



CENTRO DE ENSINO SUPERIOR REINALDO RAMOS- CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS- FRR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JOSÉ ICLENIO DA SILVA ABREU JUNIOR

DIREITO À IMAGEM DO INDIVÍDUO

Campina Grande-PB

2020

JOSÉ ICLENIO DA SILVA ABREU JUNIOR

DIREITO À IMAGEM DO INDIVÍDUO

Trabalho Monográfico apresentado à Coordenação do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Reinaldo Ramos-FARR, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito em 2020.

Orientador: Prof. Me. André Gustavo Santos de Lima Carvalho

Campina Grande-PB

2020

A162d Abreu Junior, José Iclenio da Silva.

Direito à imagem do individuo / José Iclenio da Silva Abreu Junior. – Campina Grande, 2020.

34 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo RamosFAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2020.

"Orientação: Prof. Me. André Gustavo Santos de Lima Carvalho".

1. Direito à Imagem. 2. Constituição Federal. 3. Ordenamento Jurídico Brasileiro.
4. Liberdade Individual – Direitos. I. Carvalho, André Gustavo Santos de Lima. II. Título.

CDU 342.721(043)

JOSÉ ICLENIO DA SILVA ABREU JUNIOR

DIREITO À IMAGEM DO INDIVÍDUO

Aprovada em: ____ de ____ de ____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. André Gustavo Santos de Lima Carvalho
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
Orientador

Prof. Me. Rafaela Silva
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
1º Examinadora

Prof. Me. Vinicius Lúcio de Andrade
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
2º Examinador

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, sou grato a Deus pela capacitação para estudar esse curso que amo e ter me sustentado todos os dias da minha vida até aqui, não obstante doutros tempos Ele tem me feito enxergar que um novo tempo está por vir.

A minha família, nas pessoas de Polineuma Chaves de Brito e José Iclênio da S. Abreu como meus pais, minha inspiração e orgulho de viver. Obrigado meus amores por não desistirem de mim.

A minha Esposa, Zilmara Alves de Melo que sonhou comigo todos os dias com esse momento, e tem cuidado de forma zelosa pelas nossas vidas.

A Dona Gilda que não diferente de todos os familiares, foi um anjo que Deus colocou na minha vida e sem ela nada disso estaria acontecendo, que Deus te faça prosperar em tudo que fizerdes e sonhares.

A minha irmã Aluska Abreu, que foi a pessoa que acreditou nesse sonho dando início ao curso juntos e esteve comigo quando precisei.

Aos meus filhos, Lethicia lemos e Caio Felipe que sempre foram o meu combustível para não desistir, tudo por ele e para eles. Meu maior e melhor Amor.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é compreender, sob a luz do ordenamento jurídico brasileiro, direito à imagem. Privilegia-se, como recurso metodológico, uma análise da pesquisa bibliográfica no campo teórico, da jurisprudência e de um caso emblemático. Para o campo teórico, foi realizada uma introdução ao conceito de imagem, passando-se pela análise da evolução histórica e jurídica do direito à imagem, além da exposição das diferenças entre a imagem, privacidade e intimidade, haja vista que o direito à própria imagem integra o rol não-taxativo dos direitos da personalidade e deve ser um instrumento de valorização do indivíduo. Além disso, também é discutido o direito à imagem dentro da perspectiva do direito à personalidade e do esquecimento. Entretanto, percebeu-se que o direito de imagem tem suas limitações, uma vez que este não é um direito absoluto, bem como há um conflito entre ele e a liberdade de expressão e a de imprensa. Sendo assim, aponta-se que o Estado deve conferir ao sujeito de direito instrumentos processuais adequados para se evitar a dano ao direito à imagem.

Palavras-chave: Direito à Imagem. Constituição Federal. Ordenamento jurídico.

ABSTRACT

The objective of this work is to understand, in the light of the Brazilian legal system, the right to the image. An analysis of bibliographic research, jurisprudence and an emblematic case is privileged as a methodological resource. For the theoretical field, an introduction was made to the concept of image, passing through the analysis of the historical and legal evolution of the right to image, in addition to exposing the differences between image, privacy and intimacy, given that the right to self integrates the non-exhaustive role of personality rights and should be an instrument for valuing the individual. However, it was realized that the image right has its limitations, since this is not an absolute right, as well as there is a conflict between it and freedom of expression and that of the press. Therefore, it is pointed out that the State should provide the subject with rights with adequate procedural instruments to avoid damage to the right to image.

Keywords: Right to Image. Federal Constitution. Legal order.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	8
2 - DIREITO À IMAGEM	11
2.1 Origem e consolidação.....	11
2.2 Evolução.....	12
2.3 Conceito de imagem.....	14
2.4 O Direito da Imagem do Indivíduo e sua legalidade constitucional	15
3. DIREITO DA PERSONALIDADE	19
3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	20
4- DIREITO AO ESQUECIMENTO	23
5- INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE NA JUSTIÇA	28
5.1 Sociedade e Justiça	28
6. CASO EMBLEMÁTICO DO DIREITO À IMAGEM	32
6.1 O caso Cicarelli como exposição (in)devida de imagem na rede mundial de computadores.....	32
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
8REFERÊNCIAS	38

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, podemos dizer que estamos vivendo a era digital que é marcada pelo avanço extraordinário da tecnologia e pela popularização da rede mundial de computadores (internet) o que tornou, por exemplo, a captação, reprodução e divulgação da imagem um processo extremamente célere.

Da mesma forma que a circulação e a publicação da imagem tornaram-se mais viáveis, a deturpação também acompanhou esse processo o que gerou sérios prejuízos de ordem material e moral levando a busca pela proteção do ordenamento jurídico para tal direito.

Portanto, à medida que a tecnologia evoluiu, novas ferramentas foram desenvolvidas e, conseqüentemente, também surgiram novas formas de causar danos a terceiros, dentre eles podemos destacar, a divulgação não autorizada de imagens em aplicativos e sites de compartilhamento de conteúdo. Ademais, atreladas ao uso indevido de imagem encontram-se também práticas de intimidação e de agressão a terceiros na internet, como o cyberbullying.

De fato, essa velocidade de disseminação facilitou o acesso à informação pela população o que contribuiu para a formação de opinião facilitando ainda a possibilidade de ofensa à imagem, à honra, à privacidade e à intimidade, sendo estes bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal de 1988.

É comum ver casos de reportagens ou publicações na internet, de fotos ou vídeos, retratando pessoas em situações constrangedoras, ou até chamando a atenção de algo na aparência física. Tais situações revelam a falta de empatia de quem divulga a imagem ou ainda a falta de cautela por parte da imprensa.

Esta revisão encontra como justificativa o fato de que, atualmente, em virtude do avanço da tecnologia e da informação, o direito da imagem, e

também de ser esquecido revelou-se em uma nova forma e as discussões ao seu respeito alçaram ainda mais notoriedade.

O direito à imagem é espécie do gênero direito da personalidade e, no Brasil, encontra na Constituição Federal (art. 5.o , V, X, XXVII) ampla proteção autônoma e eficaz, em conformidade com os reclames de uma maior valorização da pessoa humana. Assim, embora não haja um meio que fiscalize os abusos do uso da imagem, as ações podem ser punidas através da análise do poder judiciário, que vai estabelecer sanções para o violador e o obrigará a reparar o ofendido pelos danos causados.

Nesse sentido, baseado na importância outorgada à pessoa humana dentro do ordenamento jurídico, demonstraremos que as teorias que negam o direito à própria imagem, não estão em consonância com a (re)personalização do direito, devendo ser enfatizada a autonomia da tutela à imagem como um dos aspectos dos direitos da personalidade.

No Brasil, por meio da Constituição Federal de 1988 e posteriormente o Código Civil de 2002 houve uma impulsão dos operadores do direito à personalidade de maneira a exaltar e concretizar a dignidade humana. Com isso, no campo do direito à imagem, tivemos uma nova concepção de imagem, a imagem-atributo, decorrente da vida em sociedade.

Afinal, o que é direito de imagem? Como surgiu e como se encaixa no mundo jurídico? Nesta pesquisa, além de responder tais questões, também analisaremos em que medida os instrumentos de que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro para proteger a pessoa do uso indevido de sua imagem tem sido eficaz, já que que o direito a imagem deve ser preservado e protegido, coibindo-se qualquer ato que vise atingi-lo. Para isso, também analisaremos alguns casos atuais que refletem esta polêmica, demonstrando a repercussão tanto na sociedade quanto na vida dessas pessoas.

Ante o exposto, para fins didáticos, o trabalho se divide em três capítulos, sendo que no primeiro procede-se a exposição de como se deu a evolução histórica do direito à imagem esquecimento; no segundo, aborda-se o direito à personalidade uma tratativa constitucional que apresenta vários posicionamentos doutrinários sobre o tema e conteúdos necessários a sua

compreensão. No terceiro, abordamos uma discussão sobre o direito ao esquecimento utilizando-se da jurisprudência nacional e estrangeira sobre o tema. No quarto elencamos algumas reflexões sobre a influenciada sociedade na justiça, por fim, no último capítulo, a monografia volta-se especificamente para análise de um caso, utilizando-se da jurisprudência nacional e estrangeira sobre o tema, abordando-se, inclusive, a evolução do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Para organização do estudo e para que lograsse êxito, o trabalho teve por metodologia e que ainda será discutido adiante, a pesquisa bibliográfica, a qual versou na exposição do pensamento de vários doutrinadores e teóricos sobre o tema proposto, apresentando-se, de maneira clara e objetiva, um panorama das várias posições existentes adotadas pelas doutrinas, artigos e jurisprudências dos tribunais.

METODOLOGIA

O presente estudo se caracteriza como uma a pesquisa bibliográfica que foi realizada mediante levantamento da literatura em fontes que versam sobre o tema. Para isso, foi realizado um apanhado geral sobre os principais trabalhos já realizados, revestidos de importância o que forneceu dados atuais e relevantes relacionados com o tema.

Lakatos e Marconi (2006, p. 66) sustentam que:

A pesquisa bibliográfica trata-se do levantamento, seleção e documentação de toda bibliografia já publicada sobre o assunto que está sendo pesquisado, em livros, revistas, jornais, boletins, monografias, teses, dissertações, material cartográfico, com o objetivo de colocar o pesquisador em contato direto com todo o material já escrito sobre o mesmo.

A busca pelas publicações ocorreu em bases de dados eletrônicas como o google acadêmico e em referências bibliográficas de trabalhos de revisão de literatura que identificaram grande parte da produção científica.

2 DIREITO À IMAGEM

2.1 ORIGEM E CONSOLIDAÇÃO

O conceito de imagem surgiu com a origem da fotografia. Entretanto, antes da invenção da fotografia, o direito à imagem era um tema praticamente inexistente entre os juristas. Com o tempo e avanço da tecnologia, a imagem foi se aperfeiçoando levando ao reconhecimento do direito por volta do século XX.

Já na antiguidade, observamos essa ideia do direito, embora ele estivesse totalmente relacionado ao de propriedade que foi se desvinculando na medida que se estabelecia a consciência coletiva em detrimento da individualista.

Com a reforma protestante, durante o século XVI, os dogmas impostos pela Igreja Católica foram afastados, dando lugar a uma doutrina individualista o que levou a criação de um ambiente propício ao desenvolvimento dos direitos da personalidade. Com isso, começaram a surgir as primeiras discussões sobre a proteção da imagem, ganhando mais destaque no século seguinte, com o advento da fotografia.

É importante destacar que o surgimento da fotografia alterou essa relação de tempo e espaço entre a pessoa e sua imagem, o que ampliou o acesso de outras pessoas às imagens. Com o passar do tempo, essa reprodução tornou-se mais prática e barata permitindo a qualquer pessoa a realização do ato em questão de segundos, bem como o armazenamento de uma grande quantidade de fotos.

No Brasil, o primeiro caso que se tem evidência foi o da Miss Brasil de 1922, Zezé Leone, que teve a sua imagem indevidamente capturada para a produção de um curta-metragem. No momento, foi pronunciada uma sentença que apontou que o grande objetivo da proteção legal seria o resguardo da personalidade do retrato, compreendendo, assim, o núcleo de amparo cinematográfico.

Conforme apontou Moreira (2017) o precursor legislativo no direito brasileiro da proteção à imagem, foi o art. 666, X, do Código Civil de 1916, que foi inspirado no direito alemão de 1907, que dispunha que “a reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se a reprodução ou publica exposição do retrato ou busto”.

Ainda no Brasil, antes da Constituição de 1988, não nenhuma há evidência de algum regramento que concedia a proteção jurídica da imagem do indivíduo. Todavia, com a publicação da Constituição Federal de 1988, o direito à imagem foi construído ao status de direito autônomo, prevendo-se em dois tópicos do art. 5º, incisos V (imagem-atributo), e inciso X (imagem-retrato. Ademais, o direito à imagem também está protegido no art. 5º, XXVIII, “a” da Constituição Federal, o qual abrange a proteção da imagem no que tange ao criador da obra.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, na esfera constitucional, o direito à imagem ganhou novo acendimento, trazendo no art. 2021 que a divulgação da imagem só poderá ser realizada com a anuência de seu titular, prevendo a possibilidade de indenização quando o direito for violado.

Portanto, podemos concluir afirmando que o desenvolvimento da imagem se deu por meio do surgimento da fotografia e, graças ao avanço da tecnologia, esse conceito tomou uma dimensão que se consolidou em bases jurídicas.

2.2 EVOLUÇÃO

Quando analisamos a história da humanidade percebemos notadamente que o registro em imagem existe desde a pré-história quando os homens realizavam as pinturas e desenhos rupestres. A sociedade evoluiu e trouxe consigo essa questão que tem, hoje, um poder imensurável, principalmente agora, na era digital com a influência das redes sociais.

A primeira notícia que temos na literatura sobre a proteção ao direito à imagem foi um caso envolvendo uma famosa atriz francesa, Rachel, em 1858, que teve sua imagem no leito de morte reproduzida e distribuída sem o consentimento dos familiares. De acordo com Affornalli (2007), na época, o tribunal determinou a apreensão e a destruição da imagem.

Já com bases doutrinária, Affornalli (2007) afirma que o primeiro dispositivo legal que outorgou a proteção ao direito à imagem, aconteceu em 1942, através do Código Civil Italiano. Já como marco inicial da proteção dos direitos do homem, tivemos a Declaração Universal dos Direitos do Homem que se preocupou com os princípios de cunho universal e não só individual.

No Brasil, desde a Constituição do Império, de 1824, já se resguardava o direito à intimidade, o direito a honra, à imagem e, especialmente, à privacidade, conforme determinação do artigo 179, inciso VII, afirmando que “Todo o Cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.” (Brasil, 2010 - B)

A rigor do passo dado pela Constituição a de 1946 faz breve inovação e expressa, no artigo 141, que “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade [...]”. (Brasil, 2010 - E). Neste exposto, denota-se que se refere à inviolabilidade dos direitos relacionados à vida, ficando, por exemplo, resguardado o direito da personalidade, o que inclui o direito à própria imagem.

Já na Constituição vigente temos uma forma mais abrangente e específica, distanciando-se do subjetivismo, o que o faz no artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, alínea “a”, que trazem os seguintes dispositivos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XXVIII – São assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas. (Brasil, 2010 - F)

Por fim, podemos ressaltar que a evolução desse direito teve ampla influência em alguns episódios históricos associados aos direitos humanos, como: as Declarações de Direitos, ocorridas no final do século XVII, na Inglaterra e a Revolução Francesa, ocorrida no século XVIII que exaltava o individualismo e os valores os quais permitiram a tutela de aspectos da personalidade o que engloba a imagem.

2.3 CONCEITO DE IMAGEM

Para que o direito à imagem não se confunda com o direito à intimidade, por exemplo, é de grande importância que se esclareça o conceito de imagem antes de adentrar no próprio conceito de direito à imagem no campo jurídico.

Como aponta Moraes (1972) a ideia de imagem não se restringe à representação visual, isto é, ela não se restringe apenas ao aspecto físico total do sujeito, mas também das partes do corpo, desde que através delas se possa reconhecer o indivíduo.

Desse modo, a imagem não é apenas a representação da pessoa, mas também a forma que o indivíduo é visto pela coletividade que é a expressão da sua personalidade, pois a imagem também carrega a ideia de comunicação.

Agora indo para o entendimento doutrinário, teremos, como aponta Loureiro (2005) dois conceitos de imagem: a imagem-retrato e a imagem-atributo do ser humano. O autor afirma que o conceito imagem-retrato é mais restrito à aparência da pessoa, sua figura física, que pode vir a ser representada por uma fotografia, caricatura ou escultura.

Já vendo pela forma em que as pessoas veem o indivíduo, esse conceito atrela-se à imagem-atributo, pois se trata na maneira que o indivíduo é reconhecido perante a sociedade, isto é, através das quais a sua personalidade é apreendida pela coletividade, no sentido social que desfruta.

Nesse contexto, devemos destacar que a imagem-retrato e a imagem-atributo não são, obrigatoriamente, convergentes mutuamente, isto é, haverá violação à imagem-retrato quando a imagem-atributo for ofendida ou ao contrário.

2.4 O DIREITO DA IMAGEM DO INDIVÍDUO E SUA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Todo indivíduo é norteado por seus direitos e seus deveres, todavia, o direito da imagem vem também a proteger todas as características inerente ao corpo humano, partes do corpo que possa ser reconhecido, o nome e até mesmo sua vida.

Conforme previsto no Art. 5º inciso X da CF/1988, segundo qual são “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurando o direito a indenização por dano moral ou material de seu direito violado”.

Até aqui fora apresentado que os direitos fundamentais são aqueles essenciais à pessoa humana e estão positivados na Constituição de um Estado (direitos fundamentais expressos), aqueles que podem ser interpretados com base no texto constitucional (direitos fundamentais implícitos) ou ainda aqueles que se equiparam a hierarquia do texto fundamental, tal como demonstra a Constituição Brasileira de 1988, sem seu art. 5º, § 3º. (LOBO; SANTOS; RIBEIRO, 2016, p. 738).

Segundo Diniz (2008), ‘Sendo o ser humano eminentemente social, para que possa atingir seus fins e objetivos une-se a outros homens formando agrupamentos.

Se faz de sua imagem o indivíduo para um convívio social tão qual sua sobrevivência, necessitando assim manter-se sem mancha perante a

sociedade, tornando viável a sua prestação de serviços, suas relações políticas, econômicas, culturais, tanto quanto familiares entre si.

Os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo tal sofrer limitações voluntária, exceto dos casos previstos em lei.

Fica vetado a transmissão ou divulgação da imagem, escrita, publicação ou características do indivíduo sem a sua autorização, a vida privada do indivíduo é inviolável, desde que por motivo maior e/ou autorização judicial por se fazer necessário à ordem pública.

Lhe atingindo a honra, a boa fama ou o respeito fica passivo de indenização comprovada o seu prejuízo. Assim, como previsto no cód. Civil nos arts.11 a 21.

São nesses artigos que os indivíduos se debruçam como garantia de seus direitos e deveres, legitimando suas ideias, convicções e valores, sejam eles sociais, políticos e/ou de viés religioso.

No entanto, podemos dizer que é bem mais amplo que esses artigos as garantias do direito a personalidade.

Porém devemos falar sobre pensamentos contrários ao texto de lei onde prevê que o direito da personalidade não pode sofrer limitação voluntária.

O direito a imagem é por exemplo um determinado direito da personalidade que poderá ser disponibilizado voluntariamente.

Usando como exemplo a situação de um atleta de futebol que por sua vez tem a necessidade de fazer um contrato com o clube ou parceiros de publicidades onde irá veicular a sua imagem, no entanto esses contratos não poderão ser de caráter vitalício. Tartuce, também traz uma abordagem bastante esclarecedora sobre a exceção quanto ao caráter absoluto dos direitos da personalidade:

Como se pode notar, o dispositivo determina que os direitos da personalidade não possam sofrer limitação voluntária, o que gera o seu suposto caráter absoluto. Entretanto, por uma questão lógica, tal regra pode comportar exceções, havendo, eventualmente, relativização desse caráter ilimitado e absoluto. Prevê o Enunciado n. 4 do CJF/STJ, aprovado na 1 Jornada de Direito Civil, que "o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral". Em complemento, foi aprovado um outro Enunciado, de número 1 39, na

III Jornada de Direito Civil, pelo qual "os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes". Pelo teor desses dois enunciados doutrinários, a limitação voluntária constante do art. 111 do CC seria somente aquela não permanente e que não constituísse abuso de direito, nos termos da redação do art. 187 da mesma codificação material, que ainda utiliza as *expressões boa-fé e bons costumes*.(TARTUCE, p. 110)

Trata-se de um direito a personalidade que por ventura anteriormente eram tratados de forma discreta, hoje temos uma previsão legal e garantia constitucional. no entanto, partindo do princípio que na qualidade do direito a personalidade à pessoa humana, entendo que o indivíduo tem a total capacidade de tomar decisões sobre si, todavia, de boa-fé objetiva e baseada nos bons costumes de uma sociedade na qual está incluso.

Diante do contexto exposto, podemos afirmar que o direito à imagem confia à pessoa a faculdade de usar a própria imagem e reproduzi-la, podendo haver caráter comercial ou não. Ademais, esse direito também possibilita que o indivíduo se obste a reprodução indevida, guardando relação com a proteção desse bem. Deste modo, compreende-se que tal direito pertence à integridade psicofísica do indivíduo, já que que está ligado tanto ao aspecto físico, quanto ao moral e psíquico.

Portanto, se o uso da imagem não for devidamente justificado e consentido, ficará configurado o dever de indenizar a vítima. Sentindo-se lesada, a pessoa, proprietária da imagem poderá coibir a sua utilização indevida ou abusiva por meio da via judicial.

Entretanto, o enunciado em questão não impõe restrição absoluta à utilização de imagem alheia, apenas se proíbe a utilização indevida da imagem, como já assentado pela jurisprudência, devendo ser reconhecida como indevida, abusiva, lesiva ou desproporcional, caso sua utilização injustificada (SANSEVERINO; SILVA, 2015).

Na doutrina hodierna, é possível encontrar diversos fatores para analisar se houve uma utilização indevida e/ ou abusiva de determinada imagem. Para isso, conforme Teffé (2017) recomenda-se que o intérprete verifique:

- (i) a veracidade do fato exposto;
- (ii) a forma e a linguagem como o fato foi noticiado;
- (iii) se houve justo motivo para a exposição da imagem;
- (iv) se a exposição foi proporcional à expectativa de privacidade do retratado, ou seja, se a exposição se deu de acordo com o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação de sua imagem no contexto de que foi extraída; (v) se o local onde ocorreu o fato era público;
- (vi) se a pessoa retratada era notória ou pública;
- (vii) se havia interesse público na divulgação da informação;
- (viii) o grau de preservação do contexto originário no qual a imagem foi colhida;
- (ix) o grau de identificação do retratado na imagem ou no material escrito;
- (x) se houve a intenção de ofender ou abuso do direito de informar; e
- (xi) as características de sua utilização, se comercial, jornalística ou biográfica.(TEFFÉ, 2017, p.5)

Esta análise permite que identificar se houve uma utilização indevida e/ ou abusiva de determinada imagem, se é capaz de gerar danos a seu titular, bem como para orientar o intérprete nas hipóteses de colisão entre o direito à imagem e o direito à liberdade de expressão.

Neste contexto, consolida-se a posição doutrinária de que o direito à imagem é um direito autônomo da personalidade, assim como é o direito à vida, à intimidade, à privacidade, etc. Portanto, procurando abranger toda a integralidade do ser humano, o direito à imagem é um direito da personalidade que fazer jus a proteção do ordenamento jurídico.

3 DIREITO DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade possuem algumas características específicas aos outros direitos. A grande parte dos doutrinadores afirmam que tal direito seria absoluto, essenciais, inatos, além de intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais, indisponível e vitalícios. Todavia o código civil em seu art.11º da lei 10.406/02 contemplou como especiais duas características como, intransmissibilidade e a irrenunciabilidade.

“Art.11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitações voluntárias. “

O código civil atual no art. acima citado vem garantir os direitos da personalidade para os recém-nascidos, como também para os que foram concebidos e que ainda se encontram no ventre da mãe, para pessoas vivas, e não obstante aos mortos

No entanto, por parte da doutrina eles são absolutos, ilimitados, vitalícios, impenhoráveis e imprescindíveis.

Com isso o código Civil faz saber e reconhecer só dois deles, a saber, a intransmissibilidade e a impenhorabilidade sendo esses reconhecidos expressamente, sendo vedado que seu exercício sofra qualquer limitação voluntária ou coagida na tentativa de transmissão desse direito (DINIZ, 2008, p. 120).

Com isso o código Civil faz saber e reconhecer só dois deles, a saber, a intransmissibilidade e a impenhorabilidade sendo esses reconhecidos expressamente, sendo vedado que seu exercício sofra qualquer limitação voluntária ou coagida na tentativa de transmissão desse direito (DINIZ, 2008, p. 120).

A irrenunciabilidade como característica principal do direito a personalidade já tem em seu nome com clareza o que impede ao indivíduo de renunciar os seus direitos.

Esses direitos previstos no nosso código civil traz a garantia aos já nascidos, no entanto, a jurisprudência do STJ (Supremo Tribunal de Justiça) entende que os mesmos direitos cabem ao nascituro quanto a sua mãe.

Não se fazendo necessário qualquer atitude para adquirir tais direitos, seguindo o curso normal da vida essa é a forma com que o indivíduo dar legalidade a proteção jurídica ao estado sobre si. Possuindo efeito erga omnes, ou seja, o Estado reconhece esse direito a todos os cidadãos.

Voltamos o exemplo do atleta que tem a possibilidade de fechar um contrato com uma empresa de marketing, com objetivo de explorar a sua imagem. É sem dúvida possível que isso aconteça, no entanto, o contrato não poderá ser vitalício e os seus direitos da personalidade não sejam renunciados pelo indivíduo.

De tal modo o direito acima citado é intransmissível, todavia, se faz presente ao indivíduo aonde ele for, inclusive pós morte, tornando impossível sua transmissão Inter vivos, ou seja, mesmo quando morto o corpo ainda se encontra detentor de direitos que resguardam sua imagem, moral, honra e outros aspectos ligados à sua imagem. Mesmo que não seja dá vontade de alguém exercê-lo, será impossível cedê-lo, tornando-o irrenunciável.

Gonçalves (2012) preleciona que intransmissibilidade e irrenunciabilidade são características mencionadas expressamente no dispositivo legal supracitado. Não podem os seus titulares deles dispor, transmitindo-os a terceiros, renunciando ao seu uso ou abandonando-os, pois nascem e se extinguem com eles, dos quais são inseparáveis. Evidentemente, ninguém pode desfrutar em nome de outrem. Bens como a vida, a honra, a liberdade etc.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana vem evoluindo a longos passos e tem hoje o seu reconhecimento e valor fundamental junto da ordem jurídica brasileira, tal qual, com a ordem internacional.

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico brasileiro, sendo esse fundamentado na magna carta de 88 em seu artigo 1º, inciso III, que preceitua.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL; CRFB,1988).

Tal princípio surge com o objetivo de garantir ao indivíduo uma vida justa e digna, trazendo ao conhecimento de todos os seus direitos e assegurando-os as garantias do Estado para com o cidadão de ter uma vida digna, proteger sua honra e imagem.

Por outro lado, temos vertentes que entendem que hoje o maior responsável pelo princípio da pessoa humana é o próprio ser humano, ninguém melhor que ele para poder dizer, fazer ou buscar algo melhor para si.

Podemos usar como exemplo o réu que passa por muitos anos preso e tem por direito um julgamento célere, assim como a sociedade também necessita de uma resposta em tempo razoável, ambos compactuam de um mesmo princípio, porém de pontos de vista diferente.

Após esse réu passar por julgamento e for inocentado, depois de cumprido vários anos de prisão, será que não teve sua dignidade da pessoa humana lesada? Porém a partir do momento em que haja inobservância dessa garantia ao indivíduo por injustiça praticada ao mesmo independente da área criminal, civil ou penal, deve o Estado/Juízo de imediato corrigir tal erro.

Assim como princípio de longa abrangência nas áreas do direito, ele é visto por outro lado como um princípio “vago”, tem conflitado em alguns entendimentos.

Usando o exemplo do cidadão que se submete de livre e espontânea vontade, onde necessita dar um sustento a sua família, executar um trabalho muito pesado ou insalubre que aos olhos da sociedade e do estado é indigno, como chegar a um meio termo com esse cidadão e dizer que ele está impossibilitado de executar tal atividade que por ventura ele mesmo venha a concordar? Até onde o Estado por ser ou deve ser esse gerenciador?

Sabemos que o direito personalíssimo está ligado diretamente ao princípio da pessoa humana, todavia, ambos contribuem para que não haja nenhum tipo de violação ou abuso que por ventura venha a diminuir o valor da pessoa humana.

No tocante ao direito ao esquecimento, podemos ressaltar, analisar e ponderar até que ponto o condenado que cumpriu pena injustamente ou até mesmo o cidadão que sofre a injustiça de ter sua imagem veiculada a um crime que não cometeu e por ventura tem a sua honra, sua moral, a sua vida privada maculada.

Esse cidadão tem o direito desassistido muita das vezes quando procura a justiça para reivindicar uma resposta satisfatória para o mesmo, tão quão, para a sociedade. Resposta essa, que por sua vez pode ser uma retificação da mídia através de um texto ou imagem anteriormente publicada e o cidadão vai colher duros frutos de uma sociedade preconceituosa e deixando-o fora de um convívio ou relação social.

Podemos citar também o cidadão que por ventura comete de verdade o crime, porém depois de cumprido sua pena e voltado ao convívio social passa por tempos difíceis até recuperar ou “provar” o arrependimento e/ou nova conduta aceitável a sociedade.

O ser humano é inacabado, encontrando-se, certamente, em eterno processo de amadurecimento e evolução (mental, intelectual...). O escritor uruguaio Eduardo Galeano chegou mesmo a afirmar que “somos o que fazemos, mas somos, principalmente, o que fazemos para mudar o que somos”. Bem por isso, toda pessoa humana tem o direito de arrepender-se de fatos passados, mantendo a sua caminhada rumo ao melhor. Até mesmo porque existem certos fatos pretéritos que, se não matam fisicamente, causam profunda corrosão na alma e no espírito. É nesse quadrante que se concebe o direito ao esquecimento ou, como se diz na Itália, *diritto all’oblio* (FARIAS; ROSENVALD; 2015, p. 146).

Por fim, o direito ao esquecimento não tem como objetivo ou característica de apagar os fatos ocorridos na vida do cidadão, no entanto dá a pessoa a condição de trazer clareza aos fatos ocorridos no passado quando através desse direito está resguardado que os fatos passados não sejam usados no futuro fora de um contexto de um novo caso em questão.

4 DIREITO AO ESQUECIMENTO

Em plena sociedade contemporânea, percebemos que não há uma espécie de filtro sobre o que é de interesse público e onde se esgota o interesse privado. Esse entendimento tomou uma grande ascensão com o aumento da utilização das redes sociais que divulgam, por exemplo, qualquer fato ou vivência. Assim, observa-se que, praticamente, não há mais espaço entre a esfera privada e a pública, e conseguir manter a vida privada diante desse novo sistema é um grande desafio.

Todavia, com a facilidade ao acesso à internet, qualquer indivíduo pode receber ou enviar informações disponibilizadas na rede. Apesar disso, vale lembrar que o direito ao esquecimento não se limita apenas ao meio virtual. Conforme Martinez (p.14, 2014):

É possível que, nessas pesquisas, dados privados de pessoas que não desejam que suas informações estejam ao alcance de todos, sendo universalmente e globalmente divulgados, durante um prazo indeterminado e ilimitado, possam afetar os direitos da personalidade e, em suma, a sua dignidade.

Nesse contexto, é pertinente apontar que o esquecimento é um elemento essencial para o ser humano quanto a lembrança, pois permite selecionar as informações recebidas constantemente. Historicamente, não existe uma contradição entre lembrar e esquecer, pois ambos fazem parte do mesmo processo. Para Mayer-Schönberger (p.15,2009): “O esquecimento não é apenas um comportamento individual, mas também um comportamento de toda uma sociedade”.

A questão do esquecimento surge como uma segunda chance ao indivíduo, como por exemplo, pela prescrição de crimes, ou pela exclusão de fatos criminosos dos seus registros. No direito, constitui uma proteção do indivíduo no campo moral não ser incomodado por atos ou fatos passados que não tenham legítimo interesse público.

O direito ao esquecimento foi evidenciado, pela primeira vez, na Califórnia, em 1931, através do caso “Red Kimono”, circunstância em que o Tribunal Americano recebeu o pedido da autora de reparação por violação da

vida privada, adotando o direito ao esquecimento. Outro caso que teve bastante repercussão e ficou registrado na história do direito ao esquecimento, foi o de “Lebach”, que ocorreu em 1969, na Alemanha, em que um canal de televisão alemão decidiu realizar um documentário (“Der Soldatenmord von Lebach”) sobre o crime ocorrido na cidade Lebach em 1969. Um dos condenados no crime alegou que o documentário, além de violar seus direitos de personalidade, dificultaria sua ressocialização na sociedade. Com resultado, o Tribunal proibiu a reprodução televisiva do documentário, sob o argumento de que o direito fundamental de proteção à privacidade prevalece sobre o direito fundamental à liberdade de informação.

No Brasil, o direito ao esquecimento foi, pela primeira vez, reconhecido, em 2013, quando o Superior Tribunal de Justiça julgou os casos paradigmáticos da “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”, crimes amplamente divulgados pela imprensa e repudiados pela sociedade.

O caso da “Chacina da Candelária” é um exemplo concreto de aplicação do direito ao esquecimento. Silva (2014, p.19) aponta que o caso se iniciou pela veiculação do nome de uma pessoa, já absolvida pelo processo penal, como coautora do crime da “chacina da Candelária”, em um programa de grande veiculação pela Rede Globo, em 2006, segundo os autos do processo:

Em sede do RESP 1.334.097 foi reconhecido o direito ao esquecimento, acolhendo a tese da reabertura, pela emissora, da imagem negativa sobre a pessoa absolvida processualmente, além do abalo do direito a paz, anonimato e privacidade pessoal, agravados pelo fato de mudança de endereço. Entendeu a turma, ainda ter o réu, absolvido ou condenado, o direito ao esquecimento, com fundamento de sigilo da folha de antecedentes e à exclusão dos registros de condenação no respectivo instituto de identificação impedindo a perpetuação dos efeitos da pena ou mesmo implicações negativas a imagem [...] (SILVA, 2014, p.19)

Conforme Felizola (2015), o direito ao esquecimento é visto como pertencente à esfera do direito da personalidade que também converge com o direito à privacidade e à intimidade. Assim, essa busca pelo direito ao esquecimento invoca a busca, pelo indivíduo, por obstar a divulgação de informações ocorridas no passado.

Em termos gerais, pode-se afirmar que o direito ao esquecimento se caracteriza pela vedação de se obrigar o indivíduo a conviver com uma parte do seu passado. Nas ideias de Dotti (p.300, 1998):

O direito ao esquecimento consiste na faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico à proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade.

No Brasil, o Enunciado nº 531, consagrado na VI Jornada de Direito Civil pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), assim aponta sobre o tema: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (BRASIL, 2013a). O citado conselho apresentou a seguinte justificativa ao enunciado:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (BRASIL, 2013a).

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificadamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Nas ideias de Pinheiro (2016), o disposto pelo Conselho da Justiça Federal tem o objetivo de mitigar quaisquer tipos de danos provocados pela propagação, por exemplo, de dados pelas tecnologias, pois como o alcance das mídias digitais é amplo, surge a necessidade de garantir ao indivíduo o direito de ressocialização sem qualquer estigma com os fatos passados.

Portanto, a linha das decisões pronunciadas pelo STJ, o direito ao esquecimento vem ganhando visibilidade na doutrina jurídica brasileira, tendo

provocado uma ampla discussão o que levou como dito anteriormente à edição do Enunciado 40455, da V Jornada do Direito Civil⁵⁶ e do Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ.

É importante lembrar que os enunciados das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal são orientações doutrinárias que visam quadrar como paradigmas para interpretações do Código Civil de 2002 e por isso são invocados como argumentos em sentenças, pareceres, acórdãos e petições.

Entretanto, ainda existe divergências na doutrina e na jurisprudência em relação ao propósito do direito ao esquecimento nos casos, por exemplo, de violação da imagem na internet. O ministro Luís Felipe Salomão, analisando essas divergências, elencou em um julgamento pontos desfavorecidos pelo uso do esquecimento, os quais seriam matéria de direitos da personalidade são:

- a) o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constituiria um atentado à liberdade de expressão e de imprensa;
- b) o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade. (Julgamento do REsp 1.335.153-RJ)

Logo, em casos em que apareça o direito ao esquecimento, devemos ter em conta que os direitos à personalidade podem ser contrapostos ao direito à memória e a liberdade de expressão. Conforme Lôbo (2012, p.141), são “os direitos da personalidade que resguardam de interferências externas os fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados ao espaço público”.

Na perspectiva desse autor, estão dentro do direito à privacidade, a intimidade, a imagem e o sigilo. Nesse contexto, vão existir situações que serão julgadas como violação do direito à privacidade como:

Interferência na família e na vida doméstica; ser colocado em situação de falso destaque; a revelação de fatos irrelevantes e embaraçosos relacionados a vida privada; espionagem, intromissão, assédio, vigilância; interferência na correspondência; mau uso das comunicações escritas ou orais; revelação de informação dada ou recebida em circunstância de confiança profissional. (LÔBO, 2012, p.142).

Contudo, apesar dessa divergência, podemos observar um equilíbrio, dado a antinomia existente entre dois princípios de mesma hierarquia na teoria civil: a liberdade de expressão e o direito à vida privada.

Por fim, percebe-se que a ideia do direito ao esquecimento está atrelada às situações que envolvem violação de direitos ligados à personalidade, além do convívio em sociedade e à prerrogativa de manter a vida reservada (privada). Assim, a tese defendida neste contexto é que ninguém é obrigado a conviver eternamente com fatos pretéritos.

5 INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE NA JUSTIÇA

5.1 SOCIEDADE E JUSTIÇA

Mesmo com as diferentes formas de Estado e governo, a sociedade e o estado moderno dependem do sistema judiciário para que as relações políticas, econômicas e sociais ocorram dentro de um clima de paz, tranquilidade, de transparência e de harmonia.

Ou seja, o sistema judiciário exercendo com neutralidade o poder que lhe fora confiado e a sociedade com a garantia de sua imparcialidade buscando também os seus direitos garantidos.

O acesso à justiça foi ampliado de maneira gradual, juntamente com as transformações sociais que ocorreram durante a história da humanidade. No Brasil, esse direito foi materializado somente na Constituição de 1946 que previa que a lei não poderia excluir do Poder Judiciário qualquer violação de direitos individuais.

Este foi um grande avanço da legislação brasileira, mas pouco tempo depois, durante o regime militar (1964-1985), o acesso ao Poder Judiciário foi bastante limitado.

A partir de 1970, o Brasil começou a caminhar para a consagração efetiva do direito de acesso à justiça. Isso porque os movimentos sociais começaram a intensificar sua luta por: igualdade social, cidadania plena, democracia, efetivação de direitos fundamentais/sociais e efetividade da justiça.

Hoje com o maior número de pessoas com acesso a informações e ao sistema judiciário fez com que a sociedade se tornasse um elemento de maior notoriedade, indiscutivelmente podemos afirmar que a mídia digital passou a ser a maior aliada da sociedade e da justiça.

Passamos boa parte do nosso tempo conectados à internet, maior parte desse tempo é gasto interagindo nas redes sociais e que por fim acabamos

sendo influenciados pelo que conversamos, lemos e ouvimos bem na palma de nossas mãos.

No entanto, compreendendo essa evolução, a justiça como todo meio de comunicação que tem por interesse o conhecimento da sociedade foi se adaptando e conquistando seus objetivos, assim como seu espaço.

Com a característica de um Estado que pode influenciar, formar, lapidar, organizar uma sociedade, podemos ver até onde a justiça e a sociedade caminham juntas.

Como bem claro ficou o texto da revista EMERJ, v.5,n.18,2002,

Com frequência ouvimos dizer que a questão da lei justa ou injusta é problema do legislador e não do juiz. Quem fez a lei é quem tem que responder pelos seus efeitos na sociedade, sejam eles positivos ou negativos. Bem certo que verdade. Todavia, até que ponto isso exclui a responsabilidade dos juízes e operadores do direito em geral? Afinal, quem aplica o direito, quem aplica a lei injusta?

O resultado prático de uma lei só se verifica quando ela é aplicada, e isso não é tarefa do legislador.

Logo, assim como a má lei é responsabilidade ética do legislador, a má sentença, a eficácia de vida que dela resulta é responsabilidade ética do juiz.

Eis aí o motivo pelo qual não podemos interpretar e aplicar nenhuma lei, qualquer que seja a sua hierarquia, de modo a resultar na indignidade da pessoa humana, na desigualdade social, ou, ainda, no aumento da pobreza, porque isso importaria na negação da própria justiça.

E nós, lembremo-nos disso, temos compromisso com o Direito, temos compromisso com a Justiça, e não apenas com a lei. Se a sentença é justa ou injusta isso não é problema do legislador, mas sim do juiz e dos demais operadores do direito, que ajudaram na elaboração do caso concreto.

Observamos que mesmo com a busca incansável da justiça e fazer o que é justo aos olhos de quem prega, encontramos falhas, injustiças e controvérsias com a própria lei aos que por ventura sofrem o julgamento.

Podemos citar um exemplo, ocorrido na cidade de Campina Grande, no ano de 2019, onde uma jovem garota envia mensagens de seu celular para grupos de WhatsApp mencionando suposto tentativa de estupro de um motorista de transporte por aplicativo.

A jovem afirmava que o motorista mudou a rota, parou numa rua esquisita e que teria um outro homem no porta malas onde tinham o objetivo de praticar o crime de estupro para com ela.

Desesperada com a situação, se jogou do carro e empreendeu fuga, pedindo ajuda a um outro motorista que por ventura passou na hora e lhe contou o ocorrido, deslocaram-se a delegacia.

Narrado o fato e publicado a foto e informações do motorista, logo a informação se espalhou por toda a cidade trazendo um sentimento de revolta a sociedade, assim como, aos policiais que abriam diligencias para capturar o provável estuprador.

No dia seguinte, ao ver todas aquelas informações sobre o “ocorrido” o motorista inseguro de voltar ao seu trabalho e sofrer algum atentado, procurou a delegacia com a intenção de esclarecer o fato ocorrido.

Alegando que no seu trajeto tinha passado em cima de um objeto desconhecido e fez barulho em seu automóvel, logo decidiu parar o carro para ver o que outrora aconteceu.

Assustada com a parada repentina, a passageira abriu a porta e saiu correndo sem quem pudesse se justificar, sobre ter visto algo entre os bancos que por ventura era carregado na mala do carro, não passava de um cilindro de gás natural.

O motorista por temer do que pudera lhe ocasionar danos a vida, não pode trabalhar por toda uma semana até que fosse retratado todo o ocorrido através das mídias digitais da jovem, como também nos canais de TV da cidade.

Pode-se concluir que, nem sempre o apelo ou clamor da sociedade vai ser a solução para a justiça justa.

No Direito Penal, não há espaço para criatividade judicial, tampouco para clamor público, afirmou o ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, em evento na Associação dos Advogados de São Paulo (Aasp), nesta segunda-feira (27/8).

Sabendo que se trata de um crime sexual, os cuidados com as informações ainda têm que ser redobrados, todavia, torna publica incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual.

Veremos a importância da cautela e como esses fatos deveriam correr de forma sigilosa e segura para a sociedade, como para as investigações judiciais.

Assim como, as medidas, penalidades e previsão legal para quem divulga imagem de forma irresponsável, em desacordo com o que é justo ou que possa trazer algum dano a outro indivíduo.

6 CASO EMBLEMÁTICO DO DIREITO À IMAGEM

6.1 O CASO CICARELLI COMO EXPOSIÇÃO (IN) DEVIDA DE IMAGEM NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

Apenas com o intuito de florear todo o exposto ao longo do trabalho, traz-se, uma breve análise do famoso caso de violação ao direito à imagem envolvendo a divulgação de um vídeo com cenas íntimas da modelo e apresentadora Daniela Cicarelli com seu ex-namorado Tato Malzoni, na praia de Tarifa, na costa da Espanha.

No ano de 2006, a modelo Daniella Cicarelli e seu namorado, Renato Malzoni, tiveram as suas imagens captadas em momentos íntimos, em praia na Espanha. As imagens acabaram sendo publicadas em um site de visibilidade internacional, o YouTube. O vídeo de Cicarelli com Malzoni foi gravado, sem autorização, por um paparazzi e virou um dos assuntos mais comentados da internet em todo o mundo.

Na época, Tato Malzoni apresentou ação na Justiça pedindo que todos os sites que veicularam o vídeo tirassem as imagens do ar. Entretanto, o YouTube passou por dificuldades, pois sempre que o Google excluía o vídeo, algum usuário postava novamente o arquivo.

Antes de direcionar a análise jurídica, sabemos que o direito à imagem tem um conteúdo assaz rigoroso e que, abrange, principalmente, o direito de definir a sua própria auto exposição, isto é, o direito de cada um de não ser fotografado, nem de ver sua imagem exposta em público sem seu consentimento (cfr. Ccivil, art. 30º). Depois, o direito de não o ver apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel (“falsificação da personalidade”).

Nesta análise, também é importante apontar que não pode gozar do direito à imagem quem ocupe cargo ou desempenhe função em que a

publicidade seja elemento essencial, havendo aí uma espécie “consentimento” implícito. No entanto, essa dimensão de publicidade legitimadora de algumas restrições ao direito à imagem não deve, porém, transferir-se para a esfera da intimidade.

Há vários vieses de ser observar juridicamente o caso Cicarelli, devido as variações que sofre o direito à imagem da pessoa, em contraposição com o direito de informação, liberdade de expressão e todos os postulados normativos referidos alhures. Assim, examinando a aplicabilidade da tutela inibitória no caso Cicarelli, tem destaque postulados como a função social da informação, prestada através da divulgação de imagens. Já em uma ação indenizatória, teriam destaque argumentos como o grau de culpa da pessoa fotografada, o local da captação das imagens e as circunstâncias em que foram realizadas.

No caso acima, e acordo com o Desembargador Teixeira Leite, há ainda o entendimento pelo não cabimento da concessão da tutela inibitória de urgência, fundado na culpa dos agravantes, por terem se exibido em local público, bem como na modernidade e velocidade dos meios de comunicação massivos, aduzindo que:

[...] a velocidade da internet se somou aos demais meios de comunicação social, e, inegavelmente, pela velocidade, com grande supremacia em termos de veiculação de fatos de interesse geral da coletividade. A rede mundial que compõe a internet traz à lume toda a modernidade dos novos tempos, mostrando instantaneamente os fatos e os acontecimentos públicos havidos em qualquer parte do planeta, na mais perfeita demonstração de que o homem, no que se refere à informação avançou de modo inexorável para o Século XXI. (Brasil, 2011 - A).

O acórdão do caso expõe a possibilidade de concessão da tutela de urgência como ponto de visualizar o abuso na divulgação das imagens. O que se verifica é uma medida menos infringente aos direitos sociais de informação do que a ofensa aos direitos de privacidade, intimidade e vida privada dos autores da demanda. Mas esse direito de informação pode ser suprido posteriormente, caso perceba o não cabimento da tutela inibitória. Já direito à

imagem, privacidade e intimidade, não pode ser devolvido no futuro, posto que o deferimento da tutela inibitória, no final do processo, seria inócuo aos interesses dos autores da ação.

É importante lembrar que as imagens capturadas não tinham interesse social, mas sim mercantilista, que sua disseminação visaram o lucro advindo com os acessos obtidos nas imagens. Observou-se também que o intuito do fotógrafo era de captar as imagens dos agravantes de modo clandestino, isto é, sem o consentimento, além do mais que os agravantes decidiram expor sua intimidade naquela praia, para as pessoas que lá estavam, e não para o mundo todo.

O acórdão se baseou no valor fundamental da dignidade humana [art. 1º, III, da CF], preferindo pela consagração de um enunciado jurídico que estabeleça contra a atividade criminosa pela retransmissão contra a vontade das pessoas filmadas clandestinamente.

O relator não determinou que fosse bloqueado o site YOUTUBE, tendo isso ocorrido por uma equivocada interpretação do Juízo de Primeiro Grau, que, traduzindo de forma errada expediu ofícios para que se interditasse o site por completo.

Entretanto, o Tribunal considerou que o YOUTUBE lidou com a sentença de forma parcimoniosa, limitando-se a excluir o vídeo dos links conhecidos ou identificados. Além disso, não tentou nem criar um programa capaz de rastrear o filme do casal, o que implica que estava se omitindo ou agindo passivamente.

Este caso ultrapassou o campo da individualidade e ganhou notoriedade pelo questionamento que se fez da capacidade de o Judiciário resguardar o direito de intimidade e de honra das pessoas, quando há violação pela Internet. Com isso, determinou-se que a YOUTUBE promovesse, em trinta dias, medidas concretas de exclusão do vídeo, dos links admitidos, advertindo e punindo todos os usuários que desafiarem a determinação com a reinserção do filme, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 250.000,00.

Alegando que a ordem judicial havia sido desobedecida, as vítimas tentaram executar um título executivo judicial milionário. Contra decisão que

determinou sua intimação ao pagamento da multa, foi interposto agravo de instrumento com pedido de concessão de efeito suspensivo.

Avaliando o demasiado montante cobrado, o relator do acórdão, desembargador Ênio Zuliani, acompanhado pela 4ª câmara de Direito Privado do TJ/SP, deu parcial provimento ao recurso do Google/YouTube para determinar a aferição do valor da multa cominatória mediante a liquidação por arbitramento.

É preciso ficar cabalmente demonstrado, na esteira do que ficou decidido pelo tribunal, se cada uma das páginas que foram acessadas e descritas nas atas notariais nos anos de 2006/2007/2008, ainda permanecem veiculando o vídeo dos autores, para só então ensejar a execução da multa diária de R\$ 250.000,00.

Com isso, as vítimas interpuseram agravo contra decisão. Em face das circunstâncias, o relator, ministro Luis Felipe Salomão, deu provimento ao agravo para determina a conversão em recurso especial.

Em sede de julgamento do Recurso Especial, a 4ª Turma do STJ, por unanimidade, negou provimento ao Recurso, por entender que este restou-se prejudicado, vez que o Recorrente não prequestionou devidamente seu recurso. Quanto ao apelo especial de Cicarelli, a 4ª Turma do STJ fixou as astreintes de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), com juros e correção a contar desta data. Entretanto, diante das circunstâncias em relação aos dias de descumprimento da ordem, a Turma entendeu ser mais adequado fixar o valor a ser pago a título de astreintes, pois é incontroverso o descumprimento da ordem judicial e valor da multa diária.

Ainda inconformada, Cicarelli interpôs Embargos de Divergência. No entanto, o relator, Moura Ribeiro, indeferiu liminarmente os Embargos de Divergência, por ausência de similitude fática. Diante da situação, Cicarelli ainda opôs Agravo Regimental, o qual também teve provimento negado. Em agosto de 2017 ocorreu o trânsito em julgado deste deslinde judicial, que foi de extrema relevância no âmbito do direito à imagem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto durante o trabalho, ficou claro que vivemos uma conjuntura hodierna da sociedade do informacionismo, com isso o ser humano está cada vez mais exposto o que pode levar a casos de violação do direito à imagem e personalidade e, sobretudo, a perpetuação da memória, pois o fenômeno do esquecimento é rompido na medida que mais ocorre o alcance e disponibilização dos dados da pessoa, na mídia, por exemplo.

Ficou bem evidenciado, durante a discussão que, em virtude do abuso da utilização do direito à informação, liberdade de expressão e liberdade de imprensa, que emergem ataques à dignidade da pessoa humana o que gera conflito entre direitos fundamentais, sendo que de um lado estão as liberdades e de outro os direitos da personalidade, dentre eles o direito à imagem e ao esquecimento

Ao longo desta revisão bibliográfica, tentamos demonstrar que a imagem é uma emanção e atributo da personalidade, integrando esse rol de direitos. Hodiernamente, haja visto o avanço tecnológico, tais direitos têm se sobrelevado em interesses. Para isso, a Constituição Federal foi pródiga ao proteger o direito à imagem, concedendo ao titular três incisos do art. 5.o para tal fim (incisos V, X e XXVIII), protegendo dessa forma a imagem em todos os seus aspectos morais e patrimoniais.

Com isso, buscamos, fazer uma conceituação e um retrospecto da evolução do direito à imagem, distinguindo imagem-retrato da imagem-atributo. Percebemos que o direito à imagem na perspectiva "imagem-retrato" confere ao indivíduo o direito de autorizar ou negar a captura e reprodução de sua imagem o que inclui as expressões formais e sensíveis da personalidade. No que tange à "imagem-atributo", o direito à imagem protege a pessoa contra informações falsas que alterem ou deturpem. Outro detalhe importante é que se o direito à imagem-retrato é exclusivo das pessoas físicas, o direito à imagem-atributo pode ser estendido às pessoas jurídicas.

Entendemos que somente o titular da imagem pode consentir a captação, reprodução e divulgação dessa, podendo, a qualquer momento,

revogar sua autorização. Além disso, caso haja violação desse direito, a vítima tem o direito de afastar o ato ilícito, logo todos os cidadãos têm o direito de proteger sua imagem.

Tentou-se também expor como acontece o ordenamento jurídico brasileiro, e a existência do conflito de direitos fundamentais – direito a informação e liberdade de expressão vs. direito à intimidade, à vida privada, à imagem que, na prática, o aplicador do direito deverá utilizar o princípio da ponderação, considerando, caso à caso, isto é, qual direito fundamental deverá ter maior ênfase na situação em análise.

Nessa perspectiva, espera que esse estudo sirva de base para outras pesquisas mais aprofundadas e que leve ao conhecimento sobre o direito à imagem dentro da conjuntura da personalidade, estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro para proteger a pessoa do uso, por exemplo, indevido de sua imagem.

REFERÊNCIAS

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. 5.a tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.p. 28.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A imagem-retrato e a imagem-atributo: conceitos distintos na Constituição Federal de 1998**. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 525.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. I 24 ed, São Paulo, Saraiva,2007.

DOTTI, René Ariel. **O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 300.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1, p. 81.

FELIZOLA, Milena Britto. **Os direitos humanos e o direito ao esquecimento: a preservação da privacidade no tempo**. In: SOUZA, Wilson Alves de; RABINOVICHBERKMAN, Ricardo (coords.). *Derechos fundamentales, ambiente y sociedade: estudios en homenaje a la Profesora Dra. Marta Biagi*. Salvador: Dois de Julho, 2015. p. 53.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**. São Paulo: editora Atlas, 1987.

LOUREIRO, Henrique Vergueiro. **Direito à Imagem**. Dissertação de Mestrado, Pontifca Universidade Católica, 2005.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao Esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 56.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age**. Princeton University Press. 2009, p.15.

MORAES, Walter. **Direito à própria imagem (I)**. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. São Paulo. Revista dos Tribunais, RT 433/64. 2011.

MOREIRA, Ana Paula De Oliveira. **Direito à Imagem De Pessoas Públicas**. Monografia Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Políticas, Escola de Ciências Jurídicas, 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso; SILVA, Rafael Peteffi da. **A responsabilidade civil na VII jornada de direito civil do Conselho da Justiça Federal**. Consultor Jurídico, 21 dez. 2015. Disponível em: Acesso em: 23 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil. Volume único**. São Paulo: Editora Forense, 6 edição, 2016.