

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ILTON GARCIA DA COSTA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa ; Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-061-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O I Evento Virtual do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa que ocorreu nos dias 24, 25, 26 27, 29 e 30 de junho de 2020, cujo tema foi: CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum ao mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Ilton Garcia Da Costa foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1 - POSSÍVEIS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO A PARTIR DA LEI Nº 13.467/17.

2 - PERSPECTIVAS DO DIREITO DE REUNIÃO E MANIFESTAÇÃO ANTE AS JORNADAS DE JUNHO

3 - NOVOS DIREITOS E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO OLHAR CRÍTICO DE ENRIQUE DUSSEL

4 - O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL (ECI) NA REALIDADE BRASILEIRA: VIOLAÇÕES SISTÊMICAS E FALHAS NA SAÚDE.

5 - O HABEAS DATA COMO TUTELA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

6 - O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO ÀS DECISÕES SURPRESA: SERÁ QUE OS TRIBUNAIS BRASILEIROS SURPREENDEM?

7 - O DIREITO À HONRA POST MORTEM: LIMITAÇÕES E AVANÇOS NO DIREITO BRASILEIRO A LUZ DA GESTÃO DE CONFLITOS

8 - DIREITO AO ESQUECIMENTO: O PANORAMA EUROPEU E O SEU RECONHECIMENTO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

9 - LEI DE DEUS E LEI DOS HOMENS: EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DEVER CRISTÃO.

10 - INTERVENÇÃO ESTATAL E A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO MENOR NA CESSÃO DO DIREITO DE IMAGEM – UMA ANÁLISE A PARTIR DA DICOTOMIA LIBERDADE VERSUS PROTEÇÃO

11 - ALGUMAS QUESTÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A DEFESA DA SEGURANÇA NACIONAL NO BRASIL

12 - DA EVOLUÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

13 - DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE VERSUS SEGURANÇA PÚBLICA: PONDERAÇÃO DE VALORES E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO SOLUÇÃO PARA O CONFLITO

14 - A ESCUTA PROTEGIDA COMO FERRAMENTA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL

15 - DEMOCRATIZAÇÃO E PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ERA TECNOLÓGICA – ANÁLISE DOS SITES VOTENAWEB E E-DEMOCRACIA

16 - A ORTOTANÁSIA COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

17 - A LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

18 - A BIOGRAFIA NÃO AUTORIZADA DE SUZANE VON RICHTHOFEN: UMA ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

19 - O RECONHECIMENTO DA INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL

20 - PRIMAZIA DO VALOR DA DIGNIDADE HUMANA FRENTE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUANDO DA SUA COLISÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar do grupo de trabalho e da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa - UENP

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**INTERVENÇÃO ESTATAL E A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO MENOR NA
CESSÃO DO DIREITO DE IMAGEM – UMA ANÁLISE A PARTIR DA
DICOTOMIA LIBERDADE VERSUS PROTEÇÃO**

**STATE INTERVENTION AND THE PROTECTION OF THE MINOR'S
INTERESTS IN THE CESSION OF IMAGE LAW - AN ANALYSIS FROM THE
DICHOTOMY FREEDOM VERSUS PROTECTION**

**Luciana Abrahão Reis e Souza
Lucas Salles Moreira Rocha**

Resumo

A criança e o adolescente merecem proteção do Estado e da sociedade por serem pessoas em formação e desenvolvimento. Para tal proteção é necessário observar os direitos fundamentais garantidos na Constituição, bem como a proteção dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Os direitos da personalidade, enquadrados no âmbito dos direitos fundamentais, são indisponíveis, contudo há uma exceção a essa regra. É o caso da cessão do direito de imagem do menor. Assim, pelo método jurídico dogmático, burcar-se-á sugerir um equilíbrio entre interferência estatal e os interesses da criança e do adolescente, garantindo-lhes o livre desenvolvimento da personalidade.

Palavras-chave: Criança e adolescente, Direitos da personalidade, Direito de imagem, Proteção estatal

Abstract/Resumen/Résumé

Children and adolescents deserve State and society protection as they are people in development. It is necessary to observe the fundamental rights guaranteed in the Constitution, as well as the protection given by the Statute of the Child and the Adolescent. The rights of personality within the framework of fundamental rights are inalienable, however there are exceptions to these rules, as of the right of image of the minor. Through the dogmatic juridical method, this article will suggest a balance between state interference and the interests of the child and the adolescent, guaranteeing them a free development of the personality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Child and teenager, Personality rights, Image rights, State protection

1 INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade visam à proteção da dignidade humana, pela tutela de atributos que emanam da personalidade e são inatos aos seres humanos, tais como, o direito à imagem, à honra, à intimidade, dentre outros.

O presente artigo, por meio da metodologia jurídico dogmática, analisou o surgimento dos direitos da personalidade, como as primeiras legislações estrangeiras e brasileira sobre o tema, tratando com maior enfoque o direito à imagem e, a partir daí, objetivou analisar a cessão desse direito na participação da criança e do adolescente em apresentações públicas.

Tutelados pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como cediço, os menores possuem proteção pelos princípios jurídicos que lhes garante a busca pelo melhor interesse em sua formação e proteção integral, dada a sua vulnerabilidade e seu estado de desenvolvimento da personalidade.

Desenvolveu-se então uma análise crítica a partir da dicotomia Liberdade *versus* Proteção, cujo marco teórico é a decisão proferida pela juíza Ana Maria de Farias Borba Lima e Silva, da vara da infância e juventude da comarca de Recife/PE que, em decorrência de uma fiscalização realizada por meio da equipe de Agentes de Proteção da Infância e Juventude daquela localidade, autuou os produtores de um evento, proibindo a apresentação do show de uma menor, devidamente representada, por não cumprir uma das exigências estabelecidas pela portaria nº 004/2013, da Vara Regional da Infância e Juventude da 1ª Circunscrição Judiciária-TJPE, homologada pelo Conselho da Magistratura em 19 de abril de 2013, qual seja, estar matriculada na escola.

A autuação foi encaminhada ao Ministério Público que abrirá um procedimento processual contra os autuados.

Surgiram assim, alguns questionamentos como: até que ponto pode haver a intervenção pública na vida privada, de forma a reprimir o indivíduo em suas escolhas particulares? Deve a figura protetiva do estado se sobrepor à vontade do indivíduo? O menor, próximo à emancipação, não teria o direito de escolher o seu futuro, tendo em vista que no caso concreto garante o sustento de sua família, por meio da sua carreira de cantor (a)?

Todas essas perguntas são reveladoras do tema escolhido, bem como o seu aspecto atual e contemporâneo, extraindo-se a relevância do estudo sobre a intervenção estatal e a proteção dos interesses do menor, face ao direito de imagem.

2 O DIREITO DE IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Foi sob a égide da doutrina alemã e posteriormente da doutrina suíça, que surgiram as primeiras regras gerais sobre os direitos da personalidade. No código civil alemão de 1896, reconheceu-se o direito ao nome, e à obrigação de reparação ao atentado contra pessoa. Alguns anos depois o código suíço também contemplou o direito ao nome e a indenização decorrente do mal uso por terceiros, trazendo como irrenunciável o direito à liberdade para proteção da personalidade. Na Espanha, o código de 1902 também consagrou a indenização por tais danos, e por meio de lei fundamental impôs o respeito à liberdade e à dignidade humana. (BITTAR, 2015).

Em termos de legislação específica sobre o tema, as primeiras foram a belga, de 1886 e a romena, de 1895, que trataram sobre o direito ao nome e o direito autoral. (BITTAR, 2015).

Analizados os principais marcos históricos, deve-se ter em mente que os direitos da personalidade têm sua construção muito voltada para os tribunais e jurisprudências, por terem que se adaptar constantemente às situações novas a que os cidadãos são submetidos, e se contextualizarem de acordo com cada caso em que se vêm aplicados. Todavia, sua função no ordenamento jurídico será sempre a mesma: a proteção dos elementos constitutivos da personalidade humana.

A tutela dos atributos da personalidade, embora possa ser conhecida por enfoques diferentes, a depender da esfera nacional ou internacional, por exemplo, possui uma característica que lhe é peculiar, qual seja; a proteção à dignidade humana, como bem exposto pelo doutrinador Anderson Shreiber:

A ampla variedade de termos não deve gerar confusões. Todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão *direitos humanos* é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa constituição de um determinado Estado” (FARIAS, 2000). É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão *direitos da personalidade* é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional. (SCHREIBER, 2013)

Assim, aos direitos da personalidade foi dado um capítulo especial no CC/02, correspondente aos artigos 11 a 21, que merecerem aqui serem transcritos, observados os mais importantes para o presente estudo.

Dispõe o artigo 11 do CC/02 que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

O artigo 12 por sua vez, trata dos casos de indenização na eventualidade de privação desse direito; “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.”

Já o artigo 17, cuida da exposição da pessoa, ao dispor que “O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.”

E por fim, o artigo 21 que visa proteger a vida privada da pessoa natural, dispondo ser “inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Referidos artigos devem ser interpretados de forma não taxativa, já que foram contemplados como direitos da personalidade, o direito ao corpo, ao nome, à honra, à imagem e à privacidade, tão somente.

Como caracteres essenciais ao direito da personalidade, extraídos dos citados dispositivos de lei, tem-se a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que se traduzem na indisponibilidade dos Direitos da Personalidade.

A intransmissibilidade, exposta no art. 11, do CC/02, trata da não alienabilidade dos direitos da personalidade, seja em vida, ou *post mortem*. Ou seja, o direito à imagem, à honra, e os demais direitos, são exclusivos a quem o pertence, desde o seu nascimento e, inclusive, após a sua morte. Neste último caso, os legitimados a pleitearem qualquer indenização, inibição, e interrupção, em virtude de descumprimento e afronta a esses direitos, será o cônjuge sobrevivente, qualquer parente em linha reta, ou colateral até quarto grau (CC/02, Artigo 12, § único).

A respeito da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, o cerne característico é similar à intransmissibilidade, não podendo o titular do direito, dele dispor. Todavia, quanto a essa característica, fala-se da renunciabilidade temporária dos direitos, como por exemplo, o direito à imagem. As situações mais comuns são os reality shows, em que os participantes, por tempo determinado, renunciam ao seu direito de imagem e privacidade. Nos dias de hoje, a exposição nas redes sociais tem configurando, mesmo que indiretamente, uma renúncia a esses direitos.

Todavia, o art. 11 do CC/02, vedou o exercício de tais direitos sofrerem limitação voluntária. Ou seja, o titular do direito, não pode dele se dispor voluntariamente, embora a esse deveria ser dada a autonomia de decidir sobre os seus direitos inatos. Neste enfoque temos por certo que a aplicação da lei, deve se dar com certo zelo, como doutrinou Anderson Schreiber sobre o assunto:

Na prática a distinção não é nada simples. Exige do jurista extrema sensibilidade e redobrada cautela. Para analisar a legitimidade das autolimitações ao exercício dos direitos da personalidade, não há fórmula matemática, mas há alguns aspectos que devem ser levados necessariamente em conta. Em primeiro lugar é de se examinar sua duração e alcance. Qualquer autolimitação de caráter irrestrito ou permanente não deve ser admitida, por se equiparar à renúncia. Assim, a ordem jurídica admite que alguém assine um contrato para autorizar a veiculação de sua imagem em determinada campanha comercial, mas não consideraria válido o ajuste por meio do qual a mesma pessoa autorizasse o uso de sua imagem “em qualquer publicidade”, “para sempre”, “de qualquer modo” ou “para qualquer fim”. (SCHREIBER, 2013).

Neste contexto, a I Jornada de Direito Civil, em seu Enunciado 4º, fazendo uma interpretação mais liberal, buscou a proteção dos direitos do indivíduo face ao poder paternalista do estado, ao dispor que “ O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntárias, desde que não seja permanente nem geral.”, devendo prevalecer portanto o interesse do titular do direito.

Exemplo clássico e muito comentado sobre a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, foi o caso do arremesso de anões ocorrido na França em 1992, em uma casa noturna onde os clientes podiam participar de competições de arremesso de anão, cujo o vencedor era aquele que atingia maior longitude no arremesso.

Portador de deficiência física, o ananismo, Manuel Wackenheim perdeu o direito de trabalhar como arremessado, sua única fonte de renda, sob a justificativa de que a prática não respeitava o princípio da dignidade humana, sendo portanto contrária à ordem pública, o que o fez levar o caso até à Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que manteve a decisão por entenderem que o banimento do arremesso de anões não se tratava de discriminação, mas sim de necessidade de manutenção da ordem pública¹. Para Manuel Wackenheim, que supostamente teve o seu direito único, extrínseco, inato, limitado pela interferência do estado, achou a decisão discriminatória, o privando do seu direito de trabalhar, sendo essa uma questão polêmica nas esferas nacionais e internacionais, já que percebe-se uma ausência de critérios a guiar o controle de limitações voluntárias ao exercício dos direitos da personalidade e sua renunciabilidade.

¹ ONU mantém proibição francesa a "lançamento de anões". Disponível em <https://noticias.uol.com.br/inter/reuters/2002/09/27/ult27u26540>. - Acesso em 02 de setembro de 2018.

Por fim, quanto à característica de indisponibilidade dos direitos da personalidade, tem-se que essa não se desassocia das características supracitadas, pelo contrário, se complementam, sendo essa uma tradução da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade. Mas o ponto principal de tal característica, está na impossibilidade de mudança do titular de determinado direito, já que, nem por vontade própria, seria possível uma pessoa deixar de ser titular de seu direito, remetendo-se assim à ideia do direito *personalíssimo*.

Para Gagliano e Pamplona Filho, indisponibilidade está no fato de que o direito da personalidade não pode mudar de titular nem por vontade própria, atingindo assim um patamar diferenciado dentro do direito privado, cuja regra é a disponibilidade dos direitos (GANGLIANO, 2018, PAMPLONA FILHO, 2018).

Sendo essas as três características elencadas pelo CC/02, a respeito dos direitos da personalidade, Maria Helena Diniz e Silvio Venosa acrescentaram outras características a esses direitos que devem ser observadas:

Os direitos da personalidade possuem seguintes características: (a) são inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade; (b) são vitalícios, perenes ou perpétuos, porque perduram por toda a vida. Alguns se refletem até mesmo após a morte da pessoa. Pela mesma razão são imprescritíveis porque perduram enquanto perdurar a personalidade, isto é, a vida humana. Na verdade, transcendem a própria vida, pois são protegidos também após o falecimento; são também imprescritíveis; (c) são inalienáveis, ou, mais propriamente, relativamente indisponíveis, porque, em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato; (d) são absolutos, no sentido de que podem ser opostos erga omnes. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos subjetivos de natureza privada. (VENOSA, 2017).

Assim, tecidas as principais considerações sobre os direitos da personalidade, passamos à análise do direito de imagem.

O direito de imagem no Brasil, nasceu a partir do direito autoral, tendo como marco teórico a Lei nº 496/1898, conhecida como a Lei Medeiros e Albuquerque, em homenagem ao deputado federal responsável pela sua criação.²

Quase um século depois, o direito de imagem foi recepcionado pela CR/88, que, assegurou, em seu art. 5º, incisos V, X e XXVIII a proteção constitucional ao direito de imagem, respectivamente à imagem -moral, imagem-retrato e a imagem como direito do autor.

Para Luiz Alberto David Araújo, a CR/88 elevou o direito de imagem à categoria de um bem assegurado e garantido constitucional e expressamente ao cidadão. (ARAUJO, 1996).

² 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.

O direito de imagem, além de ser um direito da personalidade, possui uma natureza mista, configurando-se também como um direito patrimonial, face à exploração do conteúdo econômico que a imagem pode gerar, afirma David de Festas. (FESTAS, 2009).

Há outra parte da doutrina que entende que o direito de imagem possui como característica, ser não patrimonial. Para Adriano de Cupis, embora da lesão a um direito da personalidade, possa surgir uma indenização de direito patrimonial, não se pode alterar o caráter não patrimonial do direito da personalidade. (DE CUPIS, 1961)

Embora seja um direito da personalidade autônomo, comumente é o caminho para que outros direitos sejam violados, como a privacidade e a honra.

Importante é a lição trazida por Carlos Alberto Bittar, sobre o direito à imagem;

Reveste-se de todas as características comuns aos direitos da personalidade. Destaca-se, no entanto, dos demais, pelo aspecto da disponibilidade, que, com respeito a esse direito, assume dimensões de relevo, em função da prática consagrada de uso da imagem humana em publicidade, para efeito de divulgação de entidades, de produtos ou serviços postos à disposição do público consumidor.

Essa disponibilidade permite ao titular extrair proveito econômico do uso de sua imagem, ou de seus componentes, mediante contratos próprios, firmados com os interessados, em que autorizam a prévia fixação do bem almejado (figura, efígie, silhueta, rosto, perfil; ou partes: como os olhos, as pernas, os seios, as cinturas, as nádegas). (BITTAR, 2015)

Ainda segundo este autor, o meio pelo qual poderá ocorrer a cessão do direito de imagem, tornando-a disponível a terceiros, são os contratos de licença ou de concessão de uso, instrumentos pela qual deverá se dar todas as informações a respeito do uso da imagem, como “o direito objetivado, fim, prazo, condições, formas de exposição, inclusive a remuneração: possibilidade de renovação e outras.” (BITTAR, 2015) Todavia, como dito anteriormente, essa disposição a terceiro deve ocorrer de maneira restritiva, jamais extensiva, por se tratar de um direito absoluto do cidadão.

Como efeito da era digital, constata-se um aumento considerável do uso indevido da imagem das pessoas e sua rápida propagação, crescendo a cada dia o número de casos que chegam aos tribunais superiores para decidir sobre a violação do uso da imagem em consonância com a ausência de autorização para tal.

Hermano Durval, fez importante consideração sobre o tema, ao dizer que a jurisprudência tem forçadamente contribuído com o rápido desenvolvimento do direito de imagem, já que os Tribunais têm sido obrigados a legislarem a fim de conterem os abusos

advindos da rápida propagação do uso da imagem, como forma de comunicação social.³ (DURVAL, 1988).

A exemplo o STJ editou a súm. 403, que anuncia: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”

Nestes termos, concluída a análise sobre os direitos da personalidade, em especial o direito de imagem, passamos à análise da cessão desse direito.

3 A CESSÃO DO DIREITO DE IMAGEM NO BRASIL

Como visto no tópico acima, o direito de imagem é um direito disponível. Assim, aquele que momentaneamente dispõe de sua imagem, autorizando a sua utilização, deve fazê-lo de maneira expressa, já que não se pode presumir autorização de um direito personalíssimo, independente da natureza da exposição, seja vexatória ou não, lucrativa ou não.

O uso da imagem do cidadão deve observar não só a existência de autorização expressa, mas também, os limites contratuais impostos.

Todavia, à pessoa notória deve-se dar um tratamento um pouco diferenciado ao das pessoas comuns, tendo em vista o reconhecimento e a fama por elas alcançadas à exceção das imagens relativas à esfera íntima da pessoa e sua vida privada, que devem ser protegidas. (JABUR, 2000)

Outro caso que deve ser tratado de maneira diferente, podendo ser considerado uma exceção ao consentimento expresso, são as hipóteses previstas taxativamente no art. 20 do CC/02, ao trazer a possibilidade de utilização da imagem de um cidadão sem o seu consentimento, em virtude do interesse público coletivo, já que existem casos que a imagem se torna necessária à administração da justiça e à manutenção da ordem pública.

Com relação à cessão do direito de imagem do menor, foco do presente trabalho, observam-se outros liames, como a proteção dada pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O art. 6º da lei em comento, dispõe que a criança e o adolescente devem ser tratados em condições peculiares, como pessoas em desenvolvimento, e a eles deve ser dada a proteção integral (art.1º). O art. 5º em complemento, protegeu a exploração infantil, ao dispor que

³Sobre 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.

nenhuma criança ou adolescente deve ser objeto de qualquer forma de exploração, tendo em vista a preservação de seus direitos fundamentais.

O ECA também reconheceu de maneira expressa o direito de imagem, reforçando a ideia de inviolabilidade dos direitos da personalidade, como a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, como dispõe o art. 17.

A Constituição em seu art. 6º, por sua vez, expressamente recepcionou o Estatuto, ao também assegurar como direito social, a proteção à infância. O art. 227 da Constituição repetido pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, também assegurou a proteção integral às crianças e aos jovens, garantindo-lhes proteção aos direitos fundamentais, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Quanto à cessão do direito de imagem do menor, primeiramente deve-se observar as regras previstas no art. 1.634, V e art. 1.690 do CC/02. Segundo esses dispositivos legais, a representação e a assistência por um maior de idade, nos atos jurídicos praticados por terceiros interessados no uso da imagem, suprem a incapacidade de exercício do menor.

Deve-se ter em mente que embora o Código Civil fixe a incapacidade absoluta para o menor com idade inferior a 16 anos e a incapacidade relativa, o menor com idade entre 16 e 18 anos, o ECA estabelece que criança é aquela pessoa com até 12 anos de idade incompletos, e adolescente a pessoa entre 12 e 18 anos de idade (artigo 2º).

Do referido Estatuto bem como da Constituição, extraem-se os princípios que regem as relações envolvendo o menor, sendo eles, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da proteção integral.

Por meio do princípio do melhor interesse da criança, invoca-se o art. 28, §1º, do ECA, que dispõe que “sempre que possível, a criança ou o adolescente deverá ser previamente ouvido e sua opinião devidamente considerada”. Os artigos 4º, 6º, 22, 45, parágrafo 2º e 161, parágrafo 2º do Estatuto, também o incorporaram.

Referido princípio é tratado como cláusula geral dos direitos da criança e do adolescente, já que pela sua flexibilidade, confere amplos poderes ao Juiz para, atendendo as particularidades do caso concreto, solucionar as lides da forma mais conveniente aos interesses supremos da criança ou do adolescente. (JÚNIOR, 2006)

Pelo princípio da proteção integral, tem-se o art. 227 da Constituição como marco legal, estabelecendo como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à

educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Referido princípio é indispensável para o pleno desenvolvimento da personalidade do menor, bem como para a preservação de ameaça ou violação aos seus direitos fundamentais, previstos no artigo 4º, do ECA. (JÚNIOR, 2006)

Finda a análise geral e principiológica sobre a cessão de imagem do menor prevista no Estatuto e na Constituição, na prática, deve-se analisar também as portarias municipais e estaduais sobre o tema.

O art. 149, inciso I, alínea *e*, e inciso II, do ECA, declara competir à autoridade judiciária disciplinar através de portaria, ou autorizar, mediante alvará, a entrada e permanência de crianças e adolescentes desacompanhadas dos pais, em estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão, e a participação dessas em espetáculos públicos e seus ensaios, bem como em certames de beleza, cujo a autorização judicial, é indispensável, independentemente da companhia dos genitores ou responsáveis ao local do evento.

No estado de Minas Gerais por exemplo, encontra-se em vigor a portaria nº 002/08, elaborada pelo Juiz de Direito da Vara Cível da Infância e da Juventude da Comarca de Belo Horizonte, que em seus 46 artigos, distribuídos em 12 páginas, disciplina detalhadamente sobre o modo uniforme de procedimento para o requerimento de autorização judicial para participação de menores em eventos públicos, especificando os requisitos do pedido, indicando os documentos que devem acompanhar o pedido e fixando prazos e outras condições gerais.

A portaria separou ainda, um capítulo específico sobre autorização com relação aos direitos personalíssimos da criança e do adolescente, como o direito de imagem. Ao final, no último artigo, dita todos os órgãos públicos e associações que devem receber a portaria e por ela se orientarem.

Seguindo esta linha de entendimento, o STJ vem firmando jurisprudência no sentido de que o dano moral pelo uso não autorizado da imagem de menor dispensa a demonstração de prejuízo, por se tratar de dano presumido, conforme se infere da decisão proferida pelo Ministro Marco Buzzi no AgInt no AREsp nº 864682 - MS:

RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR R.M. I. DE R. E T. LTDA - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. EMPRESA JORNALÍSTICA. PUBLICAÇÃO DE ENTREVISTA COM MENOR DE IDADE. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO REPRESENTANTE LEGAL. ENTREVISTA EM MOMENTO DE PROFUNDA ANGÚSTIA DO MENOR. DANO MORAL PURO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. VALOR MAJORADO NO APELO ADESIVO. RECURSO DESPROVIDO. A publicação de imagem de menor, sem autorização do representante legal, em momento de profunda

angústia do infante, após agressões físicas do pai, mostra-se desnecessária, extrapolando o direito à informação e violando o direito de imagem. Caracterizada a ofensa à imagem, à reputação, à honra ou à dignidade do indivíduo, é devida indenização por danos morais. O dano moral pelo uso não autorizado da imagem de menor dispensa a demonstração de prejuízo, por se tratar de dano presumido. Jurisprudência pacífica no STJ. DJ de 31/03/2016.

No mesmo sentido, foi a decisão proferida pelo Ministro Raul Araújo, no AREsp nº 483683 - RJ:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. USO NÃO AUTORIZADO DE IMAGEM. BLOG. INTERNET. DANO MATERIAL E MORAL. Pretensão autoral objetivando reparação de danos materiais e morais em razão do uso indevido de sua imagem pela empresa-ré em seu blog na internet. (...) Considerando se tratar de menor de idade, cuja imagem, foi explorada sem autorização de seus pais ou responsáveis legais, com nítido caráter comercial de benefício para a Ré, sem contido, finalidade de denegrir a imagem, daí Autora, arbitra-se a indenização em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). (...) O dano material é igualmente devido, na medida em que, como se afirmou anteriormente, houve inequívoco beneficiamento econômico da Autora com tal veiculação, devendo a indenização ser fixada, em liquidação de sentença, por arbitramento, considerando a condição da Autora, a extensão dos efeitos da divulgação da imagem e o número de acessos ao no período em que a imagem - ficou disponibilizada na internet, além de outros trabalhos realizados pela Autora sue se assemelhem com o presente caso. DJe de 05/12/2014

Assim, tem-se que a cessão do direito de imagem do menor, respeitado os princípios do melhor interesse da criança, da proteção integral e da maior vulnerabilidade, ocorrerá de acordo com as normas de cada comarca e estado, sempre em consonância com a lei maior que regula os direitos do menor, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

4 A INTERVENÇÃO ESTATAL FACE AO DOMÍNIO E PODERIO FAMILIAR NAS RELAÇÕES ENVOLVENDO A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

A intervenção estatal no âmbito das relações que envolvem menores, visa garantir a adoção da proteção integral da criança e do adolescente e, conseqüentemente, a aplicação dos princípios do melhor interesse da criança. O poder judiciário com recorrência recebe demandas a respeito do trabalho infantil, da exploração contra o menor, e sobre abusos e violações aos seus direitos da personalidade, mais frequentemente, com relação à imagem do menor.

Recentemente, a juíza da Vara Regional da Infância e Juventude de Pernambuco - 1ª Circunscrição Judiciária - TJPE, cancelou o show de uma cantora de funk de 15 anos de idade, de nome artístico Mc Loma, que ocorreria em Recife, por não estar frequentando a escola nem estar devidamente matriculada. Nacionalmente conhecida, a sua música mais famosa, alcançou

a primeira posição na lista "As 50 virais do mundo" do Spotify⁴ e mais de 105 milhões de visualizações no YouTube”, segundo o site de busca wikipedia⁵.

Por meio de uma fiscalização realizada, no dia da festa, os Agentes de Proteção da Infância e Juventude, autuaram e multaram a produtora da artista, pelo entendimento de que estar matriculada e frequentando escola é uma das principais regras para que os menores possam trabalhar em carreiras artísticas, exigência estabelecida pela portaria nº 004/2013 da regional⁶.

Nestes casos, a autuação deverá ser encaminhada ao Ministério Público que abrirá um procedimento processual contra os autuados (estabelecimento e/ou produtor do evento).

Assim, referida autuação suscitadamente decidiu pela proibição do show da menor, mas foi omissa com relação a outras nuances importantes e essenciais, que envolvem o caso.

Como direito fundamental da criança e do adolescente, existe o direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

Esse direito surgiu no pós 2ª Guerra Mundial, a partir da Constituição Federal alemã de 1949, artigo 2º, estabelecendo que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, erigindo a dignidade da pessoa humana à condição de um direito inviolável. (SOUZA, 1995).

Segundo Robert Alexy, desse direito foi desenvolvido a liberdade geral de ação, que nada mais é que a liberdade de fazer ou deixar de fazer o que se quer, implicando a cada pessoa o direito, em face do Estado, de que não haja embaraço às suas ações e abstenções voluntárias. (ALEXY, 2008)

Assim, as primeiras referencias do livre desenvolvimento da personalidade como liberdade geral de ação, “deram-se no âmbito dos direitos fundamentais, com o intuito de assegurar a proteção do cidadão contra ingerências públicas”. (ALMEIDA, 2012).

Por meio desse direito, foi assegurado ao indivíduo, um amplo espaço livre de interferência estatal, possibilitando-o desenvolver-se e negociar sobre a própria vida, bem como voluntariamente titularizar os direitos e obrigações que entender serem vantajosos. (ALMEIDA, 2012).

⁴ Envolvimento de Mc Loma é o hit viral mais ouvido no mundo. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/divirtase/2018/02/envolvimento-de-mc-loma-e-o-hit-viral-mais-ouvido-no-mundo>. Acesso em 12 de setembro de 2018.

⁵ https://pt.wikipedia.org/wiki/MC_Loma. Acesso em 12 de setembro de 2018.

⁶ Mc Loma é proibida de fazer shows por não estar matriculada em escola. Disponível em: <http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/diz-ai/mc-loma-e-proibida-de-fazer-shows-por-nao-estar-matriculada-em-escola/?cHash=1ccd4228ff955d58224b56d0b2b58439>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

Neste enfoque, referida decisão feriu o direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade humana.

Deve-se levar em conta que a menor em questão, embora não estivesse matriculada em uma escola, hoje em dia promove o sustento de sua família com a carreira de funkeira, tendo a decisão também sido omissa quanto a uma análise socioeconômica dos envolvidos.

Ademais, todos os direitos da personalidade a ela inatos, estavam garantidos e protegidos, inclusive o seu direito de imagem foi autorizado expressamente pelos seus responsáveis legais, aos cuidados da agência produtora.

Outra nuance é que conforme o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, a menor não poderia ser considerada criança. Inclusive, por ter 15 anos de idade, está mais próxima de uma emancipação legal, como previsto no art. 5 do CC/02, do que de ser considerada criança.

O estado tem a obrigação de proteger o menor, mas também deve possibilitar que esse desenvolva sua personalidade da forma que lhe aprouver. No caso concreto, se a cantora optou por não frequentar a escola, mas a trabalhar e garantir o sustento de sua família, não caberia ao estado proibi-la dessa conduta, se os seus responsáveis legais a permitiram.

5 CONCLUSÃO

Os direitos da personalidade possuem tutela específica no ordenamento jurídico, tendo o legislador destinado um capítulo especialmente para tais direitos, qual seja, o capítulo 2 do Código Civil, novidade trazida pelo atual ordenamento.

Por meio de tais direitos, protege-se atributos da personalidade humana intrínsecos a cada indivíduo, sendo o direito de imagem, um desses atributos.

Com relação ao menor, esse ainda pode se valer da proteção dada pela lei 8.068/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que os ofereceu uma ampla proteção, tratando-os como “pessoas em desenvolvimento”, suscetíveis a maior vulnerabilidade face à sociedade como um todo.

Das referidas legislações, extraem-se dois importantes princípios que orientam as relações que envolvem os menores, como o princípio da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A partir desses princípios, surgem portarias que complementam a legislação já existente, e direcionam os juízes e tribunais a tomarem suas decisões, como é o caso do marco teórico do presente artigo.

Em contradição à proteção principiológica, leis e portarias existentes, viu-se que existe também o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. Por meio deste direito, a cada indivíduo, independentemente de sua idade, deve ser dada a possibilidade de escolher ser o que se quer, resguardada a proteção mínima que lhes é imputada pelo “dever ser” do Estado.

A menor ao optar pela sua carreira artística em detrimento de seus estudos, teve condições de sustentar a sua família e obter um retorno financeiro vultoso. Ademais, aos 15 anos de idade, conforme prevê o art. 5º, § único do CC/02, está próxima de ser inclusive emancipada, adquirindo liberdade e independência.

Sendo assim, no presente artigo, dada a dicotomia entre a liberdade do menor e a proteção estatal, concluiu-se que a faceta protetiva do estado não deve se sobrepor à vontade do indivíduo, de forma imprecisa e aleatória, mas sim, a partir da análise deliberativa de cada caso, respeitando-se tanto os princípios da proteção integral do menor e o seu melhor interesse, quanto o exercício da sua autonomia e liberdade.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 343.
- ALBERGARIA, Jason. **Direito do menor**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
-
- ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. Organizadores: Jorge Miranda, Otavio Luiz Rodrigues Júnior, Gustavo Bonato Fruet. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 82, 83.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 17 e 68.
- BITTAR, Carlos Alberto Bittar. **Os direitos da personalidade**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 66, 67, 153, 154.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 483683 – RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 06 nov. de 2014, Dje 05 dez. de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=483683+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 12 set. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp nº 864682 – MS - Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 21 mar. de 2016, Dje 31 mar. de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoos/toc.jsp?processo=864682.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 12 set. 2018.
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano vera Jardim e Antonio Miguel Caero. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 39 - 30.
- DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 37.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p.72.
- FESTAS, David de Oliveira. **Do conteúdo patrimonial do direito à imagem – Contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e *inter vivos***. Lisboa: Coimbra, 2009. p. 416-421.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: V. 1. Parte Geral**. 20ª. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2018.
- JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 161, 162.
- JÚNIOR, David Cury. **A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente**. Tese de doutorado da Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2006.

JÚNIOR, Nelson Nery. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil**. Vol. VII. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.27.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 85.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 171.