XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MARCOS LEITE GARCIA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

CLODOALDO MOREIRA DOS SANTOS JÚNIOR

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 Naspolini - 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 - IMED – 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 – Goías
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 Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Marcos Leite Garcia

Lucas Gonçalves da Silva

Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-806-6

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

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da UFG - Universidade Federal de Goiás que ocorreu nos dias 19, 20 e 21 de junho de 2019, em Goiânia, cujo tema foi: CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do 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 I, coordenado pelos professores Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior, Lucas Gonçalves da Silva e Marcos Leite Garcia, 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- (IN) EFICIÊNCIA DA REGULAÇÃO JURÍDICA SOBRE O PODER ECONÔMICO DAS EMPRESAS PATROCINADORAS QUE OBJETIVAM A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

2 - A (IM)POSSIBILIDADE DE REVISÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

3 - A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 3

4 - A AUTONOMIA COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA DIGNIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

5 - A HUMANIZAÇÃO DAS PENAS COMO CONQUISTA CIVILIZATÓRIA

6 - A PRESCRIÇÃO DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EM RAZÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO PERPETUIDADE DA PENA

7 - A REFORMA TRABALHISTA E A TESE DA INDÚSTRIA DO DANO MORAL SOB A ÓTICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

8 - A SOLUÇÃO DE CONFLITOS CONSTITUCIONAIS ENTRE A LIBERDADE DE CRENÇA E DIREITO À VIDA: O CASO DOS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.

9 - A TUTELA JURÍDICA DA IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

10 - A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DECORRENTE DE TESTES DE ORIENTAÇÃO SEXUAL

11 - ACESSIBILIDADE EM ESPAÇOS FÍSICOS: AVANÇOS, EXPECTATIVAS E UTOPIAS CONSIDERANDO AS DECLARAÇÕES CONSTITUCIONAIS HUMANÍSTICAS

12 - AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E O ACESSO À EDUCAÇÃO NO BRASIL.

13 - DO AGENTE POLÍTICO E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

14 - EDUCAÇÃO, DEMOCRACIA E LIBERDADE: UMA VISÃO LIBERAL E REPUBLICANA

15 - INCAPACIDADE BIOPSICOSSOCIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: UTOPIA OU NECESSIDADE?

16 - LEI 13.491/2017: UMA QUESTÃO DE RETROCESSO DEMOCRÁTICO, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE

17 - O AUMENTO DAS “FAKE NEWS” DURANTE A PROPAGANDA ELEITORAL E SUA POSSÍVEL INFLUÊNCIA NO RESULTADO DO PLEITO

18 - O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS FORMAS DE MAXIMIZAR O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ATO DO JUBILAMENTO DE ALUNOS NA EDUCAÇÃO SUPERIOR

19 - OS DIREITOS ESTABELECIDOS PELA LEI Nº 9.656/1998 E OS PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS FIXADOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

20 - OS LIMITES DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

21 - RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE DIANTE DE SUA FUNDAMENTALIDADE

22 - TUTELA DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE: RELAÇÕES ENTRE DIREITO E RELIGIÃO À LUZ DO CONCEITO DE LAICIDADE

23 - UMA ANÁLISE DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

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 I também proporcionou um entoado 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 da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior - UFG

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia - UNIVALI

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TUTELA JURÍDICA DA IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

LEGAL GUARDIANSHIP OF THE IMAGE OF THE CHILD AND ADOLESCENT

Amanda de Souza Morais

Resumo

O presente trabalho se dedica à análise dos aspectos inerentes à tutela jurídica conferida à imagem da criança e do adolescente. São tomadas como premissas as disposições constitucionais, legais, doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, verificando-se os parâmetros definidos com vistas a efetiva proteção do direito da personalidade em exame.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Personalidade, Imagem, Direito da criança e do adolescente, Direito ao esquecimento

Abstract/Resumen/Résumé

The present work is dedicated to the analysis of the aspects inherent to the legal guardianship conferred to the image of the child and adolescent. Are taken as assumptions the constitutional arrangements, legal, jurisprudential and doctrinal on the subject, with the parameters defined with a view to effective protection of the right of personality in exam.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Personality, Image, Right of children and adolescents, Right to oblivion

1 INTRODUÇÃO

Tratar do direito à imagem requer uma compreensão acerca da sua origem e uma adaptação interpretativa das possibilidades de sua violação, mormente diante das novas tecnologias. Apesar das contribuições históricas para a discussão do tema, são contemporâneas e, muitas vezes, incertas, as respostas relacionadas ao conflito entre a exposição da imagem e o direito de informação.

Nesse texto, busca-se compreender como tal temática é abordada para a proteção das crianças e adolescentes e, num segundo momento, para a proteção de tais sujeitos em situação infracional.

Para tanto, inicialmente, será realizado um breve escorço histórico sobre o tema, abordando-se, sequencialmente, sua proteção legal e constitucional e, por fim, chegando-se à compreensão acerca da proteção do direito à imagem de crianças e adolescentes em situação infracional e do direito ao esquecimento nos casos de violação do direito à imagem de tais sujeitos.

2 INCREMENTO DO DIREITO À IMAGEM – BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

Falar da imagem enquanto direito requer prévia análise do seu incremento como tal, pois, como bem ressalta Manoel Jorge e Silva Neto “não se entenderá jamais qualquer fenômeno do direito à revelia do percurso histórico mediante o qual se consolidou” (2008, p. 07). Assim, cumpre tracejar alguns aspectos relevantes da sua evolução.

Não é recente o interesse do homem em relação à imagem e à sua preservação. Como é cediço, o período pré-histórico deixou vestígios da aspiração humana de expressar os acontecimentos vividos e comunicá-los, o que, na época, ocorria por meio de desenhos gravados em cavernas, rochas e outras superfícies.

A ideia de que a imagem não tem fim, ainda que a morte esteja no começo (DEBRAY, 1993, p. 40) representa a essência do rito realizado pelos egípcios antigos, que embalsamavam o corpo como forma de garantir a sobrevivência da imagem, enterrando-o com seus pertences e levando para os jazigos as alegrias da existência. Eis que surge a invenção da efígie (DEBRAY, 1993, p. 31). Assim, a imagem permanecia.

Na Grécia, a imagem era materializada por meio de estátuas feitas em pedra, como demonstra Debray ao citar o mais antigo drama de Eurípides, Alceste, em que Admeto suplica aos escultores para lhe restituírem viva a mulher (1993, p. 24).

No direito romano, o *jus imaginum*, inicialmente, assegurava a exibição pública da efígie dos mortos por meio de estátuas tumulares exaltando bem alto o nome de sua *gens* e de seus nobres líderes (DEBRAY, 1993, p. 23).

A entronização do indivíduo, distintiva da Teoria do Direito Natural e da ideologia Iluminista, representou importante fator para a composição de um direito geral de personalidade, sempre presente na reflexão jurídica da tutela da personalidade humana (SOUSA, 1995, p. 62). Tal concepção motivou rupturas que colocaram a liberdade do cidadão e os direitos individuais em elevado patamar.

Não obstante, somente a partir do século XIX a imagem humana passou a adquirir contornos jurídicos, pois a invenção da fotografia, em 1829, gerou a possibilidade de reprodução idêntica da imagem, mas, também, a questão da exposição indevida e do uso abusivo da efígie alheia (CIONTI, 1998, p. 11).

A imagem como direito, foi inicialmente referida pela doutrina como uma manifestação do direito à intimidade. Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, no seu artigo, fizeram alusão à imagem como expressão do *right to privacy* (FARIAS, 1996, p. 120).

Na Europa, o Direito Germânico é considerado precursor quanto ao reconhecimento da existência do direito à própria imagem (*Recht am eigenen Bild*), tendo como marcos a lei da fotografia de 1876 e a monografia de Keissne, de 1896 (FARIAS, 1996, p. 121), na qual o autor já defendia a autonomia do direito à própria imagem.

No Direito Brasileiro, foi com o Texto Constitucional de 1988 que a efígie ocupou espaço de destaque, sendo elevada à categoria de direito fundamental individual, acompanhando os modelos espanhol e português e reconhecendo um problema que cresce com o avanço tecnológico (ARAUJO, 1989, p. 108).

Outrossim, a matéria passou a ser disciplinada pelo Código Civil de 2002 – Lei nº 10.406, em capítulo próprio (Dos Direitos da Personalidade), dos arts. 11 a 21.

3 IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALIDADE E O SEU ENQUADRAMENTO NORMATIVO-CONSTITUCIONAL

A imagem como direito, conforme os ensinamentos de Farias possui duplo caráter, pois, além de constituir direito fundamental com especial proteção pelo ordenamento jurídico, é, ao mesmo tempo, direito da personalidade (FARIAS, 1996, p. 105-106).

Os direitos da personalidade têm como objeto de tutela elementos essenciais e constitutivos da personalidade humana, tais como a vida privada, a honra, a intimidade e a imagem. Maria Helena Diniz pontua que tais direitos têm verdadeira qualidade de direito subjetivo, tendo o indivíduo, por atribuição do ordenamento jurídico, a faculdade de protegê-los e de exigir um comportamento negativo de todos, valendo-se de ação judicial (DINIZ, 2005, p. 123).

Em suma, os direitos da personalidade, dentre os quais está a imagem, são inerentes à pessoa e representam o mínimo necessário e fundamental à composição da personalidade humana.

No ordenamento pátrio, a previsão normativa da imagem como direito é dada pela Constituição Brasileira, de forma ampla, nos incisos V, X e XXVIII, *a*, do seu art. 5º. A amplitude de tais disposições é elucidada, de forma ilustre, por Manoel Jorge e Silva Neto, que identifica as figuras do direito *de* imagem, do direito *à* imagem e do direito *a* imagem.

A proteção prevista na alínea *a*, do inciso XXVIII, do art. 5º, da CF é destinada ao *direito de imagem*: "[...] são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas" (SILVA NETO, 2014, p. 741).

Já o inciso V, do art. 5º, da CF tutela o *direito à imagem*: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" (SILVA NETO, 2014, p. 741).

Por fim, o inciso X, do art. 5º, da CF protege o *direito a imagem*, prevendo que: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Neste dispositivo estão abrangidos o direito *de* imagem e o direito *à* imagem (SILVA NETO, 2014, p. 741).

O Autor destaca, ainda, que o Texto Constitucional promoveu a tutela de duas espécies de imagem que não se pode confundir: a *imagem-retrato* (direito de imagem) e a *imagem-atributo* (direito à imagem).

Citando Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, o autor avulta que a imagem deve ser entendida, de um lado, como o direito relativo à reprodução gráfica da

figura humana, e, de outro, como o conjunto de atributos amanhados pelo indivíduo e reconhecidos pela sociedade (SILVA NETO, 2014, p. 741).

O primeiro aspecto – *imagem-retrato* – é representado pela imagem fisionômica. Já o segundo caractere da imagem – *imagem atributo* – resulta da estruturação dos atributos subjetivos do indivíduo (SILVA NETO, 2014, p. 742).

Caracterizada, portanto, a ampla proteção constitucional conferida à imagem como direito fundamental individual.

4 A IMAGEM COMO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

No Brasil, a estruturação do chamado Direito da Criança e do Adolescente percorreu um caminho ríspido e se deu a partir da modificação de paradigmas, concepções, princípios e sentidos.

A passagem do Direito Tutelar para o atual Direito Protetor-Responsabilizador implicou na alteração da concepção de crianças e adolescentes como "objetos de proteção" para sujeitos de direitos, o que só foi possível após o perfilhamento do Princípio da Proteção Integral pela atual Carta Magna e, logo após, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n° 8.069/90 – que, enquanto microssistema jurídico de proteção, traz disposições concernentes a: Direitos Fundamentais; Política de Atendimento; Medidas de Proteção; Acesso à Justiça; Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos; Sujeitos Atuantes (Ministério Público, Conselho Tutelar, Advogado); Prática de Ato Infracional e Procedimento de Apuração, entre outras.

O referido princípio é fruto da Convenção sobre os Direitos da Criança, da Assembleia Geral das Nações Unidas, e obriga a ação da família, da sociedade e do Estado no sentido de efetivar os direitos fundamentais necessários ao pleno desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente e prevenir tais direitos de ameaça ou de violação. Destarte, a proteção integral compõe o conjunto de mecanismos destinados à concretização de tutela especial e global.

Afinada ao princípio da dignidade humana, a proteção integral reconhece a criança e o adolescente como titulares de direitos fundamentais, como vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e

convivência familiar e comunitária, os quais devem ser assegurados com absoluta prioridade (art. 227, da CF e arts. 3º e 4º, do ECA).

O parágrafo único, do art. 4º, do ECA determina situações que compreendem a garantia de prioridade:

> Lei n° 8.069/90
> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

De acordo com a lei, em tais casos, existindo conflito, ainda que todos os direitos contrapostos sejam fundamentais, a prioridade absoluta é o atendimento ao(s) destinado(s) à criança e ao adolescente.

Em que pese a disposição legal expressa e a singular finalidade para a qual o Estatuto foi elaborado, diante do caso concreto, não se pode abrir mão do método da ponderação de interesses, sendo judicioso verificar-se as circunstâncias a fim de que a restrição seja a menor possível.

Outro princípio de significativa relevância aos direitos infanto-juvenis é o do melhor interesse, consubstanciado na necessidade de se buscar a solução adequada à preservação do melhor interesse da criança e do adolescente, ainda que seja contrária ao desejo dos genitores ou do representante legal.

É inolvidável que a infância e a adolescência são fases da vida nas quais a personalidade está sendo estruturada. Em virtude disso, o Estatuto considerou a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, fixando, como ressaltado alhures, regras que impõem a sua proteção integral e especial. A condição foi, ainda, adotada como critério interpretativo das disposições estatutárias e como parâmetro para a realização dos direitos fundamentais e aplicação de medida socioeducativa (arts. 6º; 69, II; 71 e 121, do ECA).

A criança e o adolescente são sujeitos de direitos e deveres, cuja personalidade, ainda incompleta, deve ser estruturada nos convívios familiar e social. Além dos direitos

firmados pela Constituição Federal e pelo Código Civil, destinados a todos os cidadãos, o ECA tratou de outros direitos fundamentais em seu Título II.

A imagem como direito fundamental está referida no art. 17, do ECA, que determina: "O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais".

Percebe-se que o dispositivo guarda estreita relação com a dignidade humana, reportando-se à inviolabilidade da integridade da criança e do adolescente em todos os aspectos. Refere-se, outrossim, aos elementos constitutivos da personalidade humana protegidos pelo direito da personalidade, dentre os quais, a imagem.

5 USO DA IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A tutela jurídica quanto ao uso da imagem da criança e do adolescente foi objeto de disposição pelo ECA, que prevê sanções administrativas, penais e civis aos indivíduos que praticam infrações contra os beneficiários dessa proteção.

O amparo administrativo é realizado pela autoridade judiciária, a quem compete disciplinar, mediante portaria, ou autorizar, por meio de alvará, algumas situações. Serão destacadas aquelas que interessam ao presente trabalho, ais quais estão estabelecidas no art. 149, inciso I, alínea *e*, e inciso II, alíneas *a* e b, do ECA.

A "entrada ou permanência de criança ou adolescente desacompanhado dos pais ou responsáveis em estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão" é uma das hipóteses previstas (art. 149, I, *e*, do ECA).

Em relação a este ponto, a doutrina é pacífica quanto à desnecessidade de intervenção da autoridade judiciária caso o menor esteja acompanhado do(s) genitor(es) ou do responsável (SILVA, 1994, p. 225).

No que concerne à participação de criança e adolescente em espetáculos públicos e seus ensaios, bem como em certames de beleza (art. 149, II, *a*; *b*, do ECA), não importa a anuência ou o acompanhamento do(s) genitor(es) ou do responsável, pois, nestes casos, a intervenção do juiz e a respectiva autorização por meio de alvará são obrigatórias (SILVA, 1994, p. 225).

Tal exigência se dá em razão de, nesta segunda hipótese, a participação e a exposição da imagem ocorrer diretamente. Percebe-se, portanto, a finalidade preventiva das disposições em comento, colocando-se em primeiro plano a incolumidade da imagem da criança e do adolescente.

O ECA também previu dispositivos abrangendo aspectos penais. O primeiro deles, o art. 240, trata do registro, por qualquer meio, de cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Em seu preceito secundário, a norma prevê a pena de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. A penalidade pune quem produz, reproduz, dirige, fotografa, filma ou registra a cena, seja qual for o meio.

No ano de 2008, além de realizar diversas alterações no Estatuto, a Lei nº 11.829 incluiu os dispositivos 241-A; 241-B; 241-C; 241-D, e 241-E, representando importante avanço na proteção penal da imagem da criança e do adolescente, com o intuito coibir a pedofilia e a exploração sexual desses sujeitos.

Dentre as mudanças está o agravamento da sanção prevista no art. 241 e a ampliação das condutas consideradas como crimes, dentre as quais: oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (art. 241-A, do ECA).

A referida Lei determinou, também, que a expressão "cena de sexo explícito ou pornográfica compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais" (art. 241-E).

É cediço que o avanço tecnológico e das comunicações possibilitou e continua viabilizando a ação de pedófilos e de promotores da pornografia infantil, especialmente por meio da internet, tendo em vista a dificuldade dos órgãos responsáveis para controlar e fiscalizar a totalidade das condutas no mundo virtual. Assim sendo, são de salutar importância a atualização legislativa a respeito da matéria e o aprimoramento dos mecanismos de combate, investigação e penalização de tais crimes.

Ressalte-se que a doutrina penal considera o exame de amadurecimento nos crimes sexuais com vistas à verificação da existência de violência presumida (art. 244, do CP). No âmbito do Estatuto tal critério é irrelevante, pois a proteção é indistintamente direcionada aos menores de 18 anos, tendo em vista a primordial necessidade de proteger integralmente a dignidade e os demais direitos fundamentais de crianças e de adolescentes.

Por fim, em relação ao âmbito civil de tutela da imagem da criança e do adolescente, passa-se a analisar "o valor econômico" proveniente da sua utilização.

O ordenamento jurídico pátrio confere ao direito à imagem caráter patrimonial que possibilita ao seu titular autorizar o uso alheio, inclusive para fins econômicos.

Atualmente, é notória a atuação de crianças e adolescentes em campanhas publicitárias, filmes, novelas, peças teatrais e afins. Considerando os comentários tecidos até o momento é inequívoca a conclusão quanto à regular possibilidade de disposição relativa da imagem destes indivíduos, até porque o ECA não determina regra em sentido contrário.

Portanto, a cessão da imagem, desde que sob o controle e a fiscalização dos pais, do Ministério Público e do Poder Judiciário (art. 149, ECA), não coloca em risco a sua integridade.

Questionamento relevante diz respeito à situação jurídica de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 (catorze) anos que realizam atuação em produções artísticas, tendo em vista que este foi o parâmetro MÍNIMO estabelecido pela Constituição Federal para admissão ao trabalho (art. 7º, XXXIII, e art. 227, § 3º, I, da CF).

A Convenção n° 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em seu Artigo 8, prevê que a autoridade competente poderá conceder, por meio de permissões individuais, exceções à proibição de admissão ao emprego ou trabalho, nos casos em que a finalidade seja a participação em representações artísticas. Essa concessão fica condicionada a prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, quando tais organizações existirem. Ademais, as permissões devem limitar o número de horas do emprego ou trabalho autorizadas e prescrever as condições em que esse poderá ser realizado.

Essa Convenção foi recepcionada pelo Direito Brasileiro e promulgada por meio do Decreto n° 4134/2002.

A CLT, por sua vez, apresenta certa regulamentação, determinando a necessidade de autorização expressa do juízo da Infância e da Juventude e estabelecendo requisitos, a saber: o trabalho deve ter finalidade educativa ou não representar prejuízo à formação moral da criança ou do adolescente e deve ser essencial à subsistência do ator infanto-juvenil ou de sua família (art. 406, I e II, da CLT).

Com base nas referidas regras, por meio de autorização judicial, o trabalho de criança ou adolescente vem sendo autorizado.

É pertinente ressaltar que há na doutrina posicionamento em sentido diverso. Andréa Rodrigues Amin considera que não se trata de um contrato de trabalho regido pela CLT, mas sim um contrato de participação artística, dependente de autorização judicial e

subordinado a um regime especial, em conformidade com a portaria do juízo da infância e juventude (AMIN, 2010, p. 63).

Tais regramentos e considerações revelam a necessidade de proteção especial dos sujeitos destinatários de modo a compatibilizar a relativa disposição da imagem com a preservação da personalidade, da formação moral, da integridade e, sobretudo, dos direitos fundamentais constitucional e legalmente previstos.

Neste contexto, em se tratando da imagem como direito, os fatos geradores de responsabilidade civil podem decorrer de ilícito contratual, quando utilizado o retrato da pessoa fora dos limites contratuais, ou, de ilícito extracontratual proveniente de ofensa àquele direito.

Segundo Maria Helena Diniz o ato ilícito ocorre não só com a captação, a reprodução, a publicação ou a divulgação da imagem de outrem, sem a necessária autorização do seu titular, mas também quando se extrapola os limites contratuais avençados (DINIZ, 2002, p. 95).

Sobre o tema colacionam-se excertos de decisões elucidativas:

> TJ-SP - APL: 00705880620088260114 SP 0070588-06.2008.8.26.0114, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Data de Julgamento: 06/10/2015, Data de Publicação: 06/10/2015, 1ª Câmara de Direito Privado.
> RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano à Imagem – Modelo – Cerceamento de defesa e sentença "ultra petita" – Inexistência – Autorização de uso de imagem para fins publicitários – Contrato verbal – A utilização da imagem deve se dar pelo tempo e modo consentidos - Os contratos de licença de uso de imagem só comportam uma interpretação estrita, principalmente se verbais - Danos materiais e moral configurados - Recurso desprovido.
>
> TJ-DF - APC: 20140110895035. Relator: Gislene Pinheiro, Data de Julgamento: 07/10/2015, Data de Publicação: Publicado no DJE : 15/10/2015, 2ª Turma Cível.
> APELAÇÃO CÍVEL. IMAGEM DA AUTORA. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. MATÉRIA CONSTRANGEDORA. RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO NÃO COMPROVADA. SÚMULA 403/STJ. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. PROPORCIONALIDADE. 1. Não comprovada a natureza da relação contratual firmada entre a ré e o suposto detentor do site no qual foi veiculada a notícia, persiste a responsabilidade daquela, visto que foi por meio de sua página na internet que os internautas tiveram acesso à matéria jornalística sobre a qual versa a demanda. 2. Nos termos da Súmula n. 403/STJ, a publicação não autorizada de imagem de pessoa constitui dano *in re ipsa*, prescindindo de apresentação de provas que demonstrem a ofensa moral da pessoa, sendo suficiente, para sua configuração, apenas a prova do uso desautorizado, somada à exposição da fotografia da autora ligada a texto constrangedor, em verdadeira ofensa aos direitos da personalidade. 3. O valor do dano moral tem sido enfrentado pela jurisprudência com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. 4. Cabe ao julgador, por seu prudente arbítrio e tendo sempre em mente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estimar, no caso concreto, um valor justo a título de indenização por danos morais. 5. Observados esses critérios, à luz das peculiaridades que envolvem o caso concreto, a manutenção do *quantum* indenizatório arbitrado pelo juízo

> processante é medida que se impõe. 6. Recurso da autora improvido. Recurso da ré improvido.

Assim sendo, os danos provenientes de ato ilícito, seja ele contratual ou extracontratual, ocasionam a responsabilização do agente e a devida reparação da vítima por meio de indenização, tendo em vista a expressa previsão neste sentido do art. 5º, X, da CF, das disposições legais referidas e, outrossim, da efetiva observância desses ditames pelos órgãos do Poder Judiciário.

6 A IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Considerando a relevância da questão e sua atualidade, assim como as disposições legais a respeito, não se pode prescindir de análise acerca da imagem de crianças e adolescentes infratores.

O ordenamento Pátrio reconheceu, expressamente, a inimputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos, os quais estão sujeitos às medidas previstas na Lei nº 8.069/90 caso pratiquem conduta descrita como crime ou contravenção penal, isto é, ato infracional (art. 228, da CF; arts. 103 e 104, do ECA).

Contudo, o tipo de medida a ser aplicada varia de acordo com o infrator. Ao ato infracional praticado por criança (pessoa até doze anos de idade incompletos) corresponderá a aplicação das chamadas medidas específicas de proteção (art. 105, do ECA). Verificada a prática de ato infracional por adolescente, o juiz poderá aplicar medidas socioeducativas e/ou medidas de proteção, conforme as circunstâncias do caso (art. 112, do ECA).

Ao tratar da matéria, o Estatuto especifica direitos individuais e garantias processuais destinadas aos adolescentes infratores durante os períodos de apuração investigativa e judicial da conduta. Dentre tais direitos está a proibição de identificação compulsória, pelos órgãos policiais, do adolescente civilmente identificado, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada (art. 109, do ECA).

No capítulo concernente às disposições gerais do Acesso à Justiça, o ECA estabelece significativo regramento à garantia de preservação da imagem da criança e do adolescente infrator, senão vejamos:

> Lei nº 8.069/90
> Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.
> Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.

Está, portanto, estabelecida vedação expressa à divulgação de qualquer ato que macule a imagem de criança ou adolescente infrator.

Nestas situações, insta ponderar os aspectos característicos do Direito da Criança e do Adolescente: o princípio da proteção integral, o melhor interesse, a absoluta prioridade e a peculiar condição desses sujeitos como pessoas em desenvolvimento, já que a execração pública, antes do devido julgamento, representa verdadeiro atentado à imagem (NOGUEIRA, 1991, p. 201).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de resguardo do direito a imagem e a intimidade mesmo após o falecimento do seu titular, considerando que a morte não altera o raciocínio e que os mortos também são dignos de proteção (RESP 55168-RJ, 1994/0030516-8, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 28/08/1995, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 09.10.1995).

A divulgação, total ou parcial, sem a devida autorização, por qualquer meio, de nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional, constitui a infração administrativa prevista no art. 247, do ECA, punida com multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Em caso de conflito, não cabe invocar o livre exercício do direito de informação, em razão da primazia conferida à infância e à adolescência pela Constituição Federal e da peculiar condição de desenvolvimento da pessoa humana. Em linhas objetivas: entre o direito de informação-liberdade de imprensa e a preservação da imagem de crianças e adolescentes, o último prevalece.

Em razão do processo de desenvolvimento, crianças e adolescentes passam por diversas modificações que devem ser respeitadas e levadas em consideração. Neste quadrante, destaca-se o direito ao esquecimento como fator de acentuada relevância aos direitos personalíssimos.

No ano de 2013, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 531 determinando que a proteção da dignidade humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento, com a seguinte 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 especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Eis o reconhecimento da existência do direito de não ser eternamente lembrado por fatos equivocados do passado, não se permitindo, pois, a duração indefinida e eterna da informação.

O direito ao esquecimento se estende, também, ao sujeito com idade inferior a 18 (dezoito) anos que praticou ato infracional, em consonância com a tutela conferida pelas disposições estatutárias, mencionadas alhures. O STJ já se manifestou neste sentido decidindo que eventual medida socioeducativa aplicada a candidato de concurso, quando menor de idade, não tem o condão de afastar os bons antecedentes, sendo este o entendimento consagrado pelo Tribunal Superior. A perpetuação de fato passado não se amolda às disposições constitucionais.

O sigilo das informações relativas à prática de ato infracional e ao seu autor objetivam a preservação da imagem e da identidade do indivíduo que se encontra em condição peculiar de desenvolvimento da personalidade, impedindo a estigmatização de crianças e adolescentes e suas respectivas famílias.

A lei estatutária, assim, busca resguardar a possibilidade de futuro e de um bom conceito da criança e do adolescente infrator.

7. CONCLUSÃO

A teorização do Direito da Criança e do Adolescente possibilitou, de um lado, a garantia dos direitos fundamentais destinados a todos os cidadãos e, de outro, a asseveração de direitos especiais justificados pela condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, gerando a necessidade de proteção integral e prioritária com atendimento ao melhor interesse desses sujeitos.

O ECA tutela a imagem de crianças e adolescentes, expressamente, como extensão do direito ao respeito. Assim, sendo a imagem elemento essencial à constituição da personalidade, é indispensável a sua tutela.

Todavia, hodiernamente, é evidente a participação de indivíduos menores de idade em produções artísticas e publicitárias. A respeito disso, o ordenamento pátrio não veda a possibilidade de disposição relativa da imagem. Todavia, esta realidade demanda cautela, de modo que a disposição não pode implicar total sacrifício ou inobservância do direito. Para tanto, revela-se de salutar importância a atuação do Juiz da Infância e da Juventude a fim de fiscalizar e controlar tais casos.

Neste contexto, ato ilícito violador do direito a imagem ocasiona a responsabilização do agente e a devida reparação dos danos materiais e morais suportado pela vítima, demonstrando-se, sinteticamente, que entre o direito de informação e a preservação da imagem de crianças e adolescentes, o último prevalece.

A proteção à imagem de crianças e adolescente desemboca, por fim, no reconhecimento da existência do direito de não ser eternamente lembrado por fatos equivocados do passado, não se permitindo, pois, a duração indefinida e eterna da informação.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andrea Rodrigues. ln: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 4. ed., rev. e atualizada conforme Lei n° 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 63.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem.** 1989. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, PUC SP, São Paulo. 1989.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação 0070588-06.2008.8.26.0114. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Data de Julgamento: 06/10/2015. Data de Publicação: 06/10/2015. 1ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/263578646/apelacao-apl-70588062008826011 4-sp-

0070588-0620088260114/inteiro-teor-263578669?ref=juris-tabs>. Acesso em: 09 de agosto de 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Apelação Cível 20140110895035. Relator: Gislene Pinheiro. Data de Julgamento: 07/10/2015. Data de Publicação: 15/10/2015. 2ª Turma Cível. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/243159097/apelacao-civel-apc-20140110895035>. Acesso em: 09 de agosto de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 55168 RJ 1994/0030516-8. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Data de Julgamento: 28/08/1995. Data de Publicação: 09/10/1995. T6 - Sexta Turma. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551318/recurso-especial-resp-55168>. Acesso em: 09 de agosto de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em Mandado de Segurança 48568 RJ 2015/0144214-8. Relator: Ministro Humberto Martins. Data de Publicação: 29/06/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/203803913/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-48568-rj-2015-0144214-8>. Acesso em: 09 de agosto de 2017.

CIONTI, Ferdinando. **Alle origini del diritto all'immagine**. Milão: Giuffrè, 1998, p. 11.

DEBRAY, Régis. **Vida e morte da imagem**: uma história do olhar no Ocidente. Petrópolis: Vozes, 1993, p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1:** teoria geral do Direito Civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 123.

_____. Direito à imagem e sua tutela. In: **Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais**. Coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 95.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 120.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto **da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 201.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: comentários. São Paulo: RT, 1994, p. 225.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 7.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 741.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O **Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 62.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Convenção **nº 138 sobre a idade mínima de admissão ao emprego**. Disponível em: <http:// http://www.tst.jus.br/documents/2237892/0/Conven%C3%A7%C3%A3o+138+da+OIT++Idade+m%C3%ADnima+de+admiss%C3%A3o+ao+emprego>. Acesso em: 11 de Agosto de 2017.

VI JORNADA DE DIREITO CIVIL. CJF – Enunciados. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 09 de agosto de 2017.