

DIREITO E MÍDIA

Direito e Mídia é fruto das reflexões de diferentes estudiosos em torno de temas que têm consistido em "zonas de conflito" entre o Direito e a Comunicação. Biografias não autorizadas, direito de sátira, proibições judiciais de exibição de filmes no cinema, uso de imagens de arquivo no fotojornalismo, direito ao esquecimento, transmissão de eventos esportivos, hate speech e direito de resposta são alguns dos temas tratados com profundidade nesta obra.

Escrito em linguagem simples e informal, o livro se destina não apenas a advogados e comunicadores, mas também a estudantes de Direito e de Comunicação Social, bem como a qualquer leitor que pretenda se aprofundar nas controvertidas questões que compõem o seu conteúdo. Seu intuito fundamental é estabelecer o diálogo e fomentar o debate sobre alguns dos tópicos mais instigantes da atualidade.

Prof. Anderson Schreiber
Coordenador

atlas.com.br



9788322475346

DIREITO E MÍDIA

G

DIREITO E MÍDIA

ANDERSON SCHREIBER

COORDENADOR

ANDERSON SCHREIBER • ALLAN ROCHA DE SOUZA • ANDRÉ BRANDÃO NERY COSTA
ANTÔNIO PEDRO MEDEIROS DIAS • BRUNO LEWICKI • CAROLINE DIAS ANDRIOTTI
EDUARDO NUNES DE SOUZA • GABRIEL ROCHA FURTADO • HELDER GALVÃO
IVANA PEDREIRA COELHO • LUIZ FELIPE CARNEIRO • MARCELA MAFFEI QUADRA
TRAVASSOS • REBECA DOS SANTOS GARCIA • THAÍS FERNANDA TENÓRIO SÉCO
VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA JUNIOR

atlas

© 2013 by Editora Atlas S.A.

Capa: Leonardo Hermano
Projeto Gráfico e Composição: Ronaldo Alexandre



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Schreiber, Anderson
Direito e Mídia /
Anderson Schreiber, coordenador. – São Paulo: Atlas, 2013.

Bibliografia.
ISBN 978-85-224-7534-6
eISBN 978-85-224-7749-4

1. Comunicação 2. Comunicação social 3. Direito e
comunicação 4. Liberdade de expressão 5. Meios de
comunicação 6. Mídia I. Schreiber, Anderson

12-15335
CDU-34:316.77

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito e comunicação 34:316.77

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total
ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos
direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184
do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994,
de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384
Campos Elísios
01203 904 São Paulo SP
011 3357 9144
atlas.com.br

Sumário

Sobre os Autores 7

Direito e Mídia 9
Anderson Schreiber

Direito de imagem e fotojornalismo 27
Helder Galvão

Controle de conteúdo no cinema? 48
Thais Fernanda Tenório Sêco

Ensaio sobre o jabá 80
Bruno Lewicki

Direito de sátira: conflitos e parâmetros de ponderação 97
Ivana Pedreira Coelho

O terreno minado das biografias não autorizadas no Brasil 118
Luiz Felipe Carneiro

Direito de resposta: perspectivas atuais 132
Antônio Pedro Medeiros Dias

A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo 158
Vitor de Azevedo Almeida Junior

Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital 184
André Brandão Nery Costa

Transmissão de eventos desportivos e direito de arena: contornos de um direito peculiar 207
Rebeca dos Santos Garcia

O marco civil da Internet: a construção da cidadania virtual 236
Gabriel Rocha Furtado

Direitos autorais e as obras audiovisuais: entre a proteção e o acesso 255
Allan Rocha de Souza

Hate speech e liberdade de expressão 281
Marcela Maffei Quadra Travassos

Dano à honra pela opinião do entrevistado ou do leitor 304
Eduardo Nunes de Souza

A responsabilidade civil das empresas jornalísticas 328
Caroline Dias Andriotti

Créditos 347

Sobre os Autores

Anderson Schreiber (coord). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor em Direito Privado Comparado pela Università degli Studi del Molise (Itália). Mestre em Direito Civil pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Fórum Permanente de Direito do Consumidor da EMERJ. Autor dos livros *Direito da Personalidade*, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil* (ambos pela Editora Atlas) e *A Proibição de Comportamento Contraditório* (Editora Renovar), além de diversos artigos e pareceres publicados em revistas especializadas.

Allan Rocha de Souza. Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto e Coordenador do curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios. Professor e Pesquisador em Políticas Culturais e Direitos Autorais no Programa de Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento (PPED) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito, Artes e Políticas Culturais (NEDAC/UFRJ).

André Brandão Nery Costa. Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

Antônio Pedro Medeiros Dias. Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Bruno Lewicki. Doutor em Direito Civil (UERJ). Vice-Presidente da Comissão de Direito Autoral, Direitos Imateriais e Entretenimento da OAB-RJ. Coordenador geral da graduação em Direito do IBMEC no Rio de Janeiro.

Caroline Dias Andriotti. Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procuradora da Fazenda Nacional.

A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo

Vitor de Azevedo Almeida Junior.

Diante da objetiva, sou, ao mesmo tempo: aquele que eu me julgo, aquele que eu gostaria que me julgasse, aquele que o fotógrafo me julga e aquele de que ele se serve para exibir sua arte.

Roland Barthes, *A Câmara Clara: Notas sobre a Fotografia*

Sumário: Introdução: a imagem na sociedade atual 1 O binômio imagem-texto nos meios de comunicação e a instantaneidade da imagem na sociedade midiática 2 Os riscos do uso de imagens fora de contexto e de arquivo 3 Alguns casos de utilização indevida de imagens fora de contexto 4 Alguns casos de utilização indevida de imagens de arquivo 4.1 A imagem de arquivo digital: entre a memória e o esquecimento 4.2 Da violência urbana ao crime passionai: uma foto, várias histórias. O uso de imagem de arquivo e fora de contexto 4.3 O uso de imagens de arquivos e as colunas sociais 4.4 O uso de imagens de arquivos para fins comerciais e o caso do concurso de Miss Senhorita Rio 4.4.1 O caso da Plataforma P-36 Conclusão

Introdução: a imagem na sociedade atual

Vive-se em um mundo eminentemente imagético, no qual, com o advento da Internet e a contínua massificação da comunicação em escala global, se intensificaram e, conseqüentemente, se modificaram enormemente as possibilidades de uso de imagens em mídias impressas e eletrônicas. Dentre os mecanismos de comunicação na história da humanidade, a imagem sempre exerceu um papel proeminente, ainda que durante longo período a escrita a sobrepujasse em importância.

A invenção da fotografia – representante maior da imagem nos tempos atuais – incrementou as formas de uso das imagens, que passaram a ser utilizadas, no início do século XX, ainda que paulatinamente, em revistas, e, depois, em jornais, de modo a ilustrar suas matérias e anúncios. O uso de imagens em grande volume em jornais, revistas e mídias publicitárias gerou a chamada “civilização da imagem”.¹

Com a popularização das câmeras fotográficas e as inovações tecnológicas, as imagens fotográficas passaram a constituir verdadeiros acervos e, depois, na era tecnológica, bancos de imagens, em que se armazena um volume colossal, quase que infinito de imagens arquivadas. Em uma sociedade global ávida por notícias e informações e conectada em tempo integral com os novos e instantâneos meios de comunicação, são grandes os riscos de utilizações indevidas de imagens de arquivo, sobretudo se descontextualizadas no momento de sua reutilização.

O binômio imagem-escrita em jornais e revistas é uma constante nas últimas décadas e a televisão desde a sua invenção é dependente da imagem em movimento. Contudo, por mais que seja disseminado no ambiente jornalístico e publicitário que uma imagem vale mais que mil palavras, não se pode descuidar da necessidade de sua contextualização, além da escolha adequada da imagem em face do conteúdo da informação ou publicidade que se almeja veicular, sob pena de se incorrer em usos indevidos, ainda que legalmente autorizados em momento pretérito.

1 Segundo Paulo Bernardino, “[...] a segunda metade do séc. XX pode ser designada como a ‘civilização da imagem’, ou mais precisamente a ‘era da simulação’.” [...] Segundo Baudrillard, vivemos num mundo de simulação, num mundo onde a maior função do signo é fazer desaparecer a realidade, e ao mesmo tempo mascarar este desaparecimento. As imagens deixam de pertencer ao lado humano espaço-temporal e passam a pertencer ao cotidiano da comunicação de massas. As imagens passam a ser utilizadas de uma forma racional e pragmática” (*O Hábito da Imagem. Representação e Tecnologia na Arte. Livro de Actas – 4º SOPCOM. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/bernardino-paulo-habito-imagem.pdf>.* Acesso em: 19 out. 2011).

A celeridade na veiculação de notícias e informações em mídias impressas e, principalmente, eletrônicas, como forma de atender a uma demanda própria da sociedade de consumo, impõe aos grandes conglomerados midiáticos a manutenção de bancos de imagens, devidamente catalogados e tematizados, a fim de que se facilite a ilustração de matérias e anúncios.

Ocorre que não raras são as vezes em que a utilização de imagem arquivada, mas não publicada, ou imagem já publicada, e tempos depois republicada, atenta flagrantemente contra a proteção da imagem da pessoa humana, de modo a perpetrar não só danos à sua imagem, mas podendo se verificar, no caso concreto, violações à honra, intimidade, vida privada e identidade pessoal, ainda que no momento da captura da imagem e publicação originária não tenham ocorrido tais ilícitos.

A imagem recebeu proteção constitucional no art. 5º, inciso X, ao lado da intimidade, vida privada e honra. O próprio comando da Constituição da República de 1988 concedeu autonomia àquele direito, determinando sua inviolabilidade e assegurando a reparação em sede material e moral nas hipóteses de violação. É certo que esta inviolabilidade não é absoluta quer em virtude do confronto com a liberdade de expressão² quer em oposição ao direito à informação,³ eventos nos quais se impõe a necessária ponderação, com o fito de que se determine o “fiel da balança”.

Em sede infraconstitucional, o Código Civil de 2002 foi desastroso ao disciplinar o direito à imagem em seu art. 20. Ao perder a oportunidade de propor critérios razoáveis para os conflitos entre o direito à imagem e a liberdade de expressão e de informação, pecou, gravemente, o legislador ordinário, preterindo uma cláusula geral – mais adequada às hipóteses conflitivas em questão – a um enunciado rígido, fechado e demasiadamente restritivo. Não obstante, o aludido dispositivo não foi capaz de representar legitimamente os interesses constitucionalmente albergados de modo a refletir uma norma segura para os operadores do direito e condizente com a sociedade atual.

Não é em vão que alguns autores já se inclinaram a reconhecer a inconstitucionalidade do art. 20 do Código Civil, tamanha a incompatibilidade

com os princípios constitucionais.⁴ Embora se verifique o distanciamento, prefere-se, ao invés de torná-lo simplesmente inconstitucional, concentrar esforços em adequá-lo à sistemática constitucional. Isto é, relê-lo à luz da centralidade e supremacia da Constituição, fornecendo critérios hábeis e seguros à composição dos conflitos imanentes ao domínio da proteção da imagem da pessoa, eis que encartado como um dos mais importantes direitos da personalidade – tanto é que merecedor de um dentre os poucos dispositivos reservados à categoria no Código Civil, bem como constitui um aspecto essencial da proteção da pessoa humana.

Propõe-se, assim, a partir do problema acima levantado, estabelecer critérios seguros, e compatíveis com a ordem constitucional, relativos aos eventuais conflitos que o uso de imagens de arquivo e fora de contexto pode suscitar em uma sociedade em que a imagem adquire importância fundamental. A utilização indiscriminada e desenfreada destas imagens pode colocar em risco a proteção da pessoa humana em prol de um quadro tenebroso em que se reverberam violações contra a pessoa retratada. Essa situação é ainda potencializada na medida em que se multiplicam as formas de captação e tratamento de imagens – sobretudo fotográficas – e os meios de disponibilização, divulgação e reuso nos meios de comunicação.

2 Art. 5º [...] IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

3 Art. 5º [...] XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

4 Neste sentido, afirma Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho: “O art. 20 do novo Código Civil, que representa uma ponderação de interesses por parte do legislador, é desarrazoado, porque valora bens constitucionais de modo contrário aos valores subjacentes à Constituição. A opção do legislador, tomada de modo apriorístico e desconsiderando o bem constitucional da liberdade de informação, pode e deve ser afastada pela interpretação constitucional” (Direito à Informação x Direito à Privacidade: O Conflito de Direitos Fundamentais, In: Fórum: Debates sobre Justiça e Cidadania, Revista da AMAERJ, nº 5, 2002, p. 15). Em artigo publicado no jornal *O Globo*, em 26 de fevereiro de 2011, Daniel Sarmento, ao tratar sobre as decisões dos tribunais brasileiros proibindo a publicação de obras biográficas a respeito de pessoas públicas sem autorização, defendeu que: “já é juridicamente inaceitável condicionar a publicação de obras biográficas a qualquer tipo de autorização. Esta exigência não é compatível com a Constituição Federal, que protegeu energeticamente as liberdades de expressão e de imprensa, bem como o direito à informação, banindo qualquer forma de censura. O Código Civil é norma inferior à Constituição e não pode ser interpretado e aplicado de forma que contrarie os princípios e valores democráticos da nossa Lei Maior”. E conclui que: “[...] basta interpretar corretamente a nossa Constituição cidadã para reconhecer a impossibilidade jurídica de se condicionar a publicação de obras biográficas sobre figuras públicas à autorização do biografado ou de sua família” (*O Direito à Informação, O Globo, Opinião*, 26.2.2011).

1 O binômio imagem-texto nos meios de comunicação e a instantaneidade da imagem na sociedade midiática

O uso de imagens fotográficas ou ilustrativas em peças de comunicação é bastante comum desde a criação das primeiras formas de representação gráfica. Consta-se que, cada vez mais, se preterem os longos textos escritos por peças midiáticas fortemente ilustradas, utilizando-se de diversos elementos gráficos a fim de facilitar a comunicação e atingir mais amplamente os mais variados públicos receptores de conteúdos.

O início do processo de convivência texto-imagem se deu a partir do primeiro quartel do século XIX com a expansão do capitalismo e, em consequência, da necessidade de facilitar o intercâmbio entre diversos povos. Este binômio foi inserido, aos poucos e primeiramente, em revistas e depois em jornais, uma vez que havia um grande receio dos proprietários deste último veículo pela rejeição do público.⁵

Foi, no entanto, a partir do século XX, que “o universalismo da linguagem visual aparece como uma possibilidade de se alcançar um maior número de pessoas, rompendo-se as fronteiras do nacionalismo: fotos, filmes e programas de TV unem audiências do mundo todo sob as mesmas mensagens”.⁶

O processo de assimilação e retenção de uma imagem é de fundo emocional e subliminar, ou seja, depende das experiências sociais e culturais experimentadas de forma individual ou coletiva. Com a globalização, outra não pode ser a afirmação de que se afunilam as experiências compartilhadas, sendo comum que uma peça publicitária imagética atinja igualmente pessoas de diferentes países e formações culturais.

A linguagem visual é demarcada pelo fim rápido, objetivo e direto através do qual é transmitida uma mensagem, a qual pretende seja ampla e velocemente difundida. Mas para se alcançar tal objetivo “[...] é preciso entender a representação imagética enquanto produto cultural de uma sociedade, com múltiplas diferenciações entre os diversos grupos sociais”.⁷ Assim, por depender de um processo cognitivo coletivamente difundido, é possível existir a barreira da cultura para a devida assimilação de determinada imagem.

5 Ricardo Crisafulli Rodrigues, *Análise e Tematização da Imagem Fotográfica, Ciência da Informação*, Brasília, v. 36, nº 3, set/dez. 2007, p. 69.

6 Cristina Costa, *Educação, Imagem e Mídias*, São Paulo: Cortez, 2005, p. 36.

7 André Porto Ancona Lopez, *As Razões e os Sentidos*, 2000, 246 p. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 44, apud Ricardo Crisafulli Rodrigues, op. cit., p. 69.

Assim, o poder da imagem na sociedade contemporânea possui um alcance inestimável e infindável em face do progresso tecnológico das últimas décadas. O elemento imagético na era da comunicação de massas assume uma dimensão sem precedentes, nomeadamente com a difusão da televisão a partir da segunda metade do século passado e da explosão da Internet na virada do milênio. Vivemos imersos em uma sociedade em que a informação e a cultura são predominantemente visuais. Dos livros didáticos até os recentes *tablets*, o uso de imagens é incessante e não quantificável no cenário atual, sendo um encontro entre a oferta da indústria midiática e a demanda do público-receptor.

Na sociedade imagética o uso de imagens para fins informativos e publicitários cresce exponencialmente, fruto do desenvolvimento tecnológico no que tange à captura, tratamento, armazenamento, divulgação e publicação em meios impressos – principalmente jornais e revistas – e mídias digitais – a exemplo de *site* de notícias. Inverte-se a tradicional lógica na medida em que se antes a utilização de imagens servia para a ilustração de matérias jornalísticas e anúncios publicitários, hoje, geralmente, se consagra a fórmula “uma imagem vale por mil palavras”, preterindo-se cada vez mais a escrita pelo uso das imagens, notadamente a fotográfica.⁸

A invenção da enigmática caixa-preta⁹ se desvela como a mola propulsora das profundas modificações que viriam a ser operadas nos meios de comunicação anos mais tarde. As reportagens se tornariam fotoreportagens e o te-

8 Em interessante passagem, Charles Monteiro suscita e propõe uma reflexão sobre, afinal, “O que é uma fotografia? É uma imagem técnica de natureza híbrida, em parte produzida por processos físico-químicos e em parte produzida pela mão do homem com auxílio de um aparelho ótico. Em sua produção entram as concepções técnicas, políticas, sociais, culturais e estéticas do fotógrafo e da sociedade à qual ele pertence. A fotografia é uma imagem ambígua e polissêmica, passível de múltiplas interpretações de acordo com o meio que a veicula, seu intérprete, os contextos e os tempos de sua produção e recepção. A fotografia é também uma redução ou recorte do real. Primeiramente, um corte no fluxo do tempo, o congelamento de um instante separado da sucessão dos acontecimentos. Em segundo lugar, ela é um fragmento escolhido pelo fotógrafo pela seleção do tema, dos sujeitos, do entorno, dos objetos, do enquadramento, do sentido, do foco, da luminosidade, do formato e do equipamento, por exemplo. Em terceiro lugar, transforma o tridimensional em bidimensional, reduz a gama das cores e simula a profundidade do campo de visão. Ela é também uma convenção do olhar herdada do Renascimento e da pintura e reelaborada pela técnica, que é necessário aprender a ver. A câmara fotográfica capta às vezes mais e às vezes menos do que o nosso olho pode ver” (*Imagens Sedutoras da Modernidade Urbana: Reflexões Sobre a Construção de um Novo Padrão de Visibilidade Urbana nas Revistas Ilustradas na Década de 1950, Revista Brasileira de História*, v. 27, nº 53, São Paulo, jan./jun. 2007).

9 Para Vilem Fusser, a fotografia é muito mais do que o processo mecânico de registro de imagens, tanto que verificou a necessidade de ampliar sua definição para abarcar suas múltiplas possibilidades. Foi além, ao propor a criação da Filosofia da Fotografia. Seus ensaios estão reunidos na obra, à qual seja consentido remeter o leitor, *Filosofia da Caixa Preta: Ensaios para uma Futura Filosofia da Fotografia*, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002.

lejournalismo não viveria sem o recurso às imagens. A comunicação, em todas as esferas, dos relacionamentos interpessoais ao mundo midiático, sobretudo este por ser nosso objeto de reflexão, alcançam um estágio sem precedentes de inundação de imagens em todos os espaços permeados pela mídia.

A relação entre texto-imagem se altera para imagem-texto, numa clara inversão do cenário midiático em que estamos envolvidos. Constatado este fenômeno irrefragável, deve-se percorrer o conteúdo e extensão da proteção da imagem nos meios midiáticos, principalmente sua relação com os elementos textuais (título, subtítulo, legenda da foto, texto informativo) correspondentes. Como proceder à vinculação entre eles? Como integrar imagem e texto na mídia sem desprezeir o contexto? A imagem jornalística ou publicitária deve observar os elementos textuais e servir como um complemento ao conteúdo informativo ou publicitário ou uma imagem diz tudo, e qualquer texto seria redundante? Sobre a necessidade de sincronia entre a imagem selecionada para divulgação e o conteúdo, de cunho informativo ou publicitário, que se almeja transmitir é o que se abordará a seguir.

2 Os riscos do uso de imagens fora de contexto e de arquivo

O uso de imagens faz parte do cotidiano das pessoas, mesmo porque se estrutura como uma forma objetiva e direta de comunicação. O recurso ao elemento imagético é, atualmente, tão amplamente disseminado que é comum olvidar-se dos riscos que a utilização de uma imagem fora de contexto possa acarretar para a tutela da personalidade.

Como as pessoas encontram-se inseridas em teias sociais sujeitas ao predomínio do *mass media*, que, por sua vez, reforçam o significado da mensagem através do impacto que as imagens denotam no público-receptor, estes riscos são potencialmente aumentados, de forma a configurar uma verdadeira mácula. Após a violação, vê-se que dificilmente se conseguirá promover a reparação satisfatória ante a instantaneidade e velocidade da difusão.

Adquire atenção especial, portanto, se esta imagem for estampada em meios de comunicação de massa, justamente em virtude da amplitude e dimensões possíveis que, invariavelmente, tornam a lesão à pessoa mais danosa e de difícil reparação. Nas hipóteses em que o retratado tem seu direito à imagem lesionado nos canais comunicativos de massa e, sobretudo, nos meios eletrônicos se torna extremamente difícil estancar a perpetuação

do dano e promover uma justa reparação, visto que são desconhecidos os usos e formatos futuros em que os receptores poderão se valer da imagem promotora da lesão.

Outro ponto reside no fato de grande parte dos canais comunicativos ter se integrado ao mundo digital, possibilitando o acesso ao conteúdo não somente no veículo de origem, mas igualmente no meio eletrônico. Isso, além de angariar um público ainda maior, adiciona a possibilidade de este conteúdo, em forma de imagem, encontrar-se disponível não só no momento da publicação, mas permanecendo na rede sem prazo determinado, tornando-se um dado que dificilmente será apagado do domínio cibernético.

Diferentemente da dificuldade em se localizarem as edições antigas de jornais e revistas em época anterior ao advento da Internet, agora basta uma rápida pesquisa em sítios de busca que um infundável volume de informações e imagens de determinada pessoa torna-se acessível em instantes, independentemente de autorização ou do intuito informativo necessário para a publicação nos meios de comunicação. Neste trilho, percebe-se que o critério da atualidade da imagem para fins informativos torna-se inócuo ou ineficaz diante da memória gigantesca da Internet. Não é por menos que é comum se valer da máxima de que no atual cenário digital “tudo que é colocado na Internet jamais é esquecido”.

Embora o ato de esquecer tenha sido uma constante na história da humanidade através da qual se permite o erro como da essência humana, não se pode descartar que, após a criação da memória digital, a sociedade contemporânea “perdeu essa capacidade”, ao menos a partir da qualidade ímpar de armazenamento da Internet e da utilização generalizada das ferramentas digitais.¹⁰⁻¹¹

Ademais, a possibilidade de qualquer pessoa que tenha acesso à Internet ser um potencial agente de transformação e difusão de uma imagem disponibilizada na rede altera profundamente os possíveis meios de proteção à imagem da pessoa, visto que as formas de reuso no meio digital não permitem um controle adequado. E, eventualmente, até mesmo a utilização indevida se torna desconhecida pela vítima.

10 Viktor Mayer-Schönberger, no livro *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, New Jersey: Princeton University Press, 2009, descreve episódios reais de pessoas que sofreram prejuízo ou foram prejudicadas em virtude de informações que as próprias disponibilizaram na Internet.

11 O assunto será abordado no item 4.1.

Com a era digital, portanto, foram insufladas as possibilidades de violações do direito à imagem a partir de seu uso fora de contexto, embora atual, ou, ainda, descontextualizada em virtude da reprodução de imagem de arquivo. Em ambos os casos, se torna central o empenho em sempre se contextualizar devidamente a utilização de imagens, em que pese não se possa deixar de mencionar, conforme será visto, que este critério adquire sentido especial nas hipóteses de uso de imagens de arquivo.

Não se deve perder de vista, assim, que uma imagem arquivada pode trazer graves prejuízos à pessoa retratada se esta for republicada sem autorização, e mais, se for divulgada fora de contexto e sem uma finalidade informativa relevante, ou seja, nas hipóteses em que o uso de determinada imagem de arquivo for pertinente para a ilustração de fato significativo para a sociedade. São os casos em que o direito à informação, de base constitucional, prepondera em certas situações sobre o direito à imagem, igualmente com tons constitucionais.

É claro que neste confronto deve-se sublinhar que a atualidade da informação é um critério importante para a aferição no caso concreto da legalidade do exercício da liberdade de informação; no entanto, existem hipóteses excepcionais em que mesmo o uso de imagens antigas se revela legítimo, embora dependa do fundamento de outros critérios atinentes ao jogo de forças presente nestes casos.

Ainda que o uso de imagens de arquivo não se revele sempre como ilegítimo, a depender da análise do controle da situação concreta, outro não pode ser o entendimento em relação à utilização de imagens fora de contexto. Isto é, o uso de imagens descontextualizadas, mesmo que sem propósitos alheios de ofensa à pessoa, invariavelmente configurará uma violação aos direitos da personalidade.

A utilização de uma imagem como suporte à informação ou publicidade carece do recurso aos elementos textuais e extratextuais que adequadamente sincronizados conferem a contextualização e pertinência necessárias ao uso da imagem nos meios midiáticos. Se em relação à diáde imagem-texto é mais nítida a percepção quanto à necessidade de sincronia entre eles, o mesmo não ocorre no que tange ao tempo e lugar, que também devem ser levados em consideração para a utilização das imagens. Por isso, quando se republica uma imagem se perdem informações relevantes em relação ao momento em que foi colhida.

O contexto é, indiscutivelmente, um dos critérios que conferem legitimidade ao uso de imagens de pessoas, ainda que sem autorização. É a partir dele que é possível verificar se o recurso imagético encontra-se amparado pelo ordenamento, seja porque respaldado pelo direito à informação, pela liberdade de imprensa, ou se deve prevalecer a tutela da imagem da pessoa, eis que um dos atributos essenciais da personalidade humana.

A isto se sublinha que é possível, mesmo com autorização do retratado, que uma imagem, seja de arquivo ou atual, viole o correspondente atributo da personalidade, visto que a divulgação de uma imagem deve sempre estar condizente com o contexto no qual a pessoa está inserida e o momento em que a captura foi realizada.

3 Alguns casos de utilização indevida de imagens fora de contexto

Na experiência norte-americana, o uso de determinada imagem fora do contexto em que foi captada é definida como *false light*,¹² sendo caracterizada como uma forma de violação da privacidade. Em outros termos, não é possível que a publicação de imagem captada a partir de determinadas circunstâncias coloque a pessoa retratada sob falsas luzes, ou seja, imponha-lhe ter sua imagem vinculada a um uso equivocado ou falso. Segundo Enéas Costa Garcia, “a violação consiste em criar uma falsa imagem para alguém, seja colocando-o falsamente numa situação ou atribuindo-lhe falsamente a autoria de comentários ou escritos”.¹³

Casos judiciais norte-americanos não faltam para ilustrar as hipóteses de uso indevido da imagem fora do contexto em que foi capturada, além de demonstrarem, no mínimo, o descuido dos veículos de comunicação no uso de imagens. *A The New York Times Magazine* – publicação periódica do jornal homônimo – publicou, sem autorização, uma foto de um homem negro, elegantemente vestido com um terno, caminhando na Quinta Avenida. O conteúdo da reportagem se referia à classe média negra norte-americana a partir da sua posição social com o movimento dos direitos civis. Trechos da reportagem afirmavam ainda que muitos integrantes desta classe social

12 Em versão estendida: “publicity which unreasonably places another in false light before the public”. Em tradução nossa: “Publicidade que desrazoavelmente coloca outrem sob uma falsa iluminação diante do público.”

13 Enéas Costa Garcia, *Responsabilidade Civil nos Meios de Comunicação*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 220.

apenas se preocupavam com o próprio bem-estar material, olvidando dos demais problemas dos membros da comunidade negra. Em razão do conteúdo da matéria ser “diametralmente oposto às convicções da vítima”, o retratado reclamou em juízo justamente por ter sido colocado sob *false light*.¹⁴

Ainda nos Estados Unidos, uma revista publicou uma fotografia não autorizada de um casal com seus seis filhos a fim de ilustrar uma matéria sobre reprodução assistida. O problema é que nenhum de seus seis filhos foi concebido por via artificial. Mesmo assim, o Tribunal de Nova Iorque entendeu razoável com o conteúdo da reportagem a utilização da imagem de seis crianças saudáveis, que eram muito semelhantes aos seus pais, com a finalidade de ilustrar a reportagem. Assim, segundo a Corte o casal não foi colocado sob *false light*.¹⁵ Sem se ater às especificidades do caso, utilizar uma imagem inconstitucional de uma família, que não recorreu às técnicas de reprodução assistida, ilustrando uma matéria específica sobre o tema, obviamente, levará qualquer leitor a incorrer em equívoco. Portanto, se colocados sob *false light*, este seria um exemplo de violação do direito à imagem pelo uso fora de contexto. Diferente seria se houvesse autorização e os pais estivessem cientes de sua finalidade.

Diversos são os casos norte-americanos de uso indevido da imagem em hipóteses nas quais o contexto no qual foi capturada não condiz com a matéria publicada. Ainda assim, não se deve ser seduzido pela casuística norte-americana, sob pena de descuidar do cenário normativo brasileiro. Mesmo que os casos ajudem na reflexão sobre a assincronia entre a imagem e o conteúdo que a descreve, não se pode perder de vista que no cenário estadunidense não há uma tutela exclusiva da imagem, sendo esta abrangida pela extensão do direito à privacidade.

A experiência judicial brasileira revela alguns casos interessantes. Em 1984, o jornal *Notícias Populares* publicou a fotografia de uma mulher nua tanto na primeira página quanto na sua parte interna. No entanto, a mulher fotografada nua não era a pessoa informada no texto jornalístico, e, portanto, a publicação da matéria não passou de um lamentável engano. A imagem nua da mulher sob o título “Apalpando o material”, sem autorização e com atribuição equivocada do nome, evidencia a negligência do veículo de comu-

nicação, ainda mais quando a jornalista responsável para matéria nem tinha conhecimento de quem era a pessoa retratada e a pessoa informada.¹⁶

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que a diacronia entre os fatos narrados e as imagens utilizadas gera a indenização por danos morais em favor da vítima. Assim, foi o caso em que o programa televisivo *Fantástico* ao noticiar que uma modelo brasileira foi presa em Paris como assaltante de bancos, lojas e perfumarias, ilustrou a reportagem com imagens equivocadas. O nome foi corretamente informado, no entanto, as imagens divulgadas e a cena da participação em videoclipe da Madonna se referiam a outra modelo brasileira, que, inconformada, instou o Judiciário. A confusão entre Luciana Rodrigues Grativai, tida como ladra, e Luciana de Oliveira e Silva, retratada equivocadamente na reportagem, foi tamanha que foi divulgado na distorcida matéria, ainda, que a mãe da ladra brasileira que fora presa em Paris era Marlene Silva – atriz que contracenou com João Soares em programas humorísticos, embora o veiculado fosse o nome Marlene Rodrigues. Não foram poucos os erros cometidos na reportagem, que desassociou o fato narrado da imagem veiculada.¹⁷

A intensa correria nas redações dos meios de comunicação em todo país propicia que equívocos como estes aconteçam cada vez com mais frequência. Esta celeridade, embora seja um imperativo da própria atividade, não pode descuidar dos deveres de veracidade e fidelidade dos fatos com a mensagem veiculada e da necessidade de sincronismo entre o conteúdo informado e a imagem utilizada para a ilustração.

O binômio imagem-texto deve ser harmônico e colidente, evitando-se as dissociações, que, se constatadas, necessariamente tornam as imagens fora de contexto. Por isso, todos os cuidados devem ser tomados a fim de que não sejam perpetradas violações constantes da imagem da pessoa humana pelos veículos midiáticos, mesmo porque já se alertou da dificuldade atual, mormente em meio digital, de se apagar não só estes equívocos, mas, ainda mais grave, de cessar as máculas advindas.

O art. 20 do Código Civil¹⁸ se mostrou insuficiente ao disciplinar o direito à imagem. A prévia ponderação realizada pelo legislador ordinário de

14 Id. *Ibid.*, p. 220-221.

15 Id. *Ibid.*, p. 221.

16 Id. *Ibid.*, p. 222-223. O caso apresentado se refere ao julgamento da Apelação Civil nº 77077-1, do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do desembargador Roque Komatsu, julgado em 27.11.1986.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 219.064-RJ, Ministro Relator Aldir Passarinho Junior, julgado em 27.3.2001, publicado em 11.6.2001.

18 “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem

2002 entre a tutela da imagem e os demais interesses não corresponde aos valores albergados na Constituição de 1988 e tampouco à complexidade dos casos concretos.

Do exame do mencionado dispositivo, se extrai a permissão para a proibição da circulação de imagem sem autorização do retratado, sempre que “lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”. O legislador infraconstitucional apenas excepcionou duas hipóteses em que a circulação poderia, ainda assim, ocorrer: quando necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Com o intuito de se evitar a propagação desarrazoada de ofensas à imagem da pessoa humana é preciso estabelecer parâmetros adequados para fornecer segurança no uso de imagens pela mídia. Isto é, diante da dissonância entre o comando do art. 20 do Código Civil e as práticas sociais no campo midiático, cabe à doutrina apontar alguns critérios para o sopesamento dos casos conflitivos.

Atualmente, são apontadas pela doutrina dominante três hipóteses de captação e divulgação de imagem por terceiro sem que se perpetre um ato ilícito e desprovido da necessidade de autorização. Tais exceções são o interesse público (notoriedade), a pessoa pública e os eventos públicos.¹⁹

Embora não possam ser excluídos *a priori*, é forçoso reconhecer sua fragilidade e insuficiência em uma sociedade tão fortemente marcada pelo uso de imagens. Anderson Schreiber defende que os parâmetros frequentemente invocados como o de “lugar público” e de “pessoa pública” devem ser “urgentemente revistos”.²⁰

É preciso, portanto, superar a formulação estanque para a tutela da imagem da pessoa humana, como optou o legislador de 2002 ao redigir o art. 20 do Código Civil. O dispositivo, como se vê, é falso e insuficiente, razão pela qual sobressai a importância de elaborar parâmetros seguros e legítimos para o sopesamento necessário a ser realizado no caso concreto. Nesse sentido, Anderson Schreiber indica algumas balizas, as quais pela utilidade merecem ser transcritas:

pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.”

¹⁹ Carlos Afonso Pereira de Souza, Contornos Atuais do Direito à Imagem, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 13, jan./mar. 2003, p. 63-69.

²⁰ Anderson Schreiber, *Direitos da Personalidade*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 105.

“Em termos gerais, podem-se indicar os seguintes parâmetros para aferir o grau de realização do exercício da liberdade de informação por meio da veiculação de imagens: (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e (iv) o grau de preservação do contexto originário onde a imagem foi colhida. Para aferir a intensidade do sacrifício imposto ao direito de imagem, cumpre verificar: (i) o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto de onde foi extraída; (ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; (iii) a amplitude da exposição do retratado; e (iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação da imagem.”²¹

Diante das circunstâncias do caso concreto é possível a identificação de outros parâmetros hábeis a incidir no conflito, notadamente se verificada a violação de outros direitos da personalidade na mesma hipótese conflitiva. A utilização de critérios afeitos à privacidade e à honra, por exemplo, devem ser conjugados com os pertinentes ao direito à imagem, com o fito de que se alcance o melhor equacionamento do caso.

Sob esse viés é que se pretende examinar alguns dos parâmetros pertinentes à ponderação dos casos que envolvem o uso de imagens fora de contexto e a utilização de imagens de arquivo, que, frequentemente, encontram-se descontextualizadas.

4 Alguns casos de utilização indevida de imagens de arquivo

Em que pese a utilização de imagens de arquivos tenha se multiplicado de forma exponencial nas últimas décadas, a experiência judicial norte-americana revela um caso emblemático ocorrido ainda em meados do século XX. Em 1947, uma criança de 10 anos enquanto andava de bicicleta na cidade de Birmingham, no Estado de Alabama, foi atropelada por um automóvel. Um fotógrafo de jornal capturou a impactante cena no momento em que o corpo da criança era suspenso nos braços de uma transeunte. A fotografia foi publicada em um jornal local no dia seguinte. Após vinte meses, a mesma fotografia foi divulgada como ilustração de um artigo jornalístico sobre

²¹ Id. *Ibid.*, p. 110.

a imprudência de pedestres e ciclistas no trânsito, sob o infeliz título “Eles pedem para ser mortos”.²²

A decisão do caso *Levertton versus Curtis Publishing Co.*, de 1951, se condensou em responder, com base no direito à privacidade, se diante do embate entre o legítimo direito de ser deixado só e o interesse do público de ser informado, houvera uma violação da privacidade. Em sentido afirmativo, a decisão entendeu que enquanto na primeira publicação da fotografia o intuito era noticioso, a republicação configurou uma espécie de “cenário dramático” dos problemas de tráfego viário, alterando, assim, o propósito e a finalidade na utilização da imagem, razão pela qual o veículo de comunicação foi condenado a indenizar pela violação ao direito à privacidade, que abrangeia estes casos.

No Brasil, a publicação de uma fotografia, não autorizada, na capa da revista *Veja* do ex-jogador de futebol Edmundo Alves de Souza Neto, conhecido pela alcunha de Animal, acompanhada do título “Animais no Volante – Casos como o do jogador Edmundo mostram o que a Justiça pode fazer contra a barbárie no trânsito”, tornou-se um caso emblemático da republicação de imagens em matérias com propósitos diferentes dos quais a mesma foi colhida.²³

A demanda judicial envolveu o pleito ao ressarcimento de danos à sua imagem e honra, motivo pelo qual o caso se tornou um marco no tratamento do tema, angariando tanto opositores quanto pessoas favoráveis à decisão do Superior Tribunal de Justiça,²⁴ mas não sem antes as instâncias estaduais fluminenses divergirem profundamente sobre o caso. Após a improcedência do pedido em primeira instância, o autor recorreu e, em segunda instância, obteve a reforma da sentença por unanimidade, sendo-lhe concedida indenização por dano moral e material.

No acórdão proferido, em segunda instância, foi sublinhado que “o fato de o autor ter se envolvido em acidente fatal de repercussão na mídia e considerado culpado nas ações cíveis e criminais próprias, não lhe retira a proteção constitucional à sua imagem e à sua honra [...]”. Deste modo, prossegue: “A utilização de fotografia não autorizada e fora de contexto maculou a

reportagem, inicialmente de caráter educativo, transformando-a em publicação sensacionalista e ofensiva à dignidade humana” (grifo nosso).

No Superior Tribunal de Justiça, após o Ministro Massami Uyeda se posicionar favoravelmente ao ex-jogador,²⁵ o Ministro Sidnei Beneti abriu a divergência, sendo acompanhado pelo Ministro Paulo Furtado e pelo Desembargador convocado Vasco della Giustina, que entenderam que a publicação “[...] não teve o intuito de ofender a honra do autor”.

Embora na análise do caso concreto o Superior Tribunal de Justiça tenha concluído pela inexistência de violações à honra e imagem do ex-jogador Edmundo, partindo das circunstâncias específicas, não se pode ampliar a outros casos esta conclusão. A republicação de imagens de arquivos, ainda que ilustrem fatos verídicos e não violem a honra do retratado, pode ensejar, indubitavelmente, a reparação por danos morais em virtude da ofensa ao direito à imagem pelo uso descontextualizado de imagens arquivadas e, portanto, capturadas para outros fins.

Longe de configurar uma regra, deve-se observar que nos casos de imagens preteritamente colhidas é importante um reforço no grau de preservação do contexto originário, bem como a pertinência no que tange à necessidade de seu reúso. Mesmo porque se perde, a princípio, o parâmetro da atualidade da imagem, merecendo, portanto, a invocação dos demais, que, por sua vez, ganham maior peso na ponderação dos conflitos. É, pois, a partir deste contexto que será possível verificar com maior clareza a legitimidade ou não da utilização de imagem de arquivo, se atendidos os demais parâmetros concernentes ao caso e realizado o indispensável percurso ponderativo.

O parâmetro do contexto originário e atual nas hipóteses de uso de imagens arquivadas deve se assentar em duas premissas básicas e que devem ser aferidas no momento da republicação. Neste sentido, tem-se que: (i) a mídia que utilizar de imagem de arquivo deve manter-se fiel ao contexto originário, avaliando se é pertinente sua republicação e deixando incontestado o fato de se tratar de imagem pretérita, cabendo, assim, a indicação, no mínimo, da data e local de captura e divulgação da imagem; (ii) a partir do contexto mais

22 Tradução livre. Em inglês, o título correspondia a: “They ask to be killed”.

23 Sobre o “Caso Edmundo”, remete-se ao estudo minucioso de Maria Celina Bodin de Moraes, Honra, Liberdade de Expressão e Ponderação, In: Ana Frazão; Gustavo Tepedino (Coord.), *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.201.688, Terceira Turma. Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ ac. Min. Sidnei Beneti, julgado em 23.6.2009 e publicado em 1.7.2009.

25 Sustentou o Ministro Relator que “[...] a empresa jornalística, ao empregar o vocábulo ‘animal’ ou ‘animais’, notória alcunha conferida ao ora recorrido pela imprensa esportiva, conferindo-lhe conotação ambígua no título da matéria, e ao utilizar imagem daquele sem a sua autorização, em contexto diverso e depreciativo, propiciou inequivocamente abalo à honra e à imagem daquele, acarretando-lhe, por conseguinte, a obrigação de reparar os danos causados”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.201.688, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ ac. Min. Sidnei Beneti, julgado em 23.6.2009 e publicado em 1.7.2009.

amplo em que a imagem foi novamente utilizada, deve-se observar a relevância informativa, ou seja, se há um interesse público legítimo para o recurso ilustrativo de imagens antigas.

É indubitado que o direito à informação, nomeadamente se contiver fatos noticiosos socialmente relevantes através de imagens, adquire primazia com a atualidade dos acontecimentos. Inversamente proporcional é a constatação que com o transcorrer do tempo torna-se mais difícil apresentar uma justificativa que assegure a liberdade informativa, deixando, geralmente, a fatos históricos cruciais as hipóteses de preferência desta, até mesmo como uma forma de se evitar o revisionismo histórico. Em outros termos, o distanciamento de determinado fato exteriorizado mediante uma imagem enfraquece o critério da atualidade, exigindo, por sua vez, a pertinência para a reutilização da imagem e o robustecimento da contextualização como parâmetros hábeis a incidir nos casos conflitivos.

4.1 A imagem de arquivo digital: entre a memória e o esquecimento

O mundo digital impõe um novo desafio que é exatamente a extensão da tutela da imagem da pessoa humana em um ambiente que não tem como qualidade o esquecimento. Enquanto a humanidade sempre conviveu com o ato de esquecer, o desenvolvimento tecnológico possibilitou que o armazenamento de dados permitisse uma memória, ainda que virtual, que a sociedade nunca teve.

Para Viktor Mayer-Schönberger são duas as principais consequências do fenômeno da memória digital. A primeira se refere ao perigo da percepção pelas pessoas de que tudo o que se disponibiliza na Internet pode se voltar contra o próprio usuário. Uma segunda consequência diz respeito à memória digital que poderia impedir que cada indivíduo exercesse a habilidade de evoluir, mudar e crescer como ser humano, sem ficar preso ao passado. A memória perfeita da Internet prejudicaria a habilidade da sociedade de esquecer.²⁶

É notório que as imagens disponibilizadas na Internet são um desafio complexo a ser enfrentado nos próximos anos. É uma pauta urgente, mas que ainda não mereceu a atenção devida por parte da doutrina jurídica. Não se pode falar em reutilização ou republicação de determinada imagem de arquivo, já que, frequentemente, ela se encontra disponível a qualquer tempo

na Internet. Por isso, a necessidade de um tratamento específico e diferenciado, que possibilite uma tutela satisfatória, mas que não inviabilize o uso das ferramentas digitais.

O direito ao esquecimento, sem previsão legal no ordenamento nacional, ainda em sua fase embrionária de elaboração pela doutrina já convive com o tormentoso problema de sua extensão, aplicação e tratamento no ambiente da Internet. Segundo Anderson Schreiber, o direito ao esquecimento:

“[...] não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou de reescrever a História (ainda que se trate tão somente da sua própria história). O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.²⁷

A forma como determinada imagem será manejada no futuro, em alguns casos, deve ser deixada à conta do retratado, que pode ter sua dignidade aviltada por mera curiosidade alheia, sem os motivos relevantes que se sobrepõem no momento do acontecimento dos fatos. Por isso, a importância de se assegurar ao retratado a possibilidade de manter o controle sobre suas imagens de arquivo, em virtude dos riscos que tal imagem pode causar à identidade pessoal que, dinâmica que é, pode não mais corresponder à individualidade externada na época em que a imagem foi colhida.²⁸

4.2 Da violência urbana ao crime passionai: uma foto, várias histórias. O uso de imagem de arquivo e fora de contexto

A utilização de imagens para a apresentação visual de notícias em meios de comunicação, impressos, eletrônicos e televisivos deve ter como escopo primordial a correta associação entre a imagem e o conjunto de elementos textuais que informam e qualificam a interpretação dos fatos, tais como títulos, subtítulos, legendas e o próprio conteúdo informativo em forma de texto, escrito ou narrado.

Essa conexão entre imagem e texto não foi observada no caso em que um jornal fluminense republicou uma foto de arquivo anteriormente utilizada para ilustrar fato verídico em que integrantes do tráfico invadiram a resi-

27 Anderson Schreiber, op. cit., p. 165.

28 Para um estudo mais aprofundado sobre o direito à identidade nacional no cenário nacional, confira Raul Choei, *O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

26 Viktor Mayer-Schönberger, op. cit.

dência dos retratados e causaram um incêndio. A foto foi republicada sob a manchete: “Mulher disputa amor à bala e mata rival”. Em texto logo abaixo da foto continha: “Violência voltou a imperar na Rua Duque de Caxias, atrás do prédio da Delegacia de Cabo Frio.” Nenhum destes elementos textuais guardava pertinência com a foto republicada.

Como a foto foi indevidamente vinculada por meio dos elementos textuais que visualmente pareciam se referir a esta, o retratado instou o Judiciário, bem como sua mulher para a reparação dos danos morais em virtude da associação entre a imagem e a suposta manchete difamatória. A mesma foto já havia sido utilizada meses antes, sem nenhuma impugnação, para noticiar um episódio de incêndio criminoso, que, aí sim, guardava vinculação com o homem fotografado.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro registrou no acórdão sobre o caso que: “Justamente na notícia em que duas mulheres disputaram um eventual amante, existe, também, a referência à Rua Duque de Caxias, igualmente em Cabo Frio, próximo a Delegacia, de forma que quem vê a foto e lê o texto abaixo, naturalmente, relaciona a nota divulgada que fala da disputa de duas mulheres à bala, sendo a figura do apelado, à primeira vista, o pivô da referida disputa.”²⁹

Houve, portanto, relacionamento indireto entre a foto divulgada e as informações textuais ao redor, o que enseja indevidas associações por parte do público-leitor. Em prol da liberdade de expressão e informação, os meios midiáticos não podem provocar interpretações dúbias ou equivocadas em razão de más conformações visuais e textuais. A informação transmitida através de imagem, para que se ampare das liberdades constitucionalmente estabelecidas, deve estar corretamente sincronizada com os textos que lhe façam referência. O dever de veracidade e fidelidade aos fatos tradicionalmente impostos à imprensa deve nas hipóteses de uso de imagens se conformar como forma de se evitarem riscos de indevidas associações entre a imagem do retratado e elementos textuais que não lhe são pertinentes.

Sobre o caso, já se teve oportunidade de sublinhar que “o fato real não pode ser divulgado em conexão com manchete que diz respeito a outro fato, também real, mas que nenhuma relação guarda com o primeiro”. Assim, nas hipóteses de “reutilização de imagens de arquivo, procedimento nada incomum no acelerado cotidiano da produção da notícia, não pode

conduzir à apresentação de fato verdadeiro *fora de seu contexto*, devendo o jornalista [...] empregar redobrada cautela na proteção à honra e à identidade pessoal dos retratados”.³⁰

Não é por menos que a editora jornalística foi condenada por danos à honra do retratado e de sua esposa. A confusão, neste caso, não se deu somente entre foto e manchete, mas também entre as espécies de direitos da personalidade violados. Embora também violasse a honra subjetiva, conforme restou fundamentado no julgado em questão, não se pode deixar de registrar que a violação aqui ocorreu, primeiro, pela reutilização da fotografia pelo jornal sem motivo informativo relevante, e, segundo, sua republicação foi exposta completamente descontextualizada. O dano à imagem é cristalino e, ainda que não atingisse a honra do retratado, já seria suficiente o reuso da foto colhida em outro contexto e republicada fora de contexto para ofender o autônomo direito à imagem.

4.3 O uso de imagens de arquivos e as colunas sociais

Um jornal impresso no Rio Grande do Norte, em espaço dedicado às notícias e eventos relacionados à *high society* potiguar, publicou, sem a devida autorização, uma fotografia que não corresponde ao texto veiculado e nem muito menos à realidade. Um famoso colunista social resolveu publicar uma foto do filho da então governadora com sua ex-noiva. Ele se casaria naquele mesmo dia com outra mulher. A troca das fotografias se deu muito provavelmente como uma forma de retaliação por parte do colunista por não ter sido convidado para o tão aguardado enlace matrimonial em que as principais personalidades da mídia local e políticos estariam presentes.

A partir das circunstâncias do caso, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a publicação de fotografia, sem autorização, por coluna social veiculando notícia falsa, causa grande desconforto e constrangimento, e que, portanto, constitui ofensa à imagem da pessoa e, consequentemente, impõe o dever de indenizar os danos morais.

Segundo a decisão, sendo a vítima “[...] frequentadora das colunas sociais, hipótese imune a qualquer extravagância ou censura, é evidente que o público dela conhecia, o seu meio de convivência, teve conhecimento da-

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 2006.001.66203, Relator Desembargador Carlos Nascimento Amado, julgado em 14.3.2007.

³⁰ Anderson Schreiber, op. cit., p. 81.

quela ocorrência, que, mesmo não sendo verdadeira, é vexatória e, quando nada, reclama explicações e dá azo a insinuações".³¹

Embora neste caso tenha sido vislumbrado a hipótese de o colunista ter agido intencionalmente em sua conduta negligente, é de se perguntar se qualquer erro de diagramação enseja uma violação ao direito de imagem. Qualquer pessoa que for identificada equivocadamente poderia pleitear ressarcimento dos eventuais danos morais sofridos? A questão impede respostas apressadas; no entanto, deve-se sempre observar o cuidado quando da identificação do retratado, a fim de evitar ofensas à sua integridade psíquica, ainda mais se constatada a negligência e o caráter intencional do ofensor.

Uma imagem publicada na mídia desprovida dos elementos textuais adequados acarreta, em diversos casos, a violação dos demais direitos da personalidade. São comuns violações do direito à imagem, por publicação fora de seu contexto, concomitantes com ofensas à honra e à identidade pessoal dos retratados. Isto se deve ao fato de que uma imagem depende de atividade de interpretação para sua compreensão. Polissêmicas por natureza, imagens como pinturas, por exemplo, dependem, em regra, da instrução e bagagem cultural de cada pessoa, enquanto que as imagens fotográficas utilizadas na mídia se sujeitam aos elementos textuais para a adequada leitura. De forma predominante, são os títulos e legendas que revelam o significado da foto divulgada.

Há casos excepcionais em que se dispensam os elementos textuais, como, por exemplo, no dia seguinte à queda das Torres Gêmeas, em Nova Iorque, em virtude do atentado terrorista em 11 de setembro de 2001, a publicação somente da foto em capa inteira em um jornal, sem título, legenda ou texto informativo. Repisa-se que a relação entre a imagem e o contexto – que, em regra, se declina no uso de elementos textuais – deve ser de perfeita sintonia, ou seja, o texto deve corresponder fielmente à imagem publicada e vice-versa.

4.4 O uso de imagens de arquivos para fins comerciais e o caso do concurso de Miss Senhorita Rio

A utilização cada vez mais frequente da imagem de pessoas para fins publicitários reverberou no sensível aumento de demandas judiciais pleiteando

reparação dos danos morais e materiais em virtude dos usos indevidos. Em 2009, o Superior Tribunal de Justiça, na linha do entendimento já adotado na última década, aprovou o verbete da súmula nº 403, que trata do direito à indenização, independente de prova do prejuízo, pela publicação sem autorização da imagem de uma pessoa com fins econômicos ou comerciais.³²

Um caso que se destaca pelo extenso lapso temporal transcorrido entre o primeiro uso, devidamente autorizado, e a utilização inconsentida décadas depois é o da Miss Senhorita Rio. Em idos de 1969, a senhora Margaret de Medeiros Tocantins se consagrava vencedora do cobiçadíssimo concurso de Miss Senhorita Rio, concurso de beleza que, à época, tinha sido criado há poucos anos e era altamente prestigiado no circuito da alta sociedade carioca. O que a ex-miss não imaginaria é que após mais de 30 anos, sua fotografia capturada no então concurso de beleza para a edição de um LP seria utilizada, sem autorização, na capa do *compact disc* relançado em 2002 pela gravadora EMI Music do Brasil Ltda.

Inconformada, a ex-miss ingressou com ação indenizatória por danos morais e materiais pela reprodução desautorizada de sua imagem na capa de um CD reeditado pela gravadora. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que "[...] em nenhum momento comprovou esta [a gravadora] a existência de autorização ou aquiescência para o uso da imagem, quando da primeira edição, o mesmo ocorrendo, quando da reedição da fotografia, objeto da presente ação". Desse modo, concluiu-se que: "Nem há como presumir-se ou interpretar-se, à míngua de provas, a inércia da recorrida nos anos que se passaram, como autorização tácita para a publicação."³³

Como a fotografia se destinava desde sua primeira utilização para fins comerciais, o julgado ainda travou discussão concernente à inexistência de contrato escrito para a exploração da imagem, e ainda que tivesse o lapso temporal transcorrido encontraria óbice no prazo máximo de cinco anos, nos termos do art. 49, inciso III da Lei nº 9.610/1998.³⁴ Por isso, reitera o

32 Súmula nº 403: "Independente de prova do prejuízo à indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais."

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.014.624-RJ, Ministro Relator Vasco da Gama (desembargador convocado do TJRS), julgado em 10.3.2009, publicado em 20.3.2009.

34 A Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, regula os direitos autorais, entendendo sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos, conforme preceitua o art. 1º. Salvo estipulação contratual escrita, o art. 49, inciso III, limita em 5 (cinco) anos o prazo para a exploração comercial da obra protegida que fora anteriormente transferida.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.053.534-RN, Ministro Relator Fernando Gonçalves, julgado em 23.9.2008, publicado em 06.10.2008.

acórdão a necessidade de nova autorização para a reutilização da fotografia colhida anos atrás.

Embora no campo comercial a autorização se configure praticamente indispensável, em virtude da impossibilidade de se auferir lucro com a exploração desautorizada de imagem de terceiros, o caso revela a equivocada percepção de setores da mídia em considerar as fotos de arquivo como se integrassem uma espécie de domínio público, isto é, como se a pessoa retratada perdesse o controle sobre sua própria imagem em virtude do decurso de tempo. A lógica é inversa: o esvair temporal não enfraquece a proteção da imagem da pessoa humana, mas fortalece os mecanismos para evitar usos futuros desarrazoados, a exemplo da limitação de cinco anos, salvo estipulação contratual em contrário, para sua exploração comercial, nos termos do já citado art. 49, inciso III, da Lei nº 9.610/1998.

4.4.1 O caso da Plataforma P-36³⁵

A Plataforma P-36 da Petrobras, situada no campo do Roncador, no litoral norte-fluminense, após uma sequência de explosões na madrugada de 15 de março de 2001 teve sua gigantesca estrutura seriamente abalada. Foram onze vidas perdidas no momento do acidente. Equipes de salvamento trabalharam incansavelmente para resgatar os sobreviventes. Mesmo com todos os esforços envidados no sentido de estabilizar a plataforma, a estrutura, com peso de 60 toneladas e altura de um prédio de 40 andares, após sofrer três explosões em cinco dias, não resistiu vindo a afundar em 20 de março de 2001.³⁶

Um dos sobreviventes resgatados da P-36 foi fotografado em estado que transmite toda a dramaticidade da situação de desespero que afligiu os tripulantes naquela circunstância. Esta imagem foi fartamente veiculada na mídia que no exercício legítimo da liberdade de informação fez ampla cobertura do desastroso acidente. O que o sobrevivente não imaginava é que meses depois o canal televisivo de notícias *Globo News* utilizaria esta mesma imagem para promover sua eficiência em peça publicitária veiculada no próprio canal. O sobrevivente inconformado intentou ação judicial contra a empresa de comunicação.

35 Para uma descrição mais minuciosa do caso remete-se a Anderson Schreiber, op. cit., p. 116-118.

36 Para os bastidores da cobertura realizada pelo canal de notícias *Globo News*, v. Vera Iris Paternostro, *Globo News: 10 Anos, 24 Horas no Ar*, Rio de Janeiro: Globo, 2006, p. 421-427.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em decisão acertada, entendeu que, transcorrido um lapso temporal suficiente depois do acontecimento, “[...] a foto do autor, em estado de grande choque, passou a ser mero chariz com cunho publicitário para a programação do canal, aproveitando a empresa de comunicação, a *Globo News*, da imagem por ela colhida como atrativo na comercialização de seus produtos, sendo certo que nesses não mais se tratava de informar o fato ocorrido, mas tão somente de divulgar comercialmente a empresa como sendo a mais eficiente do mercado”.³⁷

Desse modo, foi julgado procedente o pedido do retratado, sendo determinada, ainda, a interrupção da exibição da imagem. Reconheceu, assim, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, embora no momento de divulgação de fato relevante socialmente o direito constitucional à imagem ceda passagem, incorre em abuso de direito se passado o momento da notícia e esta imagem for veiculada, ainda mais se com finalidade comercial.

Ao comentar sobre o julgado, Anderson Schreiber, concebendo-o como valioso, escreveu que:

“[...] se o interesse informativo do público e a atualidade da notícia justificavam, no primeiro momento, a divulgação da imagem do sobrevivente da P-36 mesmo sem sua autorização, o decurso do tempo esmoreceu tais circunstâncias, fazendo com que o direito de imagem passasse, então, a prevalecer sobre a liberdade de informação”.³⁸

Conclusão

A crescente utilização de imagens, sobretudo as fotográficas, como suporte à informação para fins jornalísticos ou como elemento em peças publicitárias gerou, nas duas últimas décadas, um aumento significativo de demandas judiciais relacionadas aos usos indevidos. O art. 20 do Código Civil, ao disciplinar o direito à imagem, se mostrou insuficiente para servir como um parâmetro hábil a incidir nos casos concretos, exigindo, portanto, do intérprete o recurso à ponderação dos princípios constitucionais.

A Constituição de 1988, ao mesmo tempo que agasalha a imagem como um direito fundamental, em seu art. 5º, inciso X, igualmente contempla a

37 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 2004.001.34678, Desembargadora Relatora Maria Augusta Vaz, julgado em 21.6.2005.

38 Anderson Schreiber, op. cit., p. 117.

liberdade de expressão e o direito à informação, no art. 5º, incisos IX e XIV. Se o legislador constituinte não concedeu abstratamente a nenhum destes interesses tutelados a prevalência no momento da aplicação, não cabe ao intérprete determinar de modo apriorístico a hierarquia entre eles. Deve-se, ao contrário, sopesá-los diante das circunstâncias do caso concreto, de modo a verificar a prioridade da tutela da imagem ou das liberdades comunicativas.

Sintomática é, ainda, a afirmação da autonomia do direito à imagem, não só pela imprecisão técnica do art. 20 do Código Civil, que o vinculou ao direito à honra, mas, principalmente, pela confusão gerada pelos intérpretes que nem sempre distinguem corretamente qual espécie de direito da personalidade foi violado. Embora seja extremamente comum que de um mesmo fato diversos direitos da personalidade sejam violados, geralmente, acompanhando o direito à imagem, os direitos à honra, à privacidade e à identidade pessoal, não se pode perder de vista a autonomia do direito à imagem. Entre eles há uma zona fronteira nebulosa, mas que precisa ser precisamente demarcada a fim de assegurar a autonomia de cada um.

Não bastasse isso, a discussão a respeito do direito à imagem torna-se ainda mais sensível quando se depara com as hipóteses de (i) utilização da imagem fora de contexto e (ii) uso de imagens de arquivo. Desde fotos corriqueiras de férias familiares até grandes exposições fotográficas, há muito que as imagens são utilizadas como forma de comunicação entre os homens em suas relações pessoais, permeando, principalmente, os domínios midiáticos.

A exigência de “informação em tempo real” faz com que os meios de comunicação se valham de imagens como um modo mais célere de representar determinados fatos da realidade. E, neste contexto, violações ao direito à imagem são perpetradas; seja pelo uso negligente descontextualizado, seja pelo reúso daquelas colhidas em momento pretérito, e que, geralmente, são republicadas de forma descontextualizada.

A oposição de imagens para ilustrar um fato inteiramente diverso daquele do qual elas foram originadas apresenta-se como clara mácula ao referido atributo da personalidade. As circunstâncias de formação da fixação imagética compõem seu conjunto e contemplam sua finalidade, que deve ser, em regra, observada e mantida. Desse modo, a modificação das condicionantes fáticas implica na completa alteração significativa da imagem. Uma imagem é polissêmica por natureza, pois depende das experiências sociais e culturais em que cada indivíduo está embebido, e, por isso, o contexto no qual determinada imagem é divulgada é tão importante.

Situação mais preocupante é a veiculação de imagens de arquivo. A própria reutilização destas já pressupõe a necessidade de uma nova conformação contextual. No entanto, esta prática será merecedora de tutela caso o intuito informacional ainda seja preponderante, e, desde que se apresente a conjuntura na qual aquela fora colhida.

Sob essa via, observa-se que a autorização para a fixação imagética de um momento fático particular não se traduz como uma salvaguarda para qualquer forma de uso. O respeito ao contexto no qual a imagem do retratado foi colhida e a pertinência para a republicação de determinada imagem, calcada em interesse informativo relevante, servem para legitimar o exercício da liberdade de expressão e do direito à informação, constitucionalmente previstos, sem os quais se torna inviável a aferição do merecimento de tutela no que concerne à (re)publicação, (re)exposição ou (re)utilização da imagem de uma pessoa.

A celeridade imanente ao domínio midiático contemporâneo não pode ser tida como escusa aceitável para a banalização do uso de imagens em seus múltiplos canais hoje existentes. A imagem como exteriorização da personalidade – tanto em seu aspecto fisionômico quanto em seu conjunto de características essenciais – não pode ser constantemente violada em prol da instantaneidade midiática atual.

Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital

André Brandão Nery Costa

*Time present and time past
Are both perhaps present in time future,
And time future contained in time past.
If all time is eternally present
All time is unredeemable.*

T. S. Elliot, *Burnt Norton*, primeiro poema dos *Four Quartets*

Sumário: 1 Introdução 2 Influência das tecnologias na memória humana 3 O triunfo da identidade da Internet 4 Tutela dos dados na Internet por meio do direito ao esquecimento 5 Decisões dos tribunais sobre o direito ao esquecimento na Internet 6 Conclusão: neblina no mundo da privacidade?

1 Introdução

A humanidade sempre buscou obter e guardar o maior número de informações, já que não é possível se lembrar de tudo com vivacidade de detalhes. Pelo contrário, o cérebro transforma as experiências do passado em algumas lembranças simples. Não se trata de limitação biológica, mas de mecanismo que, ao invés de permitir serem revividas as memórias continuamente, possibilita que cada indivíduo perdoe e esqueça, cresça e mude, sem estar eternamente ligado ao passado.¹

Entretanto, as mudanças tecnológicas potencializaram a alteração desse panorama, de maneira que a regra, agora, são computadores e aparelhos eletrônicos que permitem a lembrança de tudo. Os transitórios *tweets* e as atualizações de *status* dos usuários no Facebook são transformados em registros permanentes. Os sistemas de pesquisa buscam todos os registros na internet. Os telefones celulares e serviços de *e-mail* geram *logs* das conversas, por mais mundanas e efêmeras que possam ser. E não é preciso ser uma celebridade para ser constantemente lembrado. Todos devem esperar serem tratados com o escrutínio reservado outrora apenas aos famosos.

O dilema atual reside no fato de os registros do passado – capazes de serem armazenados eternamente – poderem gerar consequências posteriormente à data em que o evento foi esquecido pela mente humana. Nesse contexto, a pior situação já vivenciada por determinada pessoa pode ser vinculada com a primeira e mais importante informação a seu respeito.

Exemplos não faltam. A carreira de uma professora pode ser arruinada por sua foto em uma festa, tirada há muito tempo, segurando uma bebida e utilizando chapéu de pirata, com a legenda “pirata bêbado”. Pode-se também perder o emprego porque este foi descrito como monótono no Facebook. Há também o caso de um psicoterapeuta canadense com então sessenta e seis anos que, ao tentar entrar nos Estados Unidos, foi barrado e impedido permanentemente de ingressar nesse país porque o funcionário da alfândega encontrou na internet um artigo de sua autoria, redigido trinta anos antes, no qual descrevia sua experiência utilizando LSD, uma das mais potentes substâncias alucinógenas.²

1 Viktor Mayer-Schönberger, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital age*, New Jersey: Princeton University Press, 2009, *passim*.

2 Viktor Mayer-Schönberger, *op. cit.*, p. 1-15.