de 28 de maio de 1923, no caso da exibição pública de filme contendo a imagem de Zezé Leone, Rainha da

Beleza de 1922, ganhando maior respaldo na jurisprudência a partir da década de 1970, com ações de jogadores de futebol contra a publicação desautorizada dos seus retratos.

E) A partir da Constituição Federal de 1988 o direito à imagem foi definitivamente incorporado à legislação brasileira, havendo dispositivo específico de tutela da criança e do adolescente no artigo 17 da Lei n. 8.069/90.

F) A imagem, expressão sensível da personalidade, apresenta-se como um bem ou valor que decorre da própria existência da pessoa humana, constituindo, por isto, um dos objetos do direito da personalidade, reconhecido como tal pelas normas jurídicas, e representa a faculdade exclusiva que o titular tem de autorizar a captação, a reprodução ou a divulgação pública do seu retrato.

G) Como bem da personalidade, tem as características de um direito absoluto, inato, extrapatrimonial, intransmissível, imprescritível, impenhorável, necessário, vitalício, relativamente indisponível (pois permite a limitação voluntária pelo titular), podendo ser classificado como um direito à integridade moral. A proteção da criança e do adolescente (pela família, pela sociedade e pelo Estado) também pode ser classificada como direito da personalidade, aspecto do direito à integridade física.

H) Define-se o direito à imagem como aquele que visa a coibir que a captação, a exposição, a publicação ou a comercialização, sem autorização do retratado, com exceção das hipóteses em que isto é permitido por lei, visto que constitui direito exclusivo da pessoa determinar como, quando e onde deseja aparecer ao público. O direito à imagem protege o aspecto físico, moral e de vida da pessoa humana, sendo que o primeiro compreende o corpo ou parte destacada deste, os traços fisionômicos, os gestos, etc; o segundo abrange a representação do indivíduo no meio social, como ele se vê e como é visto pelos seus iguais; o terceiro abarca a história de vida de alguém.

I) É autônomo o direito à imagem, ainda que possa aparecer coligado a outro bem da personalidade, como a vida privada, a intimidade, a honra, etc. Sendo um direito absoluto, é oponível *erga omnes*, sendo que qualquer pessoa que viole o dever de abstenção fica sujeito a reparar o dano, independentemente da prova da culpa. Todo ser humano é sujeito ativo da relação jurídica da imagem, que acompanha o indivíduo desde a concepção e se projeta até depois da sua morte, sendo que, em alguns casos a tutela é específica em razão do estado da pessoa, como a criança e o adolescente, o idoso, o deficiente e o doente.

J) O direito à imagem sofre restrição voluntária através do consentimento do titular à sua utilização por terceiros, de forma gratuita ou onerosa, além de sofrer limitações legais, quando presente o interesse público na sua divulgação, como ocorre com as pessoas notórias ou que exerçam cargo público, por necessidades da segurança pública, da justiça ou da polícia, por finalidades científicas, didáticas ou culturais, por comparecimento a cerimônias públicas, por interesses da história ou da saúde ou em razão do direito de crítica, caricatura ou sátira.

K) A tutela da infância e da juventude há de ser considerada um direito da personalidade especial, pois a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento das crianças e dos adolescentes (art. 6º, ECA), fez com que o legislador determinasse a proteção integral das mesmas (art. 1º, ECA), reconhecidos com sujeitos de direitos (art. 15, ECA), credores do respeito aos seus valores fundamentais que impliquem na abstenção de atos lesivos à sua pessoa, e também de prestações positivas da família, da sociedade e do Estado (art. 4º, ECA), que lhes permitam alcançar a plenitude da personalidade, conforme o seu amadurecimento.

L) Os fundamentos da proteção da personalidade infanto-juvenil, podem ser resumidos em cinco princípios, a saber: princípio do respeito à dignidade da pessoa humana; princípio da proteção integral; princípio da maior vulnerabilidade; princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; e princípio do direito ao esquecimento. Tais princípios devem orientar o aplicador do direito na solução dos conflitos em que esteja presente qualquer bem da personalidade da criança e do adolescente, nas relações com os pais ou responsáveis e também com terceiros.

M) O Estatuto da Criança e do Adolescente foi pródigo no reconhecimento dos direitos da personalidade, como: o direito à vida e à saúde (arts. 7º a 15); direito à liberdade (arts. 15 e 16); direito ao respeito (arts. 15 a 17); direito à dignidade (arts. 15 a 18); direito à convivência familiar e comunitária (arts. 19 a 52); direito à cultura, ao esporte e ao lazer (arts. 53 a 59) e direito à profissionalização e à proteção no trabalho (arts. 60 a 69).

N) O direito ao respeito, inserido no artigo 17 do ECA, refere-se aos bens coligados à personalidade das crianças e dos adolescentes, que impõe a todos a observância da norma legal, um dever geral de abstenção, de respeito aos valores jurídicos fundamentais das pessoas em desenvolvimento, ali exemplificados com direitos conexos à imagem, como o

direito à identidade, à autonomia, à liberdade ideológica ou de crença, à vida privada e à intimidade.

O) Para a proteção da imagem da criança, a Lei n. 8.069/90 previu sanções civis, administrativas e penais às infrações praticadas contra os seus beneficiários, como se deduz a partir da leitura dos artigos 17, 79, 43, 149, 240, 241, parágrafo único, e 247, parágrafo 1º, sem prejuízo da sua cumulação, de acordo com a hipótese concreta. Na tutela administrativa, regula-se a exigência de alvará para os casos de exposição direta da imagem da criança por qualquer meio de comunicação, sancionada com multa a inobservância da mesma. Na tutela penal, a imagem da criança e do adolescente é protegida contra a utilização em cena pornográfica de representação teatral, televisiva, cinematográfica, fotográfica ou de qualquer outro meio visual, e também contra qualquer forma de fotografia ou publicação de cena de sexo explícito ou pornográfica, inclusive pela rede mundial de computadores.

P) A exposição de imagem de cunho erótico ou pornográfico de crianças e adolescentes, transformadas em objeto para saciar especialmente a libido de adultos, constitui forma de abuso sexual, cuja prática tem se proliferado com extrema rapidez em razão das facilidades propiciadas pela internet e por outros meios de comunicação, como o telefone celular, a ponto de se formarem quadrilhas de exploração da pedofilia, que deve ser duramente combatida pelas leis penais, pois os danos não afetam exclusivamente a criança ou o adolescente retratado ou filmado, mas toda a coletividade, que tem interesse na preservação dos valores fundamentais destes seres em formação, entre os quais o da imagem e dos demais direitos conexos, sendo que o objeto jurídico dos crimes dos arts. 240 e 241 não é a liberdade sexual do jovem, mas o seu direito ao livre e sadio desenvolvimento da personalidade infanto-juvenil e a qualidade de vida futura.

Q) No campo da proteção civil da imagem da criança e do adolescente deve-se lutar para a apresentação adequada pelos meios de divulgação. Os meninos e jovens podem participar de exposições públicas, devendo os órgãos de comunicação desempenhar um autocontrole das próprias atividades, agindo de maneira preventiva, dentro dos princípios da ética, cuidando para que eles não sejam tratados de maneira estereotipada, nem sejam exibidos apenas quando relacionados a eventos trágicos, como nas hipóteses de serem autores ou vítimas de delitos.

R) Como sujeitos de direitos da personalidade, as crianças e os adolescentes, na medida do seu amadurecimento, devem exercer por si tais direitos, em razão da sua própria característica, cabendo aos pais, dentro da nova concepção do poder familiar, zelar pela autonomia dos menores, sem descuidar, por outro lado, do dever de cuidar para que isto ocorra sem risco, ameaça ou dano à sua personalidade, sendo que eles continuam a representar ou a assistir os filhos nas relações com terceiros, no tocante à cessão da sua imagem, por ser esta uma atividade protetiva dos seus direitos.

S) Os pais de crianças ou adolescentes que participem de comerciais, novelas, filmes, desfiles de moda, etc, têm a plena disponibilidade dos recursos auferidos pelos filhos até que atinjam dezesseis anos de idade, data a partir da qual, de acordo com o artigo 1.693, II, CC, ficam excluídos do usufruto e da administração todos os valores recebidos no exercício profissional e os bens adquiridos com tais recursos, consolidando-se a emancipação tácita do menor de idade. Em caso de arruinarem ou ameaçarem de ruína dos bens que lhes competem administrar, os genitores poderão sofrer ação de indenização por parte do filho, quando maior, desde que provada a sua culpa, sem prejuízo da ação de suspensão ou destituição do poder familiar, durante o exercício deste.

T) Os contratos de utilização da imagem do menor de idade não podem ser duradouros, devendo respeitar prazo compatível com as freqüentes modificações de estado, ficando a critério do retratado a faculdade da revogação do consentimento dado, quando tiver suficiente discernimento, através de curador, se necessário, ou ao atingir a maioridade, cabendo aos pais, por exemplo, evitar contratos cativos, como o da exposição da *facies* do filho, ainda bebê, nas embalagens de produtos.

U) A imagem da criança e do adolescente também sofre limitações forçadas, como nas hipóteses de notoriedade, de comparecimento a eventos públicos ou de natureza pública, por finalidades didáticas, científicas ou culturais, e por necessidades da justiça ou da polícia, respeitada a identificação para efeito meramente processual, não podendo a mesma ser tornada pública, sob pena de infração aos artigos 143 e 247 do ECA. Em nenhum desses casos poderá ser publicada a imagem da criança com finalidade diversa da legal, pois, em se verificando o propósito ideológico, comercial, etc, deverá ocorrer a devida reparação do ilícito.

V) A responsabilidade civil dos pais por dano à imagem da criança e do adolescente pode ser dividida em dois grupos: i) por ato ilícito ou abusivo do poder familiar de sua parte em

face do próprio filho; e ii) por ato do filho que cause dano a terceiro, pelo qual respondem objetivamente, e de forma principal, nos termos dos arts. 928, 932, I, 933 e 934 do CC.

X) A responsabilidade civil de terceiro por dano à imagem da criança e do adolescente poderá ser de natureza contratual ou extracontratual, ocorrendo a primeira no caso de extrapolação dos limites estipulados em contrato, ao passo que a segunda na hipótese da publicação, da exposição ou da utilização da imagem do menor, sem o devido consentimento, tenha ou não finalidade comercial, exista ou não lucro com o uso da mesma, ou quando feita de modo a atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do retratado.

Y) A lesão ao direito de imagem poderá gerar danos de natureza moral e patrimonial, decorrendo a primeira indenização da singela publicação desautorizada da imagem alheia, independentemente da concorrência de ofensa à reputação do indivíduo fotografado, e a segunda da prova do lucro cessante e dos danos emergentes.

Z) A tutela da imagem da criança e do adolescente deve ser, na medida do possível, de natureza preventiva, a fim de se evitar que a publicação se faça ou que cesse imediatamente a lesão já iniciada, o que se fará por meio da tutela inibitória ou de ações cautelares. Alternativamente, quando já consumado o dano, pela ação indenizatória pelo seu equivalente em pecúnia, dada a natural dificuldade de restabelecimento do *statu quo ante*, podendo ser deferida pelo Juiz a publicação da sentença. A ação civil pública tem sido instrumento poderoso no sentido de coibir a prática abusiva dos meios de comunicação por infração ao direito de imagem dos menores de idade.

APÊNDICE

1. Revistas citadas e suas abreviaturas

APMP Revista

BFDC – Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra

Consulex – Revista Jurídica Consulex

JB – Jurisprudência Brasileira

JTJ-Lex – Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

Justitia

JSTJ – Julgados do Superior Tribunal de Justiça

LEX-STJ

RBDF – Revista Brasileira de Direito de Família – IOB Thompson

RDA – Revista de Direito Administrativo

RDC – Revista de Direito Civil

RDCons. – Revista de Direito do Consumidor

RDM – Revista de Direito Mercantil

RDP – Revista de Direito Privado

RDTJRJ – Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Rep. IOB – Repertório IOB de Jurisprudência

REPRO – Revista de Processo

Revista do Advogado – OAB-SP

Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, nova série.

RF – Revista Forense

RIL – Revista de Informação Legislativa

RJ – Revista Jurídica

RJTJESP – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

RJTJRGS – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

RMPRJ – Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro

RSTJ – Revista do Superior Tribunal de Justiça

RT – Revista dos Tribunais

RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil

2. Sites da internet consultados

<http://www.jus.mendoza.gov.ar/documental/jurisprudencia/consultas>

[http://www.conar.or.br/html/decisões e casos/2004 mar.htm](http://www.conar.or.br/html/decisões_e_casos/2004_mar.htm)

<http://www.camara.gov.br>

www.uol.com.br/aprendiz/n_noticias/criancaatrabalho

www.terra.com.br/cinema/favoritos/tango.htm

www.desaparecidos.mj.gov.br

<http://noticias.uol.com.br/inter/reuters/2004/02/12/ult27u40692.jhtm>

<http://noticias.terra.com.br/brasil/interna>

<http://noticias.uol.com.br>

<http://ofuxico.uol.com.br>

www.senado.gov.br

www.usp.br

www.pucsp.br

www.stf.gov.br

www.stj.gov.br

www.tj.rj.gov.br

www.tj.rs.gov.br

www.tj.sp.gov.br

3. Notícias de jornal em ordem de citação

- Lênin, ainda sem descanso – Destino da múmia do fundador da URSS volta a ser discutido, *O Estado de São Paulo*, 06-10-2005, p. A-18.
- Kurt Eichenwald, *O Estado de São Paulo*, caderno Link, 26-12-2005, “*Webcam abre janela para abuso – com uma câmera instalada no computador, adolescentes se transformam em estrelas pornô caseiras*” e “*Astro e vítima da pornografia online – aos 13, J.B. ganhou uma webcam, mas, em vez de conhecer garotas, caiu na rede de predadores online*”.
- Alexandre Rodrigues e Felipe Werneck, “*Jovem se mata em blitz antipedofilia – rapaz de 17 anos se atirou da janela enquanto PF cumpria mandado de apreensão em operação internacional*”, *O Estado de São Paulo*, 22-02-2006.
- Alexandre Rodrigues, “*Jovem recebia imagens de pedofilia pela internet, diz PF*”, *O Estado de São Paulo*, 23-02-2006, caderno *Metrópole*.
- *O Estado de São Paulo*, 14-12-2005, matéria intitulada *Menina de 10 anos ensina sobre divórcio*.
- O caderno *Mídia e Publicidade*, de 13-02-2003, do jornal *O Estado de São Paulo*, matéria intitulada *Hipoglós quer seu bebê Johnson*.
- Kazuo Inoue, *Justiça tira do ar comercial da Claro. Para juiz, filho chamar o pai de picareta pode induzir as crianças ao desrespeito*, *O Estado de São Paulo*, 13-06-2005.
- César Giobbi, sobre crianças desaparecidas, *O Estado de São Paulo*, Caderno 2, 14-12-2005.
- Rodrigo Moraes, *Armadilha. E relação sexual vai parar na internet*, *O Estado de São Paulo*, 02/07/2005 e *TJ liberta dupla que filmou e divulgou sexo*, mesmo jornal, 07/07/2005.
- Clarissa Thomé, *Humilhando colegas pela internet*, *O Estado de São Paulo*, 10-07-2005.
- MPF cobra explicação da Record – emissora pode ser punida por episódio do *Sônia e você*, *O Estado de São Paulo*, 19 de outubro de 2005, p. D-7.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi, São Paulo: Martins Fontes, 3ª ed., 1999.
- AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem*. Curitiba: Juruá, 1ª ed., 2ª tiragem, 2004.
- ALCKMIN, José Geraldo Rodrigues de. *Repertório de Jurisprudência do Código Civil*. São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., v. II, 1954.
- ALMADA, Ney de Mello. *Direito de família*. São Paulo: Brasiliense, v. 2, s/data.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALPA, Guido. *La disciplina dei dati personali*. Formello: SEAM, 1998.
- AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 6ª ed., 2005.
- AMORIM, José Roberto Neves. Direito sobre a história da própria vida. RT, v. 749, 1998.
- AMORIM, Sebastião Luiz. *Direito à própria imagem*. Justitia, ano 41, v. 107, 1979.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- _____. O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios da efetivação constitucional. *Revista do Advogado*, n.º 73, 11/2003.
- AUVRET, Patrick. Protection civile de la personnalité, *Droit de la presse*. Trad. Maria Tereza Xavier Moreira, Paris: Éditions Litec, 1999.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, RT, v. 797, 2002.
- BARASSI, Lodovico. *Istituzioni di Diritto Civile*. Milão: Giuffrè, 1948.
- BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, Tradução Artur Morão, 1995.

BAVIERA, Ignazio. *Diritto minorile: la legge e il giudice per i minorenni*. Milão: Giuffrè, 1957.

BECOURT, Daniel. *Image et vie privée*. Paris: L'Harmattan, 2004.

BELLANTONI, Domenico. *Lesione dei diritti della persona*. Padova: CEDAM, 2000.

BELLUSCIO, Augusto C. Daños causados por la publicación de noticias, *Derechos de daños*. Org. Félix A. Trigo Represas e Rubén S. Stiglitz, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1996

BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, v. III, 1955.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito à imagem. *Revista de Direito Civil*, v. 10, 1979.

_____. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: RT, 3ª ed., 1997.

BITTAR, Carlos Alberto e BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: RT, 1993.

BITTAR, Eduardo C. B. e CHINELATO, Silmara Juny. *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 12.

_____. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro, *Revista de Direito Civil*, v. 78, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONJARDIM, Estela Cristina. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CAHALI, Yussef Said (coord.). *Responsabilidade civil dos pais, in Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 1995.

_____. *Nós: estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.

CAMPOS, Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia. Direito à imagem na propaganda. *Revista de Direito Civil*, v. 41, 1987.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M. *“Reality shows” e liberdade de programação*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

CARLSSON, Ulla e FEILITZEN, Cecília Von (Orgs.). *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo e Maria Elizabeth Sato Matar, São Paulo: Cortez, 2002.

CASTRO, Catarina Sarmento e. *Direito da informática, privacidade e danos pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade em Colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAVALCANTI, Teófilo. Direito à própria imagem. *Revista de Direito Civil*, v. 2, 1977.

CHAVES, Antônio (Org.). *Direitos da personalidade – estado atual da matéria no Brasil*, em *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: RT, 1979

_____. Direito à imagem e direito à fisionomia. *RT*, v. 620, 1987.

_____. Responsabilidade civil em matéria de fotografias, *Revista de Direito Mercantil*, v. 75, 1989.

CLEMENTE, Agostino (Org.). *Privacy*. Padova: CEDAM, 1999.

CIONTI, Ferdinando. *Alle origini del diritto all’immagine*. Milão: Giuffrè, 1998.

_____. *La nascita Del diritto sull’immagine*. Milão: Giuffrè, 2000.

Code Civil Dalloz. Paris, 104ª ed., 2005.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, v. 1, t. III, 2004.

CORTE, Hélio Armond Werneck, Revelia, confissão e transigência, *RT*, v. 471, 1975.

COSTA, Maria Josefa Mendez. *Bienes de los hijos menores: administracion, disposicion, usufructo*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni S. C. C., 1987.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal de intimidade*. São Paulo: RT, 2ª ed., 1995.

CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros Editores, 7ª ed., 2005.

DABIN, Jean. *El Derecho Subjetivo*. Trad. Francisco Javier Osset, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/ano.

DEBRAY, Régis. *Vida e morte da imagem: uma história do olhar no ocidente*. Petrópolis: Vozes, Trad. Guilherme Teixeira, 1993.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milão: Giuffrè, t. II, 1961.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara e OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2006.

DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jonas Figueiredo (orgs.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, v. 1.

_____. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, v. 5.

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

DINIZ, Maria Helena e LISBOA, Roberto Senise. *Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Anotações de aula no curso Direitos da personalidade: questões polêmicas*. São Paulo: PUC-SP, 1997

_____. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2005.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1: teoria geral do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 22ª ed., 2005.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7: Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 19ª ed., 2005.

_____. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2002.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, v. 5, 3ª ed., 1999.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Os direitos da personalidade e a liberdade de informação, *Revista Forense*, v. 363, 2002.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. RT, 1980.

DREYER, Emmanuel, L'image de la personne, *in Droit de la presse*, trad. Maria Tereza Xavier Moreira, Litec, 1999.

DUSI, Bartolomeo. *Scritti Giuridici*. Torino: G. Giappichelli, v. 1 e 2, 1956.

DUVAL, Hermano. *A publicidade e a lei*. São Paulo: RT, 1975.

_____. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Direitos autorais nas invenções modernas*. Rio de Janeiro: Andes, 1954.

_____. *Violações dos direitos autorais*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990)*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2004.

_____. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 7ª ed., 1996.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Liberdade e pornografia, *APMP Revista*, n. 25, 1999.

FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Crimes contra a criança e o adolescente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Direito à própria imagem. *Revista de Direito Civil*, ano 15, v. 55, 1991.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais. *Revista do Advogado*, n. 38, 1992.

GARCIA, Enéas Costa. *O direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. Tese de doutorado – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP, sob orientação de Antonio Junqueira de Azevedo, 2005.

_____. *Responsabilidade civil dos meios de comunicação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GARNICA, Maria Del Carmen García. *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004.

GHERSI, Carlos Alberto. *Análisis socioeconómico de los derechos personalísimos*. Buenos Aires: Cátedra Jurídica, 1ª ed., 2005.

GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor versus propaganda*. São Paulo: Summus, 1991.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

GONZÁLEZ, Manuel Gitrama. Imagen (derecho a la propia), *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona: Editorial Francisco Seix, t. XI, 1962.

GUERRERO, Manuel Medina. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: RT, 2001.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 2ª ed., 1986.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2000.

_____. Limitações ao direito à própria imagem no novo Código Civil. *Questões controvertidas no novo Código Civil – org. Márcio Luiz Delgado e Jonas Figueiredo Alves*. São Paulo: Ed. Método, 2003.

JESUS, Damásio E. de, e SMANIO, Gianpaolo Poggio. Internet: cenas de sexo explícito envolvendo menores e adolescentes – aspectos civis e penais. *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1ª quinzena de fevereiro de 1997 – n.º 3, caderno 3.

KOHLER, Josef. *A própria imagem no Direito*. Trad. Walter Moraes, *Justitia*, ano 34, v. 79, 1972.

KONTERLLNIK, Irene e OLDRÁ, Maria Teresa. *Comentário al proceso de reforma legislativa en la provincia de Mendonza, in Infancia, ley e democracia en América Latina*, Org. Emílio Garcia Méndez e Mary Beloff, Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil – parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Caracas: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia*. Coimbra: Almedina, 2004.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 7ª ed., 2003.

LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. São Paulo: RT, 2ª ed., rev. e atual. por Nelson Nery Júnior, 2000.

LIMA, Arnaldo Siqueira de e TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. Prostituição e exploração sexual de crianças e adolescentes – reflexões e mecanismos de repressão pelo Estado, *Revista Jurídica Consulex*, n. 177, 2004.

LIGUORI, Bruno. *Commentario del Codice Civile*. Torino: UTET, livro I, t. I, s/ data.

LISBOA, Roberto Senise. O dano moral e os direitos da criança e do adolescente, *Revista de Informação Legislativa*, v. 118, 1993.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Ação civil pública e a tutela de interesse difuso da infância: proteção da imagem e dos direitos da personalidade – programas de televisão, *Revista de Processo*. São Paulo, v. 92.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral*, São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

MACHADO, Flávia Maria Palavéri. Direito à imagem. *Revista de Direito Privado*, RT, v. 2, 2000.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*. Modena: STEM-Mucchi, 1968.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas no Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARZOCHI, Marcelo de Luca. Pornografia na internet, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 233, 2003.

MÉNDEZ, Emilio García e BELOFF, Mary (Orgs.). *Infância, ley y democracia em América latina*. Santafé de Bogotá – Buenos Aires: Editorial Temis – Ediciones Depalma, 1998.

MESSINETTI, Davide. Personalità (diritti della), *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1983.

MICELI, Vincenzo. *La personalità nella filosofia del diritto*. Milão: Società Editrice Libreria, 1922.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 2ª ed., t. VII, 1956.

MOMBERGER, Noemí Friske. *A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições*. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Gustavo Ferraz de Campos MONACO, e CAMPOS, Maria Luiza Ferraz de. O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder familiar, *Revista Brasileira de Direito de Família*, IOB Thomson, n. 32, 2005.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem (I). São Paulo: RT, v. 443, 1971.

_____. Direito à própria imagem (II). São Paulo: RT, v. 444, 1972.

MOREIRA, Alberto Camiña. et alii. *Nova reforma Processual Civil: comentada*. São Paulo: Método, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do direito, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 13, 2003.

_____. Pedofilia na Internet e o Estatuto da Criança e do Adolescente, *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, v. 15, 2002.

MURITIBA, Sérgio Silva. Tutela inibitória e os direitos da personalidade, *in Revista de Processo*, v. 122, 2005.

NEIRINCK, Claire. *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1984.

NERY JR., Nelson e MACHADO, Martha de Toledo. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípios da especialidade e de intertemporal*. *Revista de Direito Privado*, v. 12, 2002.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2ª ed., 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: RT, v. 777, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial – proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

PASTORELLI, Ivanéa Maria. *Manual de imprensa e de mídia do Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Orange Star, 2001.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. RT, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Tânia da Silva. O 'melhor interesse da criança', in *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco, 3ª ed. rev. e ampli. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. Os direitos da personalidade no Código Civil de Macau. Coimbra: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. LXXVI, 2000.

PINTO, Paulo Mota, Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, *Revista Jurídica*, v. 314, 2003.

PRADA, Vicente Herce de la. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Barcelona: Bosch, 1994.

RAMOS, André de Carvalho. Ação civil pública e o dano moral coletivo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 25.

RAVANAS, Jacques. *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*. Paris: Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1978.

REALE, Miguel. Os direitos da personalidade, *O Estado de São Paulo*, 17-01-2004, p. A-2.

REIS, Selma Negrão Pereira dos (coord.) et alii. *Questões de Direito Civil e o Novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

RIPERT, Georges. *O regime democrático e o Direito Civil moderno*. Trad. J. Cortezão, São Paulo: Saraiva, 1937.

ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. *O pátrio poder*. Rio de Janeiro: Tupã Editora, 1960.

RSTON, Sérgio Martins. Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, nova série, v. 14, 2004.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Trad. Ary dos Santos, São Paulo: Saraiva, 3ª ed., v. 1, 1971.

SAHM, Regina. *Direito à imagem no Direito Civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Direito à imagem, à vida e à privacidade*. Belém: Cejup, 1994.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Lejus, 2. ed., 1999.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 4ª ed., 1950.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil*, São Paulo, Saraiva, 1999

SANTOS, Newton Paulo Teixeira dos. *A fotografia e o direito do autor*. São Paulo: Leud, 2ª ed., 1990.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: RT, 1994.

SARTRE, Jean Paul. *A imaginação*. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes, 8ª ed., Bertrand Brasil, 1989.

SCHULTZ, Roberto. *O publicitário legal: alguns toques, sem juridiquês, sobre o direito da publicidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

SHIMURA, Sérgio e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Método, 2ª ed., 2005.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2ª ed., 2003.

SILVA, José Luiz Mônaco da. *Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários*. São Paulo: RT, 1994.

SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

SOBRINHO, Mário Sérgio. *A identificação criminal*. São Paulo: RT, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. O poder familiar como cuidado parental e os direitos da criança, *Cuidar da justiça de crianças e jovens – a função dos Juízes sociais – actas do encontro*. Coimbra: Almedina, 2003.

SOUSA, António Pais de; MATIAS, Carlos Frias de Oliveira. *Da incapacidade jurídica dos menores, interditos e inabilitados*. Coimbra: Almedina, 2ª ed., 1983.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 13, 2003.

STANZIONE, Pasquale. *Capacità e minore età nella problemática della persona umana*. Camerino: Jovene Editore, 1975.

STOCO, Rui. *Competência da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Proteção da imagem versus liberdade de informação. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 3, n.º 2, 2002.

_____. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 6. ed., 2004.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. O poder familiar no novo Código Civil, *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 02, v. III, 2003.

SUEIRO, Maria E. Rovira. *El derecho a la propia imagen*. Granada: Editorial Comares, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed., 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. et alii. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOBEÑAS, Jose Castan. *Derecho Civil Español, común y foral*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 10ª ed., 1963.

VAZQUEZ, Jose Maria Castan. *La patria potestad*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1960.

VERCELLONE, Paolo. *Il diritto sul proprio ritratto*. Torino: UTET, 1959.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Pedofilia: atentado contra a dignidade da criança e do adolescente, *Revista Jurídica Consulex*, n. 187, 2004.

ZIVIS, Patrizia. *La tutela risarcitoria della persona: danno morale e danno esistenziale*. Milão: Giuffrè, 1999.