



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANIA LOPES VIVAS

**LIMITES DA AUTONOMIA DOS RESPONSÁVEIS FACE À
AUTORIZAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DA IMAGEM DO MENOR**

Salvador
2018

ANIA LOPES VIVAS

**LIMITES DA AUTONOMIA DOS RESPONSÁVEIS FACE À
AUTORIZAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DA IMAGEM DO MENOR**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Maurício Requião

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

ANIA LOPES VIVAS

**LIMITES DA AUTONOMIA DOS RESPONSÁVEIS FACE À
AUTORIZAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DA IMAGEM DO MENOR**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação

e

instituição: _____

Nome: _____

Titulação

e

instituição:

Nome: _____

Titulação

e

instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018.

A meus pais e avós que me criaram pelo afeto, dedicação e esforço investidos em mim. Em especial ao meu avô Antonio Raymundo Aragão Vivas, que me deu a oportunidade de chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

A gradeço a Deus por ter guiado meu caminho até aqui, por ter me proporcionado obstáculos e crescimento ao longo da minha jornada.

A meus avós, pelo colo, companheirismo, paciência e valores ensinados. Em especial a Antonio Vivas a quem devo tudo que tive e terei, pelo carinho, pela presença, pela convivência, pelo exemplo de honra e humildade que tanto me orgulha e motiva, pela fé em mim, pela cobrança e por toda vida que me proporcionou, não existem palavras para agradecer.

A meus pais e irmão, Ana, Júnior e Gustavo, por aguentarem os momentos ansiedade, nervosismo e estresse ao longo dos anos e acreditarem que eu chegaria onde cheguei.

A Rafael Matos, por respeitar minha ausência, suportar os maus momentos, me incentivar a seguir confiante da minha capacidade, acompanhar nas madrugadas de esforço, me ouvir e discutir o tema, além de ler este trabalho inúmeras vezes.

A Caio Melo, Bruno Vivas, Luíza Rodrigues, Maísa Ohlweiler e Mila Marinho por todos os debates, leituras e incentivos para produção deste trabalho. Sem vocês não seria possível.

Aos meus amigos e familiares que respeitaram meu momento, me deram todo o apoio moral e suporte emocional para passar pelos obstáculos que surgiram ao longo da vida, em especial durante a graduação.

Ao Dr. Maurício Requião, meu orientador, que contribuiu para o crescimento e formação profissional, contribuindo com seus maiores esforços tanto pessoal quanto profissional para que eu tivesse equilíbrio emocional e competência profissional necessária ao desenvolvimento desse trabalho.

“Algum tempo nos é arrebatado; algum tempo nos é subtraído, sem que o percebamos, e algum foi; mas a pior das perdas é a causada pela negligência. ”.

Sêneca

“Eu penso que um herói é alguém que entende o grau da responsabilidade que decorre da sua liberdade. ”.

Bob Dylan

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade analisar o limite da autonomia dos responsáveis na autorização da exploração da imagem do menor sem observância dos riscos aos quais lhe submeteram. Sob o enfoque jurídico quanto a abrangência da autonomia privada exercida pelo responsável, respaldada pelo exercício do poder familiar, através de uma discussão interpretativa do ordenamento jurídico brasileiro, e conflito com a autonomia existencial do menor pela disposição dos seus direitos personalíssimos de forma ilimitada. A fim de entender limitações tácitas já dispostas na Magna Carta, Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil Brasileiro. Perceber que a normativa brasileira se encontra defasada, de modo que não acompanha a evolução tecnológica. Há aqui uma lacuna jurídica que facilita o abuso do direito do responsável para expor o menor ao invés de protegê-lo. Por este motivo carece de atualização a normativa brasileira quanto a forma e limites de disposição da imagem do menor perante o atual contexto social. Neste quadro, é imperioso perceber que quando se trata da disposição de imagem, não está se falando apenas de uma representação física, e sim, da exposição da honra, da individualização do sujeito frente a sociedade, e da sua privacidade, o que acaba por intensificar a vulnerabilidade do menor. O estudo perpassa pelas noções de autonomia, subdividida em privada e existencial, para explicar a finalidade e do que se trata tais direitos, de modo a entender a vulnerabilidade do menor e perceber a necessidade de acompanhamento. Perpassando pela evolução histórica social e jurídica do direito do menor, demonstrando a importância da efetividade destas normas através de fatos notórios, para por fim, entender a importância do limite a autonomia, existencial e privada, a presença destes no nosso ordenamento, bem como, consequências ao seu descumprimento. Conclui-se que há necessidade de atualização normativa ante a defasagem jurídica para proteção do menor, a, e, ressaltando, sempre, a necessidade de atualização normativa ante a defasagem jurídica para proteção do menor objetivando assegurar a efetividade das normas.

Palavras-chave: limite a autonomia; autonomia existencial; menor; direito de imagem; abuso de direito.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
UNICEF	Fundo das Nações Unidas
ONU	Organização das Nações Unidas
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 AUTONOMIA E DIREITO DA PERSONALIDADE	12
2.1 IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALIDADE	20
2.2 AUTONOMIA PRIVADA	21
2.3 AUTONOMIA EXISTENCIAL	22
3 O MENOR E O PODER FAMILIAR	24
3.1 ABUSO DO PODER FAMILIAR	29
3.2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DIREITO DO MENOR	31
3.2.1 Princípio do respeito e dignidade da pessoa humana	36
3.2.2 Princípio da proteção integral	37
3.2.3 Da vulnerabilidade do menor	38
3.2.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	39
3.2.5 Princípio da prioridade absoluta	41
3.2.6 Direito ao respeito	42
3.3 DIREITO A IMAGEM DO MENOR	43
4 LIMITES A AUTONOMIA PRIVADA DOS RESPONSÁVEIS FACE A AUTORIZAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DA IMAGEM DO MENOR	49
4.1 A AUTORIZAÇÃO PARA USO DA IMAGEM DO MENOR DE FORMA DELIBERADA E MEDIATECA	54
4.2 NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO	61
4.3 RESPONSABILIDADE DOS RESPONSÁVEIS	65
5 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso objetiva discutir sobre os limites da autonomia dos responsáveis face à autorização da exploração da imagem do menor que comumente se dá de forma midiática, deliberada e ilimitada.

Através de uma interpretação do ordenamento jurídico ante a ausência de norma expressa dispendo sobre de que forma e quais os limites para que os responsáveis possam autorizar a disposição da imagem do menor.

Sendo, portanto, uma discussão acerca da abrangência do poder de exercício da autonomia privada dos responsáveis, respaldada pelo exercício do poder familiar e interferência mínima do estado na vida privada. Em conflito com a autonomia existencial para formação do indivíduo como pessoa humana digna através dos direitos personalíssimos.

Se deve observar a finalidade do poder familiar, este objetiva a proteção do menor enquanto ser vulnerável e em desenvolvimento. De modo que, não se pode entender que o poder familiar legitime a disposição dos direitos do menor expondo-o à riscos.

Quando se trata do direito a imagem deve-se ressaltar que existem outros direitos que acabam sendo afetados com a disposição dele a exemplo da privacidade, honra e identidade.

No momento em que a autorização para essa exploração em excesso é realizada através das redes sociais deve-se observar que a vulnerabilidade do menor é acentuada.

A evolução tecnológica vem ocorrendo cada vez mais rápido, ao passo que a atualização das legislações não acompanha, é muito difícil exercitar o direito ao esquecimento, por exemplo, com a facilidade de publicação de conteúdos na rede e a velocidade com que essas mídias se propagam. Por vezes, se quer é possível extinguir tais conteúdos, ainda que retirados da internet.

O menor é vulnerável por conta da sua fase de desenvolvimento, não possui ainda discernimento ou maturidade suficientes para lidar com tal contexto. Em regra, o menor não conhece o meio midiático, não sabe os riscos ou quais direitos está dispon-

do efetivamente, não possui capacidade fática de saber lidar e entender com as consequências e repercussões ligadas a tal exposição.

Não resta dúvidas de que o menor precisa ser preservado e preparado para quando possuir discernimento e maturidade para entender todo o contexto poder optar por expor ou não sua imagem a tal ponto.

2 AUTONOMIA

Autonomia segundo a etimologia da palavra significa dar leis a si mesmo, ato de governar-se (DICIONÁRIO JURÍDICO, 2016, p.96). O conceito de autonomia se desdobra em mais espécies, dentre elas: a autonomia da vontade, a autonomia privada e a autonomia existencial. Se faz necessário de antemão entender o conceito e sentido atribuído a palavra autonomia, para após perceber o sentido dos demais termos que dela derivam, e, como serão relacionados na discussão.

Marta de Jesus (2004, p.36-45) apresenta em sua dissertação de mestrado o desenrolar dos sentidos atribuídos ao conceito de autonomia frente a filosofia, linguagem e alguns doutrinadores jurídicos. É perceptível pelo trabalho da autora que autonomia se mostra em todos os entendimentos como algo necessário a afirmação e formação de cada indivíduo.

Marta de Jesus (2004, p.36-45) traz a evolução histórica do conceito de autonomia da filosofia ao direito visões de Kant e Rousseau à interpretação de Norberto Bobbio, para demonstrar que a afirmação do sujeito perante algo não poderia ser dependente da afirmação de um terceiro para formar sua moral.

Um exemplo criticado por Kant era a formação da moral de um indivíduo com base naquilo que lhe era dito sobre Deus defender como certo e errado, ou, moral e imoral. Nas palavras de Marta de Jesus pode-se perceber que Kant defende a necessidade de um processo de criticidade do indivíduo para formação da sua moral, com base nas suas crenças e princípios. Ou seja, seria o início do exercício de uma autonomia nos tempos antigos a capacidade de formar posicionamentos (DE JESUS, 2004, p.36-45).

Seguindo essa lógica, Marta de Jesus (2004, p.35-45) referenciando Ângela Martins, entende que o pensamento de Rousseau acaba por defender que esse processo denominado autonomia seria a chave para formação da ideia de uma sociedade mais justa.

Assim a autora conclui pelo acertado entendimento sobre o conceito de autonomia ao resumi-lo em poucas palavras, de forma mais didática, o conceito apresentado

por todos os autores supramencionados e definido pelo Dicionário Jurídico (2016, p.96). Afirma:

O comportamento autônomo é aquele em que o sujeito é capaz de se perceber como um ser que está permanentemente interagindo de forma ativa com seus pares na produção de sentidos no mundo, dentro de um meio sócio-cultural. Assim, quanto mais o indivíduo compreende a dimensão inter-relacional da construção de significados no mundo, mais ele desenvolve sua capacidade de pensar e/ou agir autonomamente.

Deve-se entender, portanto, que a autonomia trata do ato de se afirmar, ato este necessário para o próprio funcionamento do nosso sistema, pois constantemente todos os cidadãos tomam decisões, se posicionam de determinada forma nos mais variados ambientes. Principalmente, assumem negócios jurídicos, concretizam fatos geradores de obrigações, criam e extinguem vínculos jurídicos em uma clara demonstração do exercício da autonomia.

Deve-se ressaltar, que em razão da incapacidade de alguns sujeitos o exercício de sua autonomia não se dá de forma plena no mundo fático. Estes dependem da assistência de outros sujeitos capazes para que seus atos respeitem os requisitos de existência, validade e eficácia.

Ocorre que, a capacidade de agir autonomamente não define se o sujeito agiu de forma correta ou não. Toda a sociedade, pode incidir em erro, ainda que considerados capazes com direito ao pleno exercício da autonomia (REQUIÃO, 2014, p.26). Portanto, até mesmo nas situações em que o sujeito capaz com pleno exercício da autonomia estiver assistindo o incapaz, aquele pode agir de forma equivocada em nome deste.

Por este motivo, há frequentes conflitos gerados quando um sujeito tem o exercício à sua autonomia limitada face a condição de incapaz juridicamente. Os atos do sujeito capaz que lhe assiste acabam por podar ainda mais essa autonomia que já era limitada, sendo, por vezes, um obstáculo para a plena realização existencial do incapaz como indivíduo (REQUIÃO, 2014, p.27).

Essas limitações impostas ao exercício da autonomia do incapaz, são por vezes além de patrimonialistas, uma forma de restringir o próprio exercício do direito à personalidade, cabendo ao seu responsável capaz determinar como se dará o exercício deste direito personalíssimo (REQUIÃO, 2014, p.27).

Maurício Requião (2014, p.27-28) afirma ainda que a plena realização do direito personalíssimo depende de dois fatores, a chamada proteção negativa. Ou seja, aquilo que não se pode fazer, os limites impostos ao exercício desse direito, e, da concretização do direito da personalidade através da autonomia do indivíduo.

O exercício dessa autonomia, para o autor, deve se concretizar a partir da realização do indivíduo e respeito a este preservando o princípio da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1, inc. III CF/88. De forma que complementa: Em outras palavras, a dignidade há que se realizar para cada sujeito, tendo em conta as suas especificidades de vida, mas sem desprezar o seu caráter relacional com os demais sujeitos da sociedade (REQUIÃO, 2014, P.28).

Portanto, para entender melhor como se dará o exercício da autonomia, se faz necessário entender as espécies de autonomia e quais estão sendo discutidas para perceber sua razão de ser, efetividade social, limites, prerrogativas e em quais situações pode-se e ou deve-se ter a concretização da autonomia.

A autonomia privada, é entendida por Roxana Borges (2005, p.46) como capacidade jurídica dada pelo ordenamento jurídico para realizar negócio jurídico existente, válido e eficaz, como forma de determinar suas próprias relações e vínculos jurídicos, liberdade de negociar, bem como, respondendo pelas consequências, conteúdo e efeitos deste.

Conforme afirma George Marmelstein (2014, p.428), a autonomia da vontade se baseia na faculdade de se tomar decisões sobre sua vida privada conforme seus próprios interesses e preferências, desde que não gere prejuízos a outrem.

De forma simplificada, mas no mesmo sentido o Dicionário jurídico (2016, p.96) define autonomia da vontade como conceito de direito civil que significa “manifestação intencional livre de uma pessoa capaz”.

A autonomia existencial defendida por Maurício Requião (2015, p.43-44) como a faculdade do indivíduo de gerir sua vida privada e sua personalidade, conforme suas escolhas e interesses, de forma que contribua para realização da dignidade da pessoa humana de forma concreta, se assemelha a ideia de exercício da liberdade.

Micheli de Freitas Bissoli (2014, p.590-594), discorre utilizando filósofos e antigas linhas da psicologia sobre todo o processo de formação do desenvolvimento psicológico da criança voltado a entender a formação da sua personalidade. Defende que a

partir do momento em que começa a desenvolver a fala, possui pensamentos mais complexos que lhe permitem não pautar seus atos com base no poder coercitivo do adulto, e, sim, em planos e motivos dados à sua capacidade de pensar.

A criança desenvolve a partir da sua capacidade de pensar a noção de si, adota a autora o "sistema eu" de Bozhovich. Esse marco é essencial para formação de qualquer ser humano, pressupõe a racionalidade e posteriormente a necessidade de afirmação da sua autonomia de pequenos atos (BISSOLI, 2014, p. 593).

Neste sentido, afirma Renata Oliveira Tomaz (2017, p.38):

Para ser, tornou-se necessário crescer. A elaboração de um período em suspensão para que crianças pudessem retardar seu ingresso no universo adulto marcou a distinção entre estas duas categorias etárias por meio de oposições que expressavam incompletude/completude. Essa visão desenvolvimentista (CASTRO, 2001) marcou meninos e meninas como seres incapazes que precisavam de uma infância, gradativamente maior, para desenvolver habilidades e capacidades que lhes permitissem atingir, num momento determinado, o ideal de adulto. De um lado, portanto, estava o adulto, protagonista da esfera pública; de outro, a criança, resguardada na esfera privada.

A autora defende que a fase de desenvolvimento da criança ainda existe. Contudo, não se pode valer deste argumento para poder a criança além daquilo que não possui ainda capacidade de desenvolver, seria semelhante a não permitir que uma criança ande de bicicleta sem rodinha por não saber andar.

Deve-se permitir que o menor se desenvolva, "para ser", como afirma. Tal completude como ser, segundo entendimento da autora acima transcrito, só se conclui com o exercício necessário ao seu desenvolvimento. Ou seja, ao invés do adulto tomar a frente de todos os direitos, escolhas e atos do menor, este deve ser preparado para então conseguir sozinho praticar esses atos.

Um exemplo seria ensinar o menor a andar de bicicleta com rodinha e esperar que ele desenvolva coordenação motora suficiente, para que comece a praticar sem as rodinhas em ambiente adequado com equipamento de proteção. Minimizar os riscos e proteger até que o menor atinja desenvolvimento suficiente para não mais precisar de proteção para exercer tal atividade.

Continuando com o exemplo da bicicleta, se o menor já aprendeu a andar, não há razão para que seu responsável o proteja de um equipamento que o menor já possui domínio de capacidade e desenvolvimento sozinho.

É importante nesse momento que os pais ou responsáveis saibam fazer a distinção entre os atos que a criança **não possui capacidade** para praticar daqueles que o adulto **não quer permiti-la** praticar (BISSOLI, 2014, p. 593), nas palavras da autora:

Se até algum tempo atrás a criança não tinha consciência de ser uma pessoa independente do adulto, agora essa mudança acontece. **Ela passa a referir-se a si mesma por intermédio do pronome “eu” e a buscar marcar a sua possibilidade de realizar atividades sem a ajuda daqueles que cuidam dela.** Quer vestir-se, banhar-se e comer sozinha; indis põe-se com o adulto que pretenda controlar suas ações. A consciência dos pais e dos professores sobre a importância desse momento crítico, que representa uma virada no desenvolvimento da criança, é fundamental para evitar as crises (Vygotski, 1932/2013b), que acontecem quando há uma profunda diferença entre aquilo que a criança já é capaz de fazer e o que efetivamente lhe é permitido pelos adultos. Neste contexto, se não é possível deixar que a criança resolva tudo por si mesma, o adulto pode apresentar opções para que ela faça escolhas. O importante é que ela assuma uma nova posição nas relações, que não seja mais tratada como um bebê e **que exercite, na medida do possível, a sua autonomia.** Assim, **se as condições de vida e de educação incentivaram a sua condição de sujeito em desenvolvimento, com voz e vez, esta autonomia resulta das vivências anteriores da criança, nas quais ela foi desenvolvendo a fala, o andar, a memória, as percepções em geral e a percepção de si mesma.** Cabe recordar que sua relação com o entorno mudou proporcionalmente ao desenvolvimento de suas capacidades. Ela é capaz de compreender os fatos e a si mesma de maneira inteiramente nova, e nessas condições, **o adulto tem o papel essencial de evitar crises, permitindo que a criança assuma novos papéis nas relações com as pessoas** (Leontiev, 2010).

(Grifos nossos)

Observa-se que aqui a autonomia se apresenta como parte do processo de desenvolvimento humano e que apesar da incapacidade para os atos e negócios jurídicos não se trata de uma incapacidade total para os atos comuns da vida cotidiana. O entendimento deve ser oposto, há uma capacidade – ainda que pequena – para compreensão e concretização de atos sociais comuns, bem como decisões concernentes a estes.

Bissoli (2014, p.596) defende que o processo de desenvolvimento da criança é um processo de aprendizado, e define o sentido de a palavra aprender como "saber como utilizar os objetos em sua função social, conhecendo-os e pensando sobre eles de forma cada vez mais autônoma. Neste processo, conhecer a si mesma e conhecer as suas próprias possibilidades."

Alcídia M. Faria (2001, p.7-17) no mesmo sentido de Bissoli, também inicia seu texto com o processo de desenvolvimento psicológico da criança e chega a mesma conclusão sobre a importância de dar certa liberdade para a formação do menor através do exercício da autonomia, ainda acrescenta que os direitos e garantias do menor são previstos para assegurar esse processo. Nas palavras da autora (2001, p.16):

Conclui-se, então, que a criança, durante toda a sua fase de crescimento, precisa de cuidados específicos e constantes para que seu desenvolvimento seja tão harmonioso quanto possível. Entretanto, este acompanhamento deverá sempre respeitar os diferentes estágios do desenvolvimento infantil, com um permanente estímulo ao exercício dos seus direitos individuais, principalmente o mais básico, mas nem sempre o vulgar, o de ser "simplesmente criança". Só assim, cada criança assumirá sua própria individualidade e ocupará um lugar de destaque na sociedade em que está inserida.

Os direitos acima descritos estão assegurados também pelo art. 3º do Estatuto da criança e do adolescente. Pode-se encontrar como fundamento para tanto a necessidade de liberdade psíquica da criança e do adolescente, por considerar que está intrinsecamente conectada ao direito à dignidade da pessoa humana (ELIAS, 2014, p.15).

A dignidade da pessoa humana como bem demonstrado, está ligada a autonomia existencial. Para Roxana Borges (2005, p.82) o referido princípio é um novo valor conformador. Ou seja, um princípio que dá forma, que configura ou retrata o direito a partir dele principalmente nas relações existenciais, no direito de família, nos direitos da personalidade e nas relações entre indivíduo e estado. Trata-se de um processo de "humanização do direito civil, personalização do direito civil ou repersonalização do direito civil" (BORGES, 2005, p.82).

Ao falar de dignidade da pessoa humana, proteção ao processo de personalização do direito civil está tratando dos direitos da personalidade como intimidade, honra, privacidade, imagem, direito ao próprio corpo de um indivíduo. São estes direitos básicos que devem ser protegidos através do poder familiar para que haja exercício da autonomia existencial do menor.

Para além, a normativa específica que versa sobre os Direitos da Criança e do Adolescente fornece o embasamento necessário para firmar a necessidade do exercício da autonomia e proteção do menor.

Resta evidente a dependência entre a autonomia e os direitos da personalidade, estes direitos precisam ser efetivados e o seu exercício se dá de forma conjunta como já demonstrado. George Marmelstein (2014, p.133) reafirma que uma das características básicas do direito da personalidade é a pessoalidade, a necessidade de uso do direito personalíssimo pelo sujeito que o intitula, sendo inadmissível a interferência de terceiros, sociedade ou estado para que se proteja o indivíduo de forma que assegure o "livre desenvolvimento da individualidade física e espiritual do ser humano".

O entendimento acima transcrito traduz mais uma vez a grande preocupação de exercício desse direito pelo indivíduo. A razão de ser, o porquê exercer tais direitos está explicitado pelo autor de forma clara, e, diretamente relacionado ao conceito de autonomia existencial ora apresentado.

Ressalte-se que não é incomum encontrar menores que tem direitos a intimidade, privacidade, honra e imagem exercidos e violados pelos pais ou responsáveis através do abuso do poder familiar.

É notório que, por vezes, nem a própria religião é escolhida pelo menor violando o seu direito à liberdade religiosa, são ensinados desde crianças a seguir a religião dos pais. A iniciação comumente se dá através de atos como batismo e primeira eucaristia, por exemplo. Ou seja, nestes casos, o direito à liberdade religiosa é podado viola o artigo 3 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ELIAS, 2014, p.14).

Tal ato enseja em grande preocupação, pois é sabido a influência que a religião adotada exerce sobre a forma de vida, crença, hábitos, costumes, moral e valores de uma pessoa.

Não é sem motivo que o ordenamento brasileiro é laico. Ele reconhece a diversidade e necessidade de respeito a todos as religiões e seus cultos, bem como a impossibilidade de interferência do estado nestes aspectos para que todo cidadão seja livre para escolher sua religião. Esse mesmo direito de liberdade religiosa e de escolha para o exercício da autonomia existencial é conferido ao menor.

Conforme afirma Requião (2014, p.24), a preocupação do legislador ao limitar o exercício da autonomia do menor, seja ele relativamente ou absolutamente incapaz, se dá com observância a autonomia da vontade negocial, e, não existencial.

Pode-se dizer que a autonomia existencial está mais relacionada com a liberdade de realização do ser, do interior de cada um, uma realização pessoal e, por isso, intransferível.

Nesse mesmo sentido entende David Cury Jr (2006, p. 205), ao tratar sobre a limitação de determinados direitos inerentes ao menor que ao serem inviabilizados pelos pais ou responsáveis podem vir a configurar um abuso de direito:

Impedir o filho de continuar a desenvolver uma atividade esportiva que ele já tem empreendido com sucesso; proibi-lo de escrever determinadas obras literárias, e mais, obstando a sua publicação; ou mesmo de criar composições musicais, quem dera destruindo-as uma vez completadas; impedi-lo de inscrever-se em algumas associações culturais ou partidos políticos ou sindicatos, ou ainda a freqüentar, com finalidade de amizade ou por razões sentimentais, algumas pessoas; impor-lhe um determinado modo de vestir, um determinado corte de cabelos, etc.

Logo, é de fácil percepção que os direitos da personalidade são atribuídos para desde a infância serem exercidos através da autonomia existencial para a formação do indivíduo como cidadão. De forma que será capaz quando atingir a maturidade da maior idade de realizar de forma responsável demais atos da vida civil e jurídica, através da autonomia privada.

Cada direito personalíssimo foi criado com um propósito, observasse que o direito a imagem, por sua vez, visa proteger a representação física do indivíduo (BORGES, 2005, p.156), compreendendo todas as formas de exteriorização (NETTO, 2004, p.21), amparado pela normativa do artigo 5, inc. V, X, XXVIII alínea "a" CF/88, dos artigos 17, 240, 241 Lei n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do adolescente (ECA) e do artigo 20 Código Civil (CC).

Além da redação do artigo 17 do ECA que preza pela "inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. ".

Afinal, com o estudo realizado através da psicologia e psicanálise, sobre as necessidades da criança e do adolescente para formação da sua personalidade percebeu-se a importância da integridade física e psíquica (Groeninga, 2008, p.217).

Há varias teorias sobre o direito a imagem, Roxana Borges (2005, p.156-157) defende a teoria negativa desse direito que se baseia na prerrogativa do não fazer de ter-

ceiros contra à imagem de outrem. Seria, em outras palavras, a impossibilidade de uso ou reprodução da imagem de alguém sem a sua autorização por qualquer meio.

A autora entende também que há uma extensão do direito a imagem quanto a divulgação da voz ou demais elementos que permitam a sua identificação (BORGES, 2005, p. 156), o Ministro Domingus Fraciulli Netto (2004, p.24) defende ainda a ideia de imagem como uma espécie de senha pessoal e intransferível de um indivíduo é uma forma de identidade e identificação.

O direito à imagem é parte da autonomia existencial e jurídica, de modo que o processo de autoafirmação para a formação do indivíduo parte de preceitos básicos assegurados como direitos e garantias fundamentais e direitos da personalidade, ante a sua essencialidade nesse processo.

Logo, o direito permite a cada sujeito do direito de usar, dispor, expor a sua imagem dentro de limites legais, através dos instrumentos vinculados por lei. Assim, o indivíduo deve querer e optar por ser identificado.

2.1 IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são, em regra, intransmissíveis, irrenunciáveis, absolutos, ilimitados, imprescritíveis, não sujeitos a desapropriação e vitalícios, conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.187-190).

Ocorre que na I Jornada de Direito Civil, enunciado 4 se estabeleceu que os direitos da personalidade poderiam sofrer limitação voluntária desde que esta seja específica e transitória.

Conforme artigos 1.634, inciso VII¹ e 1.690² do Código civil, cumulados com o artigo 104³ do mesmo diploma normativo, observa-se que existe a prerrogativa dada pelo

1 Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

2 Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados. Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

3 Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

exercício do poder familiar através dos pais ou responsáveis para autorizar a utilização da imagem do seu filho menor, de modo a convalidar o negócio jurídico com sujeito capaz.

Os menores, via de regra, não podem realizar negócios jurídicos. Ocorre que, o contrato para cessão de imagem, por exemplo, é um negócio jurídico, e, portanto, precisa atender aos requisitos do artigo 104 do Código Civil, e um dos requisitos exigidos é a maioridade.

Esse contrato se aperfeiçoa com o exercício dos já citados artigos 1.634, inciso VII e 1.690 do Código Civil. O menor tem sua imagem utilizada mediante negócio jurídico formalizado pelos seus pais ou responsáveis, através de contrato inominado de cessão de imagem.

Nesses casos de contratos de cessão de imagem do menor para conteúdo midiático, espetáculos públicos, é necessário ainda a autorização do Juízo de Menores. O qual não deve encorajar a livre disposição deste, pois há no Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma específica, norma mais recente destinada a proteção do menor, inclusive quanto a sua imagem.

2.2 AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia no âmbito familiar deve ser analisada juridicamente perante dois aspectos. O primeiro deles é direcionado ao exercício do poder familiar e o segundo é a autonomia da família ante o direito privado que limita a interferência estatal e social, o que viabiliza esse contexto.

A autonomia privada deriva da dignidade da pessoa humana, é através dela que o cidadão pode efetivar suas decisões patrimoniais e jurídicas (DE PAULA, CABRAL e GUIMARÃES, 2016, p.105-106). Não obstante há no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da intervenção mínima do estado na vida privada da família, no que concerne a suas escolhas e estilo de vida, e a máxima do direito privado que preza pela permissão de tudo aquilo que não for expressamente proibido pelo ordenamento jurídico.

O princípio coaduna com o disposto no artigo 1.513 do Código Civil que positiva a liberdade dos responsáveis para decidir sobre a criação e educação do menor até que este atinja a sua maioridade.

O referido dispositivo protege não só a formação da família como uma unidade personalizada com identidade própria como viabiliza o exercício do poder familiar pelos responsáveis, evita-se interferências desarrazoadas do estado que venham a podar essa autonomia.

A autonomia privada, por fim, trata-se nas palavras de DE PAULA, CABRAL e GUIMARÃES (2016, p.105-106) “é possível dizer que a autonomia privada consiste no poder que o indivíduo detém de regulamentar os próprios interesses, sem que o estado fixe qualquer mecanismo coercitivo que possa impedir tal possibilidade”.

2.3 DA AUTONOMIA EXISTENCIAL

David Cury Júnior (2006, p.108-109) defende que o menor possui uma autonomia respaldada pelo artigo 16 do Estatuto da criança e do adolescente a ser exercido nas hipóteses dos seus incisos conforme a sua maturidade que vem a mitigar o poder familiar.

Há situações que o menor de idade poderá exercer seus atos por si, sem a necessidade de assistência dos seus pais ou responsáveis através da sua autonomia. Vejamos:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

- I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
- II - opinião e expressão;
- III - crença e culto religioso;
- IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
- V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
- VI - participar da vida política, na forma da lei;
- VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Os referidos incisos retratam de necessidades básicas e inerentes a formação da personalidade de cada indivíduo. O Estatuto previu o direito à liberdade do menor,

foi criado sob a mesma perspectiva da Constituição Federal supramencionada para preservar direitos básicos do menor, de modo a viabilizar o seu desenvolvimento pleno como pessoa e cidadão.

Esses direitos à liberdade são de sua autonomia, não possuem cunho jurídico como realização de negócios jurídicos, ou o conceito de autonomia privada defendido por Roxana Borges. E sim, de gerir a sua personalidade com base nas suas escolhas e interesses de locomoção, opinião, crenças, diversão, esportes, vida privada, refúgio e orientação.

Trata-se da autonomia existencial do menor e liberdade moderada necessária ao seu crescimento e desenvolvimento, mitigando em certa medida o poder familiar na opinião de David Júnior (2006, p.108-109).

Para David Júnior (2006, p.154), o atual ordenamento modifica o poder familiar para que além do dever de proteção aos direitos do menor, se tenha também uma facilidade quanto ao exercício dos direitos personalíssimos pelo menor, de modo que não gere risco ao processo de formação da sua personalidade, o que só reforça o entendimento do parágrafo anterior.

Para David Júnior (2006, p.158) o menor deve exercer por si os seus direitos de forma gradual, na medida do seu discernimento e capacidade de entendimento. Por sua vez os responsáveis devem atuar como assistentes ou representantes de forma que proteja o menor da ameaça ou riscos de danos no exercício do seu direito personalíssimo.

Groeninga (2008, p.29-30) reforça esse entendimento, traz o desenvolvimento da criança através da formação da sua personalidade pelos aspectos psicológicos e psicanalíticos. Defende que os direitos da personalidade são, inclusive, assim intitulados por terem seu exercício inerente ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

A autora vai além, ao afirmar que a função social da família está atrelada a assegurar o exercício desses direitos pelo menor, como um de seus deveres. Destaca "a família é lugar de formação da personalidade" (Groeninga, 2008, p.29), seria aqui que o indivíduo passaria pelo processo de adaptação ao longo do seu crescimento, se despreendendo de atos instintivos.

3 O MENOR E O PODER FAMILIAR

São menores aqueles que não possuem dezoito anos completos, conforme artigo 5 do Código Civil e exceções previstas nos incisos deste parágrafo único. Os menores são indivíduos em processo de desenvolvimento que estão sujeitos a legislação específica, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que prevê essa característica em seu artigo 6.

Dentro da menoridade há divisão entre aqueles que são crianças e que são adolescentes. O artigo 2 do ECA faz essa distinção considera criança aqueles que possuem até doze anos incompletos e de doze a dezoito anos são adolescentes. Essa distinção não será aprofundada, mas substituída pelo termo menor que neste trabalho não adentrara nos efeitos penais da maioridade.

O conceito de poder familiar adotado pelo CNJ define-o como atribuições advindas de direitos e deveres designadas aos pais para proteção dos filhos menores através da guarda, sustento e educação.

Giselle Groeninga (2008, p.220) acrescenta que poder familiar é consequência não só da paternidade natural como da filiação legal sendo irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Neste mesmo sentido se posiciona o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Giselle Groeninga (2008, p.220), defende o sentido do poder familiar como intrínseco e extrínseco, tanto nas relações privadas entre os familiares como quando se tra-

tar do seu exercício frente a instituições públicas, respectivamente, como “fortalecimento da ligação entre os membros e a constituição da identidade e da autonomia que é própria a cada família”.

Groeninga (2008, p.216-219) defende que o poder familiar deve atender a uma função social. Historicamente o poder familiar foi confundido com autoridade parental, institutos diferentes e que devem andar em conjunto limitado pela configuração do abuso de direito e respeito à autonomia do menor.

O poder familiar está atrelado a noção de poder-dever dos responsáveis, leia-se poder como condição para o dever conforme observância e respeito ao Princípio do Melhor Interesse da criança. A autoridade parental é um aspecto da relação do menor com seu responsável perante o estado em correspondência ao exercício desse poder-dever (GROENINGA, 2008, p.219-220).

Em um exemplo simples, se o responsável pode escolher a escola em que o menor vai estudar, deve observar qual escola atenderá da forma mais adequada ao Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Nesse caso, seria avaliado o método de ensino, a distância, a locomoção, a qualificação da instituição e dos professores, o perfil do alunado, a estrutura do colégio e as opções de horário, basicamente.

Em complemento a ideia da autora, observa-se que o Código Civil define no artigo 1.634 a abrangência do poder dos pais ou responsáveis decorrentes do poder familiar nos parágrafos anteriores. A Constituição Federal 88 em seu artigo 229, *caput*, define que é dever dos pais a assistência, criação e educação dos filhos menores.

No artigo 227, *caput*, determina que seja “assegurado com absoluta prioridade” à criança e ao adolescente pela família os direitos à vida, saúde, educação, lazer, profissionalização, dignidade, respeito e liberdade, dentre outros.

O mesmo artigo 227, *caput*, prevê que a criança e ao adolescente devem ser protegidos de qualquer forma de negligência, exploração, violência e opressão, dentre outros.

Conforme discorrido no primeiro capítulo "Autonomia" os direitos assegurados ao menor são os mesmos que se necessita para seu processo de desenvolvimento e necessários à afirmação de sua autonomia.

A família possui a função de assegurar que esse processo de crescimento ocorra através da capacidade de pensamento e sentimento para formação da personalidade, nesse processo se torna imperioso o exercício dos Direitos da Personalidade (GROENINGA, 2008, p.27).

Neste mesmo sentido defende Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p.41) pelo entendimento de que a família é o lugar de formação da personalidade, entende o conceito de família atrelado ao instrumento de desenvolvimento da pessoa humana.

A família deve servir como funcionalização, segundo os autores, que venha a propiciar um ambiente adequado a realização do sujeito como indivíduo, desta forma, na palavra destes (CHAVES e ROSENVALD, 2017, p.42) "ambiente propício para promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade".

Assim, deve-se levar em consideração a miscigenação, sincretismo e multiculturalismo existentes no Brasil que por si só já demonstra a necessidade intrínseca de cada indivíduo para moldar a sua família e vida privada conforme seus próprios princípios, crenças, valores e moral.

De modo que, essas peculiaridades de cada família devem ser preservadas, motivo pelo qual se faz pertinente a manutenção do estado com interferência mínima na vida privada. Contexto esse que influencia diretamente na formação do menor, conforme entendimento também adotado por Isis Alves carvalho e Monise Gomes Serpa (2014), que defende:

O conceito de infância passou por um longo processo de construção e elaboração, partindo de inúmeras teorias dos diferentes campos do conhecimento. Várias concepções foram se delineando na área médica, psicológica, jurídica, pedagógica, antropológica e sociológica, de maneira que, atualmente, não podemos classificar o conceito de infância como estável, "natural" e homogêneo (Neckel & Guizzo, 2003). Assim, podemos falar que existem inúmeras infâncias em constantes processos de resignificação e transformação, que variam conforme o tempo, classe social, gênero e cultura em que as crianças estão inseridas (Neckel & Guizzo, 2003).

Pode-se perceber que esse multiculturalismo entre as famílias brasileiras está presente não só na formação do indivíduo como pessoa, como também influencia diretamente no seu nível de desenvolvimento como criança ou adolescente.

De modo que há um impacto no tipo e grau de desenvolvimento que o menor irá apresentar, logo, estará diretamente ligado à possibilidade de evolução dos atos aos quais está capacitado a exercer, não relacionados a esfera jurídica patrimonial.

Há uma crítica pertinente que pode ser feita com base nesse entendimento. O Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o Código Civil são taxativos ao definirem a capacidade para exercício dos atos da vida civil patrimonial em razão unicamente da faixa etária.

Contudo, é sabido que não há uma necessária ligação a nível nacional sobre a capacidade de fato para exercício de tais atos com responsabilidade e discernimento relacionado exclusivamente com a idade, de forma idêntica para todas as crianças. Visto que, cada indivíduo tem um processo de desenvolvimento, amadurecimento, criação.

Duas crianças com a mesma idade podem vir a ter maturidades diferentes, até mesmo em razão da cultura e modo de criação adotado pela autonomia privada de cada responsável.

Além disso, não se deve ignorar o agravante das constantes mudanças sociais que vêm ocorrendo a cada década, Groeninga (2008, p.31-32) ressalta o surgimento das famílias homossexuais e avanço do movimento feminista que já contribuíam para a mudança na própria constituição da família.

Chaves e Rosenvald (2017, p.39-42) fazem um comparativo das características da família pelo Código Civil de 1916 com o modelo da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 como a pluralização, democracia, igualdade substancial, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva e caráter instrumental da família.

Para que essas famílias possam cumprir a proposta de funcionalização do instrumento proposta por Chaves e Rosenvald (2017, p.41) é preciso que se preze pelo exercício da dignidade da pessoa humana através da igualdade substancial e solidariedade exercida entre os membros.

Além de não permitir interferências externas que venham a violar esses interesses, comumente o estado seria aquele que mais interferia na vida privada das famílias, ditando normas, regras e modelos a serem seguidos (CHAVES e ROSENVALD, 2017, p.41).

Como exemplo, merece destaque o Código Civil de 1916, muito bem escrito, porém, com um perfil extremamente patriarcal e inadequado à realidade das famílias do século XXI. Esse perfil foi afastado com a Constituição Federal de 88 no artigo 5, incisos V, X, XI e XII.

Posteriormente o Código Civil de 2002, reforça essa proteção, retirando normas eminentemente patriarcais, de desvalorização da mulher e incluindo artigos com conceitos inovadores, mais específicos e incisivos como o artigo 1.513 que traz a proteção da autonomia privada das famílias.

Para tanto os doutrinadores Chaves e Rosenvald ressaltam que por ser a família o ambiente de proteção da pessoa necessário à sua formação (2017, p.42), não é permitido, portanto, a desvirtuação da sua função para uma "função restritiva" que tende a retirar os direitos do indivíduo. Ressalte-se que foi constituída para atender a esse fim, fora instrumentalizada para proteger (2017, p.45).

Do contrário, no momento em que os responsáveis, munidos do poder familiar, se valem da autoridade parental para violar os direitos do menor é configurado um contrassenso, uma grave violação e subversão dos valores objetivados pelo ordenamento jurídico.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2016, p.46-49) defendem o chamado Direito das Famílias, que seria uma intervenção mínima do estado no âmbito familiar através da valorização da autonomia privada, pela aplicação do artigo 1.513 do código Civil, e, exercício do artigo 1, inciso III da Carta Magna pela proteção da dignidade da pessoa humana e à liberdade de autodeterminação da pessoa humana.

Para Chaves e Rosenvald (2016, p.46-47) o estado só poderia interferir na vida privada das famílias, e, conseqüentemente, na autonomia privada de forma legítima e justificável "quando tiver fundamento a proteção dos sujeitos de direito, notadamente daqueles vulneráveis, como a criança e do adolescente".

Observa-se que tanto a Constituição Federal, como a legislação infraconstitucional e o posicionamento doutrinário, destinam uma maior atenção quando se trata da proteção do menor de idade em virtude da sua vulnerabilidade e incapacidade civil.

David Cury Júnior (2006, p.91-92) afirma também que as crianças e adolescentes estão protegidos pelo princípio da maior vulnerabilidade, por considerar a sua pouca idade, fragilidade, e, por vezes, ser incapaz de defender seus interesses.

Configurada a vulnerabilidade e incapacidade do menor, se valida a necessidade de que seus atos sejam assistidos ou realizados através dos pais ou responsáveis que são constitucionalmente protetores dos direitos do menor. A proteção do menor deve ser integral, conforme artigo 1º Estatuto da Criança e do Adolescente.

Logo, através da análise dos dispositivos acima elencados, é de fácil percepção que os pais ou responsáveis possuem através do poder familiar o dever de guarda, pelo Conselho Nacional de Justiça. Para além, a Constituição aponta alguns focos dessa proteção do menor a ser exercida pelos pais ou responsáveis.

Assim, atingida a maioridade os filhos não mais estarão sob o estado de vulnerabilidade – juridicamente falando – são maiores, adultos, capazes de pleno direito. Portanto, cessa-se a esse tempo o poder familiar sobre o sujeito, conforme dispõe o Código Civil no artigo 1.630 de forma clara "Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores".

3.1 ABUSO DO PODER FAMILIAR

Após explanação do poder-dever inerente ao poder familiar discorrido no último item, considera-se como abuso deste poder aquele ato que fuja do seu dever ou haja em excesso.

O abuso do poder familiar é uma espécie do gênero abuso de direito do Código Civil, trata-se simplesmente de não cumprir com seus deveres ou se valer de prerrogativas para pratica de atos que vão além dos deveres que possui (GRAMSTRUP E TARTUCE, 2015, p.186-188).

Chaves, Rosenvald e Braga Netto (2017, p.214-222) defendem abuso de direito como um ato ilícito respaldado pelo Código Civil nos artigos 186 e 187. Conceitual-

mente, os renomados doutrinadores entendem que abuso de direito seria uma exceção à máxima do direito privado "aquilo que não está expressamente proibido está permitido".

Pois, trata-se de ato que não só, não estão expressamente proibidos, como implicitamente permitidos. Contudo, a forma com que se faz uso dessa permissão ultrapassa o limite da boa-fé, de modo que foge a função da norma de forma excessiva, o que configura o uso abusivo de um direito (CHAVES, ROSENVALD E BRAGA NETTO, 2017, p.214-222).

Especificamente quando o abuso de direito ocorre no poder familiar, denominado de abuso do poder familiar, trata-se de uma situação que requer um tratamento e atenção especial do ordenamento.

O menor possui uma vulnerabilidade, motivo pelo qual se fez necessária a proteção dos seus direitos e deveres por um maior, seus pais ou responsáveis. Essa proteção precisa se dar através de um poder-dever, acompanhada de responsabilidade e autoridade do maior.

Quando esse protetor passa a usar com excesso seus poderes e prerrogativas, assegurado pela sua autoridade, há um agravo da vulnerabilidade do menor. Neste caso, toda a proteção que lhe é dada pelo ordenamento jurídico, objetivando proporcionar segurança e equilíbrio (de forma a minimizar sua vulnerabilidade enquanto não tem capacidade de fazê-lo sozinho), deixa de existir.

Ao passo que o poder familiar perde sua função, deixa de ser exercido, não há razão de ser, se não, alimentar a desproteção, fragilidade e vulnerabilidade do menor, expor a ele os riscos e perigos que o ordenamento jurídico visa proteger através do próprio poder familiar.

Assim, para os casos de abuso do poder familiar o Código Civil e o ECA preveem hipóteses de exclusão, suspensão e a perda do poder familiar, alguns casos são julgados no juízo criminal.

A suspensão e a perda do poder familiar são aquelas que se dão por via judicial, através da provocação do Ministério Público, conforme dispõe artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente para os casos de abusos previstos em lei de forma expressa na legislação e "descumprimento injustificado dos deveres e obrigações" do ar-

tigo 22 deste diploma que prevê o dever de "sustento, guarda e educação" e cumprimento de eventuais determinações judiciais.

No entendimento de Antônio Cezar Lima Fonseca (2012, p.80-82) a suspensão do poder familiar tem caráter temporário total ou parcialmente até que se encerre a condição da qual adveio. Por exemplo, em caso de abuso de autoridade sobre ou condenação de sentença criminal irrecorrível superior a dois anos. Disposição do artigo 1.637 do Código Civil:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, **abusar de sua autoridade**, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, **até suspendendo o poder familiar, quando convenha**.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

(Grifos nosso)

O autor entende que a perda do poder familiar é uma forma de punir o responsável por alguma falta grave cometida, ela tem o caráter definitivo, de destituição e estaria respaldada pelo artigo 1.635, inciso V do Código Civil, erroneamente, denominada de extinção (Fonseca, 2012, p.80-82).

A extinção por sua vez é a hipótese em que não se faz necessário a ação judicial interposta pelo Ministério Público, qualquer interessado pode requerer, e, via de regra, ocorrem por fatos normais como a morte do filho ou dos pais, a emancipação do menor ou a maioridade (Fonseca, 2012, p.81-82).

3.2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DIREITOS DO MENOR

Observa-se que o Estatuto ora referido vem reafirmar e especificar alguns direitos das crianças e adolescentes, ora disposto na Constituição Federal de 88, como princípios e direitos fundamentais. Medida necessária ante o nível de vulnerabilidade do menor e atenções específicas que se deve ter, além da construção histórica omissa quanto aos limites do poder familiar.

Desde a idade antiga, na família romana o poder familiar sobre o menor era constituído sob o modelo da família patriarcal e autoritária que seguia as normas da religião. Era um exercício de direito de propriedade dos pais sobre seus filhos, não havendo distinções de menor ou maior idade, e sim, dos filhos que moravam com seus pais e aqueles que saíam de suas casas (AMIN, 2011, p.1-2).

O cristianismo influenciou na constituição da família desde a idade média no momento em que passou a defender “o direito a dignidade para todos”, deu a primeira noção do menor como um ser detentor de dignidade (AMIM, 2011, p.3).

Em contrapartida trouxe a obrigação do menor respeitar seus pais, penalidades para os pais que abandonavam ou expunham seus filhos, salvo se este fosse um filho fora do casamento – filho este que o ordenamento jurídico brasileiro por muitos anos considerou como filho ilegítimo, se quer tinha direito à herança pelo revogado Código Civil de 1916 – a igreja considerava que eles eram uma clara violação ao dever de fidelidade do matrimônio, portanto, não faziam parte da família. Para a igreja, uma família deveria se constituir em conformidade com código moral da época (AMIM, 2011, p.3).

O Brasil foi formado por índios nativos e europeus no momento da sua colonização. Houve uma forte influência do modelo de família europeu cristão na formação da família brasileira, principalmente no momento do chamado Brasil-Colônia.

No Brasil-Colônia a família também era patriarcal. Os índios tinham uma resistência inicial a aderir a cultura europeia, por isso houve um processo de catequização de crianças indígenas e estas passavam a educação da “nova ordem moral” recebida para seus pais (AMIM, 2011, p.3).

O pai desta família possui poder tão grande sobre a criança que poderia castigá-la de forma ilimitada, sem que houvesse a configuração de qualquer ilicitude. Ainda que a criança viesse a falecer com esse castigo (AMIM, 2011, p.3).

Está evidente a autoridade parental que historicamente forma a família brasileira, essa cultura está fincada na história deste modelo familiar, por vezes se mostrando presente no contexto atual do século XXI.

Posteriormente, na fase do Brasil Império, começa a existir uma diferença de tratamento com relação aos infratores. Passa a existir uma divisão com base na faixa

etária, por meio do medo proporcionado ante a crueldade das penas estabelecidas (AMIM, 2011, p.3).

Ou seja, quanto maior a infração, mais cruel deve ser a pena, conseqüentemente o infrator terá mais medo e resistência em violar a normativa. A proposta da normativa era amedrontar para prevenir.

Com fulcro nas Ordenações Filipinas havia imputabilidade penal a partir dos sete anos de idade, até os dezessete havia uma atenuação das penas. Entre dezessete e vinte e um anos eram considerados jovens adultos e poderiam ser condenados à pena de morte por enforcamento. Havia exceção à essa regra que permitia a aplicação desta pena ao menor infrator maior de quatorze anos (AMIM, 2011, p.3-4).

Surge nesse momento ideia similar à aplicada pela legislação vigente. Não mais a aplicação de penalidade por filho que descumpra ordem do pai. Mas a noção de infrator, com penas aplicadas em conformidade com a idade. Separa-se ainda a infância da fase de jovem adulto, tendo penalidades com níveis diferentes para cada etapa de desenvolvimento da pessoa humana, apesar de ainda cruéis e precárias.

O Código Penal do Império é de 1830, onde definiu pela primeira vez na história do ordenamento jurídico brasileiro a noção do “menor”. Aquele que não tivesse quatorze anos completos e cometesse infração passa a ser considerado inimputável, salvo se possuía discernimento e já havia completado sete anos de idade (AMIM, 2011, p.4).

Havia a adoção do sistema biopsicológico no código citado, este sistema que permitia analisar o discernimento para se chegar na (in) imputabilidade era criticado em razão da sua subjetividade. Foi substituído pelo critério objetivo que leva em consideração a idade do menor. A referida modificação se deu em 1921 com a vigência da Lei nº 4.242 (AMIM, 2011, p.4).

No século XVIII, para questões da vida civil eram adotadas ainda as normas da igreja, que ante o preconceito com as crianças advindas do adultério influenciou a criação de uma prática que se tornou comum, o abandono do menor advindo do adultério. Em 1906 se criaram casas para acolher esses menores divididas em escolas, para educar esses menores (AMIM, 2011, p.4-5).

Após esse período houveram projetos de leis, códigos e decretos aprovados no Brasil, sobre o destino de menores abandonados a obrigação dos pais em fornecer saú-

de, educação e segurança independente da sua condição financeira. Além de medidas preventivas visando a diminuição do número de crianças de rua (AMIM, 2011, p.6).

Em 1937 a Constituição, vigente há época, trata também da questão social dos direitos da criança e do adolescente por influência dos Direitos Humanos. Além de ser criado o Serviço de Assistência do Menor voltado ao atendimento de menores infratores (AMIM, 2011, p.7).

Fora criada em 1959 a Declaração dos Direitos da Criança pela ONU, houve uma substituição do Serviço de Assistência do Menor pela Fundação Nacional do Bem-estar do Menor, esta criada por militares na década de 70. Posteriormente substituída pelo Centro Brasileiro para infância e adolescência na década de 90, mesmo momento em que é criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (AMIM, 2011, p.7).

A Constituição de 1988, vigente, representa um marco na regulação dos Direitos do menor e na forma com que o legislador se preocupava. Como é de se observar até então toda a preocupação com o menor era voltada a prática de atos infracionais ou visando a segurança da sociedade por considerarem o menor morador de rua um perigo.

Esse contexto social foi marcante para o Brasil, presente inclusive em obras de Jorge Amado, no livro *Capitães da Areia*, escrito em 1937, transformado em filme em 2011. Restava evidente o desconforto social com a aproximação dos menores moradores de rua. Além do abandono sofrido por eles, não recebendo nenhum apoio do serviço assistencial.

Antes da Constituição de 88 a preocupação era punir os menores infratores e proteger a sociedade. Não havia até então uma preocupação de cunho social, como o trazido pós Constituição de 88, prevendo direitos ao menor, em um outro viés, voltado para o seu desenvolvimento e proteção.

Há o reconhecimento do menor como sujeito de direito e não como mero infrator passível de punibilidade. Pautada sempre na dignidade da pessoa humana – artigo 1, inc. III, CF/88 – bem como, nos direitos que lhe devem ser assegurados para sua realização plena.

Em paralelo com o desenvolvimento de organizações, declarações e convenções internacionais que foram receptadas e assinadas pelo Brasil como a UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância – e os seguintes (AMIM, 2011, p.8):

Declaração de Genebra, de 1924; a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Paris, 1948); a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969) e Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras Mínimas de Beijing (Res. 40/33 da Assembleia-Geral, de 29 de novembro de 1985)

Os menores passam a ser visto como cidadãos, através das redações nos artigos 227⁴ e 228⁵ da Magna Carta. Estes são artigos essenciais por tratarem do dever da

4 Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;
II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXI - II;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

família, prever o princípio da prioridade absoluta, direitos fundamentais e da personalidade, vedar a exploração.

Nos mesmos dispositivos há uma preocupação em fornecer cuidados aos menores através de uma equipe multidisciplinar, seja ela governamental ou não. Essa assistência fornecida faz uma diferença nítida, no desenvolvimento dos menores.

O objetivo do legislador nos referidos dispositivos é garantir que o menor tenha em sua fase de desenvolvimento plena dignidade da pessoa humana. Para isso prevê recursos necessários não só à sua proteção, em virtude da sua vulnerabilidade, como também, os direitos necessários e meios para exercê-los.

Quando se trata de uma instituição séria que acolhe, educa e auxilia esses menores acaba por reduzir o índice de menores infratores, que, por vezes, agiam perante necessidade.

3.2.1 princípio do respeito a dignidade da pessoa humana

O respeito à dignidade da pessoa humana está previsto no rol de direitos fundamentais da Magna Carta, em seu artigo 1, inciso III. A todos é assegurado esse direito que se traduz nas palavras de Schreiber (2014, p.8) como:

O valor síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural.

Ou seja, pelo entendimento doutrinário deve-se respeitar todo o contexto que envolver questões determinantes ao desenvolvimento de um sujeito de direito como pessoa humana em conformidade com a sua dignidade. O referido desenvolvimento pressupõe ações, omissões, decisões, em resumo exercício da sua autonomia.

O exercício que se dará para o alcance do desenvolvimento protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana deve respeitar as particularidades de cada cidadão

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

5 Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

de modo a concretizar a sua identidade. Esta, por sua vez, é formada por princípios, ética, moral e cultura de um indivíduo.

As escolhas que compõem ou influenciam a formação dessa identidade do menor se dão através de direitos já protegidos pelo nosso ordenamento com absoluta prioridade, a exemplo do direito à intimidade, liberdade de expressão, liberdade religiosa, imagem, honra, privacidade e outros.

Conforme já demonstrado através de artigos e pesquisas científicas psicológicas, o momento de formação da identidade do indivíduo é na menor idade através do exercício de sua autonomia. Evidente, que este processo deve observar a dignidade daquela pessoa em formação.

Ocorre que, em virtude do seu início de formação, para algumas questões não há discernimento psicológico suficiente para o exercício de sua autonomia. Neste momento está acentuada a condição de vulnerabilidade do menor. Motivo pelo qual, tem-se o estabelecimento de direitos e deveres deste que devem ser protegidos com absoluta prioridade por seus responsáveis, através do exercício do poder familiar.

3.2.2 princípio da proteção integral

Trata-se de um princípio que com base nos direitos fundamentais do artigo 227. Objetiva todo o tipo de proteção específica ao menor para assegurar o seu pleno desenvolvimento (FONSECA, 2012, p.15-16).

Outros dispositivos dos quais também podem ser extraídas normativas basilares são os artigos 1 do Estatuto da Criança e do Adolescente, 226 da Constituição federal 88 além da Convenção sobre os Direitos da Criança e declaração Universal dos Direitos da criança.

O artigo 1 do Estatuto da criança e do Adolescente prevê expressamente "art. 1º Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente". Demonstra que foi criado um estatuto especificamente para dar uma proteção integral.

Com o Código de Menores a intenção do legislador era a intervenção estatal apenas quando houvesse um ato praticado que infringisse direitos dos menores. Agora com a proteção integral do estatuto há a previsão de proteção do menor até mesmo

quando por omissão, não ser permitido ou dado um direito ao menor que por lei lhe pertence (ELIAS, 2014, p.11-12).

O doutrinador Roberto João Elias (2014, p.12), ressalta ainda a preocupação do legislador. Para que haja a proteção integral a criança precisa-se tratar de todas as suas necessidades para que alcance o desenvolvimento da sua personalidade de modo completo. Ressalta que para tanto, se faz necessária a assistência material, moral e jurídica e de preferência em uma família, seja biológica ou substituta.

3.2.3 da vulnerabilidade do menor

Em virtude da fase de desenvolvimento já explicada, entende-se que este é um momento de vulnerabilidade do menor ante a incapacidade física e psicológica para se posicionar ou se defender.

Este é o entendimento juridicamente defendido a divisão feita no artigo 2 do Estatuto da Criança e do Adolescente que classifica como criança o menor até 11 anos e entre 12 e 18 anos como adolescente, para os efeitos da lei.

Neste sentido NETTO (2013, p.22) comenta a importância do desenvolvimento da personalidade saudável, nas suas palavras:

o que hoje sabemos sobre processos básicos de natureza psicológica nos primeiros anos de vida humana, sobre fatores que contribuem para retardar ou causar danos ao desenvolvimento, sobre riscos, distúrbios, anomalias e dificuldades que geram uma infância infeliz e prenunciam conflitos e problemas sérios na futura pessoa adulta, é mais do que suficiente para justificar a compreensão do caráter fundamental dos chamados “anos formativos” que, em média, correspondem aos dois primeiros decênios de vida. As óbvias fragilidade e vulnerabilidade das crianças, os recursos limitados de que dispõem tanto no plano das capacidades físicas como de natureza cognitiva, emocional e social, ganham dimensões particularmente preocupantes num mundo caracterizado por rápidas mudanças sociais, tecnológicas, científicas e econômicas, as voltas com as transições e mudanças na família, a presença e a tentação dos tóxicos, as crescentes liberdades sexuais e os crescentes riscos, a influência avassaladora da televisão na vida, no comportamento, nas expectativas e na construção pessoal da realidade, os infortúnios associados a pobreza e ao despreparo para viver de modo feliz e sadio, conviver e exercer a cidadania responsável.

O menor precisa ser protegido para evitar abusos, maus tratos ou negligências que venham a ter uma repercussão negativa no seu desenvolvimento. O menor ainda não sabe viver em sociedade, plenamente, não possui total consciência dos riscos existentes ou mesmo tem discernimento tal qual um adulto formado para entender eventuais perigos ao qual se sujeita diariamente.

Sendo o menor incapaz de se proteger de eventuais abusos para seu desenvolvimento se fez necessário ao longo do curso histórico iniciar uma imposição de proteção a sua condição vulnerável.

É inquestionável que ante uma sociedade de riscos o menor deve ser resguardado, e não, exposto. Quando se trata da exposição da sua imagem é comum que haja uma alteração nas suas atitudes por conta da propaganda veiculada e fica mais fácil a exploração da sua imagem (JUNIOR, 2006, p.106).

A imagem da criança quando utilizada assegura uma visibilidade maior, por caracterizar a ingenuidade e a beleza, o que acaba por propagar mais rápido e atingir um maior número de fãs e admiradores.

Na época de criação da lei toda ação midiática era vinculada a jornais, rádios, televisão ou outdoor. Ainda não havia a possibilidade dos próprios pais se valerem de artifícios como YouTube e Instagram para ganhar popularidade, visibilidade e em alguns casos dinheiro divulgando momentos corriqueiros do menor. Sem precisar atender a nenhum roteiro ou assinatura de contrato para cessão de imagem. Motivo pelo qual a legislação carece de atualização para se adequar ao novo contexto social ao qual se apresenta.

3.2.4 princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes

Com respaldo nos artigos 3 e 18.1 da Convenção dos Direitos da Criança, no artigo 100 §único ECA e no artigo 1.584 do Código Civil de 2002. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é, basicamente, a análise de "condutas, tratativas e soluções que sejam benéficas aos direitos da criança e/ou adolescente considerando sempre o caso concreto" (FONSECA, 2012, p.12).

Não se trata de um direito absoluto, é basicamente dar ao juiz a tarefa de analisar junto a outros profissionais (como o Ministério Público, psicólogos, e estudos socioe-

conômicos) sobre o caso concreto e qual seria o melhor caminho que respeitasse os direitos e deveres do menor, haveria na melhor forma o atendimento a esse interesse (FONSECA, 2012, p.14).

Esse princípio visa evitar que os juízes decidam de forma arbitrária e discricionária com a aplicação fria da lei e considerem as questões peculiares envolvidas em cada caso (Fonseca, 2012, p.14).

O doutrinador Fonseca (2012, p.14), entende que até mesmo a aplicação desse princípio deve ser feita com cuidado para não tornar a função do magistrado parcial, chamou de "juiz orgânico aos serviços sociais".

David Cury Jr (2006, p.94), entende que se trata de uma cláusula geral que o juiz poderá invocar sempre que precisar de uma certa flexibilidade no seu julgado para adaptar a norma ao caso concreto e ter a decisão mais adequada aos interesses do menor. Seria uma forma de dar amplos poderes ao juiz, motivo da preocupação de Fonseca, acima mencionada.

Usualmente, esse princípio é encontrado em decisões que versam sobre questões mais abstratas para o direito como conflitos relacionados ao exercício de direitos da personalidade, poder familiar, disputas de guarda, divórcio e outros (Cury Jr, 2006, p.95).

Um polêmico conflito na doutrina e na jurisprudência em que se faz a aplicação desse princípio é na autorização dos responsáveis na transfusão de sangue do menor que é testemunha de Jeová ou da autorização dos responsáveis para realização de tratamento oncológico experimental em menor.

Ambos os temas perpassam por problemas e linhas de argumentação bem similares ao limite da autonomia, dos pais ou responsáveis face à autorização da exploração da imagem do menor. Obviamente, tratam-se de temas diferentes com um grau de seriedade e direitos fundamentais conflitantes diversos.

As situações anteriormente referidas se assemelham ao passo que todos tratam de um conflito corriqueiro entre a autonomia existencial do menor e o exercício do poder familiar do maior no âmbito da sua autonomia privada. Além da necessidade de se discutir em que implicaria o atendimento ao melhor interesse da criança nesses casos.

Qual seria a decisão mais acertada para proteger os direitos do menor? Seria a sobreposição do poder familiar e autonomia privada do responsável pela autonomia existencial do menor? Seria o inverso?

Além da notável interferência do estado na vida privada, o juiz, estranho ao caso concreto e funcionamento daquela família irá interferir e determinar como a família funcionará. É inegável a legitimidade da preocupação de Fonseca quanto à problemas relacionados a amplitude dos poderes do magistrado nesse caso.

3.2.5 princípio da prioridade absoluta

O princípio da prioridade absoluta se refere, em termo simples, à necessidade de observância do estado e da sociedade ao tratar o menor de forma prioritária, através de normas, regras e regulamentos. Esse princípio encontra respaldo no artigo 227 da constituição federal e posteriormente no artigo 3,4 e 5 do Estatuto da criança e do adolescente (FONSECA, 2012, p.20).

A criança pelo artigo 3 ECA é um ser que necessita de proteção, por estes motivos os princípios do estatuto da criança e do adolescente estão interligados, e se conectam diretamente com os direitos do menor.

Paolo Vercelone (2013, p.37) defende que a proteção se justifica na medida em que se tem “um ser humano que depende de outro ser humano”. A criança em razão da sua fase de crescimento e desenvolvimento necessita do auxílio de um adulto que lhe oriente e acompanhe.

Para além, no momento em que o menor tem direito ao exercício da liberdade, ou seja, direito de escolha e não pode exercer esse direito por si próprio, pois suas escolhas são limitadas. Para Vercelone (2013, p.37) sua interpretação pressupõe que por esta condição haverá momentos em que o responsável exercerá o direito fundamental da criança em nome dela, para ela, ante a sua incapacidade.

Contudo, pela própria condição vulnerável que necessita de auxílio para se alimentar, tomar banho, ir e vir, por exemplo, não podendo protestar efetivamente é que o

artigo 3 ECA prevê o princípio da proteção integral, em que se deve proteger o menor, o princípio dos melhores interesses, visando o que é melhor para ele, e, conforme o artigo 4 ECA com prioridade absoluta.

Por vezes, pode-se entrar em conflito um direito do menor e um direito dos responsáveis. A exemplo do tema deste trabalho, nos momentos em que no exercício do poder familiar, direito privado, exercício do estado mínimo (mínima interferência do estado). Como no caso de Mirella Santos e Ceará que decidiram criar redes sociais e canal em sites de vídeo para usar a imagem da filha menor, Valentina, de forma excessiva, para ganhar publicidade, visibilidade ou “curtidas”.

Há aqui o direito dos responsáveis de definir como será a criação da sua filha, e pelo artigo 20 do Código Civil autorizar o uso da sua imagem – a grosso modo – e o direito de Valentina à imagem, ao anonimato, a privacidade e a intimidade.

Se observarmos vídeos em que a mãe Mirella Santos faz vídeo – *“making of”* – de um desfile que participou com Valentina, é nítido a relutância da criança em participar do desfile. No primeiro momento a criança não tem consciência do que irá ocorrer, ao ouvir várias pessoas gritando seu nome e ter que entrar na passarela, Valentina inicia uma crise de choro.

A mãe carrega a menina no colo, sorri e inicia o desfile. Como se não importasse o protesto da criança, Mirella troca a roupa da filha e desfila novamente. O vídeo é público, já obteve mais de meio milhão de visualizações e está no canal de Mirella Santos chamado “Mina Real”, site YouTube⁶.

É evidente que houve um conflito entre o direito dos responsáveis e do menor no exemplo acima. Indubitável que a prioridade deixou de ser o direito fundamental do menor, não obstante fora violado os direitos e princípios também previstos pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescentes, como o da prioridade absoluta à proteção do menor, em virtude da sua condição vulnerável. Há um claro abuso do poder familiar.

O artigo 4 do ECA apresenta rol exemplificativo quanto a situações em que deve ser adotado a prioridade do menor que de forma expressa prevê “primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias”.

6 <https://www.youtube.com/watch?v=P7GSIAtdbI4&t=643s>

3.2.6 direito ao respeito

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu artigo 17 a seguinte normativa “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”.

Indiscutível a importância que os referidos institutos protegidos neste artigo possuem. Estes são invioláveis pois se tratam de aspectos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana.

Intrinsecamente relacionados aos direitos fundamentais e da personalidade que formam a dignidade da pessoa humana. A existência deste dispositivo reflete a necessidade de se observar a especialidade dessas normas em relação ao menor, ante a proteção integral conferida por este estatuto. Observa-se que essa especificidade se mostra necessária ante a vulnerabilidade do menor por sua fase de desenvolvimento.

Objetiva-se nesse dispositivo a proteção a personalidade do menor ante a existência de uma barreira que limita o poder de terceiros sobre ele ao passo que lhe é resguardado o direito ao respeito.

O poder familiar ou ato outrem não poderá desrespeitar, violar o direito fundamental do menor ou direitos da sua personalidade. Trata-se de um direito absoluto com eficácia *erga omnes*, de modo que a violação configura o cabimento de indenização por danos morais, vide art. 186 e 927 Código Civil (JUNIOR, 2006, p.102-103).

3.3 DIREITO A IMAGEM DO MENOR

O menor é sujeito de direito, conforme artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, detêm os direitos personalíssimos previsto na Constituição Federal 88, em seu artigo 5, incisos V, X e XXVIII tendo como um dos seus direitos invioláveis o direito a imagem.

Não há distinção entre o direito de imagem assegurado ao menor e ao maior de idade. Trata-se de um direito personalíssimo protegido pela Magna Carta ante o grau

de sua importância. Além do Código Civil reforçar o entendimento dispondo proteção à imagem no artigo 20.

Salvo previsão legal, a autorização para uso da imagem não necessita ser expressa, pode ser tácita, ou presumida em se tratando de imagem utilizada com fins de manutenção da ordem pública ou necessária à administração da justiça, vide art. 20 CC.

Contudo, ainda que haja autorização ao uso da imagem, este não pode se desvincular do seu fim pré-estabelecido. A exemplo do caso de Glória Pires na assinatura do contrato “Se eu fosse você 2”.

A atriz celebrou contrato de imagem com a produtora, para este filme. A produtora por sua vez, cedeu a imagem dos protagonistas Gloria Pires e Tony Ramos para campanha publicitária de uma empresa do ramo mobiliário. A justiça entendeu por deferimento liminar para retirar toda a publicidade com a imagem da atriz, pois este não foi o seu intuito ao firmar o referido contrato com a produtora (SCHREIBER, 2014, p.120-121).

Ainda assim, a autorização do uso de imagem não obsta o “controle de legitimidade” (SCHREIBER, 2014, p.121) do seu uso. Para Schreiber, mesmo após autorizado o uso de imagem deve se ter controle sobre o seu uso, a fins de evitar eventuais excessos e abusos, nas palavras do autor (SCHREIBER, 2014, p.121):

Não se pode admitir que a autorização seja invocada para legitimar usos da imagem que obviamente não seriam consentidos pelo seu titular ou, pior, que se afigurem contrários à sua dignidade. Entender diversamente seria evitar de ponta-cabeça a função jurídica da autorização.

No caso de uso de imagem do menor de idade deve haver autorização dos pais ou responsáveis. Não há na lei uma forma pré-definida de como se dará essa autorização, salvo em caso de exposições midiáticas ou comerciais em que deverá haver observância ao artigo 149 do ECA e anuência do juiz, seriam:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

a) estádio, ginásio e campo desportivo;

- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de freqüência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou freqüência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

Nestes casos, haverá a elaboração de contrato na forma expressa e escrita, qualificação das partes, o objeto do contrato como o uso da imagem, o fim deste uso a exemplo de programas de TV, comerciais, desfiles ou concursos de beleza.

Ressalte-se grandes nomes que iniciaram suas carreiras na infância dos mais diversos seguimentos: Sandy e Júnior, Bruna Marquezine, Marina Ruy Barbosa, Maísa Silva, Isabelle Drumond, Carla Diaz, Fernanda Rodrigues, Fernanda Souza e Caio Blat.

Contudo, em se tratando de casos que passam por um processo judicial e há uma análise contratual para verificar a regularidade, se há algum abuso do direito do menor, se afetará no seu desenvolvimento ou violação dos seus Direitos e deveres conforme §1, artigo 149 ECA.

Ocorre que, para situações em que não há nítida relação da vinculação da imagem com os fins aqui apresentados, a exemplo de redes sociais em nome de menores e canais de vídeo nos quais o menor é o protagonista não há expressa previsão legal sobre como se dará essa autorização e quais seus limites.

Este problema está intrinsecamente relacionado com o fato deste tipo de desenvolvimento tecnológico ser relativamente novo, não se tem uma legislação ampla a respeito.

A legislação que temos foram criadas após existência de conflitos e clamor da população, um exemplo claro foi a conhecida Lei “Carolina Dickman”, Lei n. 12.737/2012 que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, surgida após um hacker invadir remotamente o computador da atriz, copiar e divulgar fotos íntimas que a vítima havia guardado em sua máquina pessoal.

Ainda não há registros de conflitos para as situações em que os responsáveis pelo menor criem redes sociais ou canais de vídeo, em nomes destes ou em nome próprio, e os utilize para divulgar a imagem do menor.

Essas páginas tendem a se propagar na internet com criação de “*memes*”, bordões, charges ou deboches, por exemplo, inclusive em algumas redes os responsáveis são remunerados proporcionalmente ao número de acessos.

Todas essas imagens podem ser compartilhadas não só na mesma rede social, por ferramenta disponível na plataforma, como em outras redes por meio de fotos da tela ou downloads, além de ser feitas montagens e animações, conhecidas como “*GIF's*”.

Além da política do próprio aplicativo, não há expresso impedimento legal para evitar que os responsáveis optem por criar essas redes e usar a imagem do menor ali. Ao criar uma conta em rede social é necessário preencher um formulário e concordar com os “Termos e Condições de uso”, nestes em regra consta um requisito padrão “Declaro ter acima de 18 anos”, afirma a impossibilidade de menores criarem um perfil.

Portanto, em uma análise superficial, não há nada que impeça um responsável de possuir uma conta e por livre arbítrio decidir o conteúdo que será veiculado dentro dos padrões legais. Por lei, para usar a imagem de outrem em observância ao art. 20 CC deve haver autorização deste.

Em se tratando de sujeito incapaz, a autorização se dará por aquele que for responsável por ele. De modo que o responsável pode tacitamente se autorizar à veicular a imagem do menor às suas redes sociais desde que não se trate de imagens proibidas por lei, a exemplo de pornografia infantil.

Contudo, observa-se que há uma liberalidade muito grande atrelada a uma subjetividade que dá margem à errônea interpretação de não haver limites à autorização do responsável ante ao exercício sua autonomia privada, protegida pelo poder familiar e estado minimalista, quanto ao uso da imagem do menor, viabilizando inclusive o uso excessivo da sua imagem de forma indiscriminada.

Nos casos de uso excessivo da imagem do menor em redes sociais há ainda uma publicidade tácita que vem ganhando visibilidade, em forma de curtidas e seguidores, por exemplo. Há uma ausência de privacidade, pois uma vez divulgada não haverá controle sobre quem terá acesso àquelas imagens, como já explicado há uma proliferação muito intensa e rápida dos materiais divulgados na internet.

Conseqüentemente, trata-se de uma exposição muito grande e risco para um vulnerável. Esse risco pode se manifestar de diversas formas a depender da imagem vinculada, da forma com que as pessoas vão interpretá-la e da repercussão que ela irá ter na sociedade, além de passar a ser conhecido por um grande número de pessoas.

Para além disso, a criança que cresce com certo apelo midiático, a exemplo das atrizes citadas, pode vir a encontrar dificuldades de lidar com a carreira e manter o bom desenvolvimento psicológico.

As redes sociais fazem sucesso seguindo a lógica da aprovação social, para se ter visualizações, curtidas ou compartilhamentos de suas imagens é preciso que o conteúdo seja atraente ao telespectador.

O desenvolvimento da internet criou o que se pode chamar de era da curiosidade, há uma diminuição constante da privacidade das pessoas, em muitos casos por vontade própria, principalmente no que diz respeito a divulgação de sua imagem, sob diversas óticas (CARVALHO e SERPA, 2014):

Com a revolução tecnológica da informação, a proliferação da Internet, o aumento de blogs e sites de relacionamento, o significado de intimidade mudou radicalmente, criando uma vida espetacularizada. Nessa nova perspectiva, a vida e as relações ganham um novo sentido e a pessoa só existe se aparece para alguém (Sibilia, 2008).

Não bastasse o interesse na privacidade de terceiros, há um constante aumento do exercício da liberdade de expressão, comumente utilizada em excesso, favorecida

pela ideia do anonimato que a internet vende implicitamente. De modo a ser um meio para elogios, comparações, críticas construtivas e ofensas sobre o conteúdo divulgado com base no padrão social visto como ideal (CARVALHO e SERPA, 2014):

Na sociedade contemporânea, o corpo ocupa um lugar central e na mídia, torna-se explicitamente um “corpo-espetáculo”. A noção de espetáculo remete à natureza das representações de corpo na contemporaneidade, uma vez que se impõe como a afirmação de toda a vida humana como simples aparência. “O espetáculo apresenta-se como algo grandioso, positivo, indiscutível e inacessível”(Débord, 1997, p. 10) e o mundo vivido passa a ser representado por imagens que tomam o lugar de real, cuja noção revela-se em “o que aparece é bom, o que é bom aparece” (Débord, 1997, p. 16). Assim, como principal produção da vida atual, o espetáculo “não deseja chegar a nada que não seja ele mesmo” (Débord, 1997, p. 17).

É de conhecimento notório que grande parte dos usuários de redes sociais publicam conteúdos, principalmente imagens a partir de padrões sociais pré-estabelecidos. Isso é visível no cotidiano.

Por vezes, os padrões sociais são inalcançáveis, a imagem publicada e admirada nas redes, em alguns casos chega a ser irreal (criada por programas de edição). A criança, ou até seus responsáveis, acabam condicionadas a atender minimamente a esses padrões e à medida que perceber a reação social, o aumento de acessos ou curtidas nas suas redes, vão adequar ainda mais sua imagem e seu comportamento àquele procurado pelos internautas.

Assim, “A mídia produz efeitos diretos sobre a vida do seu público-alvo, manipulando ou facilitando a construção de identidades (Kellner,2001). ” (CARVALHO e SERPA, 2014)

É evidente o risco que a internet traz aos tempos atuais, principalmente com defasagem na atualização das nossas legislações e para os menores, não há uma conscientização dos responsáveis ao decidir expor a imagem do menor nas redes sociais, além de fazer disso um excesso, sem quaisquer preocupações com ônus dessa midiaticização ou eventuais repercussões que tal popularidade venha a trazer para o seu desenvolvimento.

Neste mesmo sentido, demonstra o entendimento de Jane Felipe:

Se considerarmos que a mídia, hoje, é responsável por um imenso volume de trocas simbólicas e materiais em dimensões globais, abre-se para a educação um novo conjunto de problemas, numa dinâmica social que exige não só medidas urgentes por parte das políticas públicas educacionais, mas igualmente uma reflexão mais acurada sobre as relações entre educação e cultura (...).

4 OS LIMITES DA AUTONOMIA, DOS RESPONSÁVEIS FACE À AUTORIZAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DA IMAGEM DO MENOR

Os limites à autonomia privada podem ser estabelecidos para gerar um equilíbrio entre o detentor desta e os demais indivíduos, esse é o entendimento de Roxana Borges (2005, p.56). Logo, expor o menor a um risco para utilizar o seu próprio direito à imagem seria uma violação a esse limite.

Para Roxana Borges, o limite a autonomia privada se dá, dentre outros critérios, através da Lei e da ordem pública. A autonomia privada deve ser exercida dentro de alguns parâmetros basilares.

Roxana Borges defende que não será possível exercer a autonomia privada de forma que infrinja requisitos de validade dos negócios jurídicos do diploma legal, nem afastar sanções negativas previstas (2005, p.58). Ou mesmo, contra a ordem pública que é trazido pela autora nas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto (2005, p.61) como:

Conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas.

Os pais ou responsáveis que exploram a imagem do menor infringem o direito personalíssimo deste e o dever de proteção daquele. Como bem observa Gisele Groe-

ninga (2008, p.218) vem de uma construção histórica social a confusão de poder familiar com autoritarismo.

O poder familiar, assim como o Direito Mínimo de Família e a autonomia privada não são ilimitados. Há uma distorção muito grande sobre o exercício do poder familiar com a autoridade parental, o poder familiar deve ser visto sob a perspectiva do poder dever, como condicionante para proteção dos direitos do menor (GROENINGA, 2008, p.219). Pois, este é um dos deveres daquele que possui o poder familiar.

Há limites para o exercício da autorização de uso e exploração da imagem do menor. O poder de guarda confere a proteção de direitos do menor, e, não, a permissão para utilizá-los como bem entender em exercício a autonomia privada do responsável.

Nessa hipótese, deve-se considerar que em análise a limitação à autonomia privada apresentada por Roxana Borges, esse limite foi ultrapassado pelos responsáveis na medida em que faltou com deveres legais de proteção e violou direitos personalíssimos de outrem. Sendo assim, tem-se uma situação em que torna legítima a interferência do estado no direito mínimo das famílias e vida privada.

A autonomia privada concedida à família não é ilimitada. O propósito do legislador ao ceder essa prerrogativa foi viabilizar a privacidade e o livre arbítrio do cidadão para escolher como viver na sua vida cível. De modo que, essa proteção se estende principalmente à família.

Para o exercício do poder familiar, é necessário a existência da autonomia privada. Afinal, é parte da família onde o estado terá interferência mínima. O poder familiar existe para orientar, proteger e assegurar o pleno exercício de direito do menor ante a sua vulnerabilidade.

Ocorre que, para que esse modelo se concretize a autonomia privada não pode ser ilimitada. Há limitação desta pelo critério objetivo, relativo e subjetivo. No momento em que há um excesso do exercício dessa autonomia o estado pode e deve intervir para regular a situação.

A limitação objetiva se refere a condutas ou meios dos quais o próprio sujeito é impossibilitado de praticar, ou vedada pelo ordenamento jurídico. Essa limitação existe para (DE SANT'ANA, 2015, p.53):

impedir que determinadas condutas sejam recepcionadas pelo ordenamento, porque consideradas prejudiciais, pelos mais diversos motivos. O que se repudia é o conteúdo ou o modo de realização, impedindo que a conduta seja realizada por qualquer sujeito, independentemente de considerações específicas quanto ao status do mesmo.

Desta forma, é evidente a limitação imposta por meio de lei, a exemplo do artigo 186 e 927 CC já citado que deixa claro a obrigação de indenizar daquele causar dano a outrem, não é permitido agir de modo a violar o direito de outrem, bem como abusar do poder familiar, ferir os direitos do menor ou agir com negligência ou imprudência colocando-o em situações de risco, por exemplo.

A autoridade parental é uma ferramenta para o exercício do poder familiar, de modo a direcionar o menor para o melhor caminho de desenvolvimento da sua personalidade, pois ainda não o pode fazer sozinho, visando os melhores interesses do menor, a prioridade absoluta e a proteção integral do menor. Seria capacitar o menor para alcançar a maturidade e o discernimento (TEIXEIRA, p.13).

Sendo assim, ao passo que há um desenvolvimento e amadurecimento do menor, para cada contexto há um limite para o exercício da autoridade parental. A tendência natural é que com o passar dos anos ele seja reduzido. Ainda é um tema conflitante, mas a autora Ana Carolina Brochado Teixeira traz decisões do tribunal italiano, bem como expressa menção jurídica nesse sentido (TEIXEIRA, p.19).

O abuso do poder familiar e da autoridade parental, portanto são limitações objetivas da autonomia privada dos responsáveis. Tal ato configura um abuso de direito vide artigo 187 Código Civil.

Em caso de ofensa a tais limites, eventuais negócios jurídicos que venham a ser realizados com base nestes serão considerados nulos de pleno direito, de modo que não vira a surtir nenhum efeito jurídico (DE SANT'ANA, 2015, p.54).

A limitação relacional, por sua vez, trata da barreira à autonomia privada para proteção de um terceiro estranho a relação. Objetiva-se proteger essas intenções pessoais deste terceiro (DE SANT'ANA, 2015, p.55). O autor traz como exemplo a outorga marital e uxória, visa resguardar o direito do conjuge que não tenha participado ou não apoie a venda do determinado bem.

A limitação subjetiva é a que veda de se respaldar na autonomia privada para ferir os direitos do próprio sujeito que a detém (DE SANT'ANA, 2015, p.56). Ou seja, uma proteção de si contra si. Ressalte-se que são normativas que objetivam a proteção da pessoa humana, e, não, em punição pela ausência de capacidade plena para realizar seus atos.

Um exemplo seria a impossibilidade de dispor dos próprios direitos, como a vida, ao próprio corpo, integridade física e a necessidade de convalidação dos atos dos incapazes por um representante legal.

A ideia deste último é que algumas pessoas são consideradas incapazes de cuidarem de seus próprios patrimônios ou de si mesmas por diversas razões, dentre elas falta de discernimento, pouco desenvolvimento físico, por exemplo.

Em virtude desta condição são denominados representantes, responsáveis por estes incapazes, para lhe prestar assistência e proteção viabilizando o exercício dos direitos destes. Há, portanto, uma limitação dessa autonomia para que não haja de modo que venha a lhe prejudicar posteriormente (DE SANT'ANA, 2015, p.57).

Há uma subdivisão da limitação subjetiva em genérica e pontual. A genérica é aquela que se destina a uma coletividade de forma indistinta a exemplo da impossibilidade de validar atos jurídicos realizados pelos incapazes, conforme já citado – vide artigos 3 e 5 Código Civil – (DE SANT'ANA, 2015, p.57).

A pontual ela seleciona o grupo que será atingido a partir das condições particulares adotadas a eles, das escolhas, dos negócios jurídicos ou ato jurídico a exemplo do regime de bens adotado pelo casal (DE SANT'ANA, 2015, p.57). Não será a mesma normativa adotada a todos os casais, mas sim a todos os casais que optarem ou se enquadrarem em determinado regime de bens.

Os atos que ultrapassem a limitação subjetiva da autonomia privada podem ser passíveis de nulidade e de anulabilidade. Deve-se observar a disposição legal quanto à normativa infringida. Um exemplo simplista é a divisão realizada entre os menores, a criança é considerada absolutamente incapaz, enquanto o adolescente é considerado relativamente incapaz. De modo que, os atos do primeiro serão nulos e do segundo anuláveis (DE SANT'ANA, 2015, p.58).

Deve-se observar que estas mesmas limitações atingem a autonomia existencial do menor, seja ela objetiva, subjetiva ou relacional agravada pela sua incapacidade de

praticar determinados atos ou tomar decisões que não está apto em razão da pouca idade ou ausência de discernimento.

Conforme vastamente demonstrado aqui, o limite da autonomia privada está evidente ao não poder violar a autonomia existencial, desde que esta esteja em conformidade com a fase presente do menor.

O inverso também é verdadeiro, ao dizer que a autonomia existencial é limitada, também, pela incompatibilidade daquilo que o menor efetivamente pode fazer ou optar para aquilo que ele pretende na fase de desenvolvimento que se encontrar.

Do contrário, se o menor possuísse capacidade ilimitada para o exercício de sua autonomia existencial, não seria vulnerável ante o completo discernimento e desenvolvimento, ou mesmo condição vulnerável a ser protegida. Logo, não faria sentido a designação de um responsável para protegê-lo ou ratificar seus atos da vida cível.

Assim, conclui-se que é indubitável a existência de limites para o exercício da autonomia, através do poder familiar, dos pais ou responsáveis no que tange à autorização da exploração da imagem dos seus filhos menores, bem como para o exercício da autonomia existencial do menor.

Estes limites foram aqui discutidos a partir de uma análise do ordenamento jurídico e cuidadosamente observada a sua finalidade, o objetivo do legislador ao dedicar proteção normativa ao menor.

Deste modo, deve-se ressaltar que fundamentado na leitura no enunciado n.138 do Conselho de Justiça Federal, “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.”.

A antiga redação do inciso I do artigo 3 do Código Civil previa que eram absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil o menor de dezesseis anos. Apesar do artigo ter sido revogado pela Lei n. 13.146/2015, o artigo 3 do Código Civil ainda prevê “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”. De modo que a redação do enunciado do Conselho Federal de Justiça não restou comprometida.

Sendo assim, é indubitável que a autonomia privada prevalecerá sobre a existencial desde que esteja em consonância com os direitos do menor, tendo de forma prioritária o seu melhor interesse e sua proteção integral, para atos que não possui capacidade física ou psicológica para exercer.

Do contrário, prevalecerá sua autonomia existencial em exercício a dignidade da pessoa humana sobre a mera vontade e exercício da autonomia privada dos responsáveis.

Ressalte-se que, se a autonomia dada ao poder familiar e autoridade parental objetiva suprir a condição de vulnerabilidade do menor, ao passo que essa vulnerabilidade diminui ou passa a inexistir, a autonomia privada do responsável irá acompanhar e ser reduzida na mesma medida quanto a tais atos.

4.1 A AUTORIZAÇÃO PARA USO DA IMAGEM DO MENOR DE FORMA DELIBERADA E MUDIÁTICA

Imperioso ressaltar como bem assevera Domingos Fraciulli Netto (2004, p.22) que o direito a imagem não deve ser dissociado de outros direitos fundamentais e personalíssimos a exemplo de direito a própria imagem e direito a honra, previsto no artigo 5, inciso X da CF/88.

Trata-se de perceber que no momento em que se discute a imagem deve-se perceber que há outros elementos jurídicos intrinsecamente relacionados, por não ser possível dissociar no plano fático a disposição da imagem sem afetar a estes.

A honra do sujeito, tanto a subjetiva – “sentimento que a própria pessoa ostenta em relação à sua integridade moral” (SCHREIBER, 2014, p.74) – quanto a objetiva – quanto ao meio social –, está diretamente ligada a imagem da pessoa. Pode-se dizer que, em regra, quando houver um dano à imagem de alguém a sua honra será abalada.

A honra trata da reputação da pessoa humana (SCHREIBER, 2014, p.73) que pode ser abalada gravemente pela divulgação de imagem, ainda que com seu consentimento e sem essa intenção, independentemente de estar ou não pautado na legalidade. Tal contexto é perceptível através de três exemplos populares.

O primeiro, um caso legal que não obteve a intenção de lesar imagem ou a honra de alguém, foi a polemica capa de CD de Gilberto Barros, intitulado “Me faz um carinho”. Esse também era o nome de divulgação da música sucesso deste disco. O cantor fez a foto de capa junto ao seu filho, onde aparece deitado no chão e o menino pega no seu peito por dentro da blusa.

Há uma série de comentários maldosos, inclusive insinuando que poderia haver ali um abuso por parte do cantor. Ainda que Gilberto não se sinta moralmente ofendido, trata-se de alguém que tem seu nome vinculado a tal ato. Existiu um dano.

O segundo, o caso de “Amor, estranho amor”, filme protagonizado por Xuxa, já maior de idade e um menor de onze anos. No filme, ambos representam uma cena de sexo. Ocorre que, em 1982, ano de lançamento, na época o vídeo não obteve tanta atenção como recentemente.

Nos últimos anos esse mesmo filme foi publicado na internet, na plataforma YouTube, com ampla e livre circulação. Nesta época Xuxa já havia conquistado fama como “a rainha dos baixinhos” e houve um choque na sociedade muito grande por todo seu trabalho de sucesso ser voltado para crianças.

Seu nome, sua honra e sua imagem na internet é associado a pedofilia e atriz pornográfica. Não há como negar que houve um abalo da sua honra, e da sua imagem.

O terceiro e último exemplo, mas não menos importante, ficou vulgarmente conhecido na cidade de Salvador, Bahia como o da “professorinha do ‘O Troco’”. O troco é uma banda de pagode local que passou a ser conhecida por músicas sexualizadas e vulgarizadas.

Uma mulher, maior de idade, que trabalhava como professora em escola primaria, foi em seu período de descanso a um show desta banda e subiu ao palco para dançar. A plateia admirada, e, sem saber da sua profissão, filmou-a dançando e divulgou no YouTube, prática de costume.

A professora foi reconhecida e teve abalo da sua imagem e da sua honra, pois pais de alunos chegaram a exigir a demissão desta, por considerarem alguém sem reputação ou moral suficiente para trabalhar com menores, como se esta fosse um mau exemplo para seus filhos.

A proteção do direito a honra é tão essencial a dignidade da pessoa humana que chega a ser protegida pelo Código Penal Brasileiro, há um capítulo destinado a proteção dos crimes contra honra, capítulo V, Título I da parte especial do Código Penal.

Domingos Fraciulli Netto também apresenta a relação do direito a imagem como direito ao próprio corpo (2004, p.23). A imagem de alguém é a própria representação do seu corpo, seria uma extensão deste.

É necessário aqui uma leitura do direito ao próprio corpo diversa daquela comumente discutida, da disposição ligada ao direito a vida e a saúde física. O corpo não é apenas órgãos, o corpo também é mente.

Conforme esclarece Anderson Schreiber (2014, p.32-33), quando se trata do direito ao próprio corpo se trata do direito que visa a “proteção ao corpo e a vontade de seu titular”.

Um exemplo de disposição do próprio corpo vinculado ao direito a imagem marcante foi a atriz Carolina Dickman que cedeu sua imagem para realizar a personagem Camila, na novela “Laços de Família”, dispôs do seu cabelo ao permitir raspar a Cabeça na máquina zero para dar mais emoção a trama.

O direito a imagem como expressão do direito a intimidade ou reserva a vida privada. A relação existente aqui está no fato de caber ao próprio sujeito expor a sua vontade ao autorizar ou não o direito a publicação e divulgação da sua imagem em virtude de existir a possibilidade de expor questões pessoais que pode vir a ser considerada íntima (NETTO, 2004, p.23).

Ou seja, cada sujeito determinara o que considera parte da sua intimidade e privacidade, e, se quer ou não determinada imagem divulgada. Pois, ele é o único sujeito que poderá definir o quanto pretende se expor, tanto quanto a sua imagem quanto a sua privacidade, e, o grau de correlação entre esses direitos no caso concreto.

Um exemplo nítido de exposição da privacidade através da imagem é o famoso “*Big Brother Brasil*” que anualmente é renovado. É um programa que passa no canal aberto em rede nacional, onde é possível conhecer questões íntimas e privadas dos seus participantes, desde relacionamentos íntimos até seus hábitos higiênicos.

O direito à privacidade está previsto no artigo 21 do Código Civil Brasileiro e no artigo 5, inciso X CF/88, segundo Anderson Schreiber (2014, p.139) houve uma ampliação desse direito:

Não se limita ao direito de cada um de ser “deixado só” ou de impedir a intromissão alheia na sua vida íntima e particular. Transcende essa esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular, aí incluídos suas características físicas, código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa. Nesse sentido, a privacidade pode ser definida sinteticamente como o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais.

Um exemplo claro de direito à privacidade violado através da imagem, é a nova prática de seleção de funcionários. As empresas buscam as redes sociais dos candidatos e a partir do conteúdo compartilhado decidem pela contratação ou não de determinado candidato. Ainda que o conteúdo publicado não se relacione com o trabalho que virá a ser realizado por aquele que ocupar a vaga (SCHREIBER, 2014, p.140).

O direito à privacidade possui duas dimensões. A dimensão procedimental da privacidade é aquela que veda a coleta de dados privados de outrem, salvo em caso de autorização (SCHREIBER, 2014, p.140). A internet e as redes sociais contribuíram muito com a disseminação dessas informações. A dimensão substancial do direito à privacidade é aquela que se preocupa com a veiculação desse conteúdo, a forma com que será utilizada e sua finalidade.

Outro exemplo de invasão da privacidade em relação a imagem foi, também, envolvendo a atriz Carolina Dickmann. A atriz estava em sua residência, quando repórteres do programa Pânico apareceram na sua janela com um guindaste, câmera e microfone, insistindo para que a atriz participasse de um quadro ao qual já havia se negado por diversas vezes (SCHREIBER, 2014, p.145).

Ressalte-se que se tratava ainda de um quadro para “homenagear” no sentido irônico, artistas conhecidos pela falta de humildade. A atriz processou a emissora e ganhou valor monetário de indenização, além de ter proibido que tais imagens fossem divulgadas, bem como, qualquer informação sobre sua rotina, privacidade e endereço residencial (SCHREIBER, 2014, p.145).

O fato de ser considerada uma pessoa pública não extingue o seu direito à privacidade. Na visão de Anderson Schreiber (SCHREIBER, 2014, p.146) a lógica deve ser

oposta. Sendo ela uma pessoa pública estará mais suscetível a assédios e, portanto, merecerá mais fiscalização e exercício do seu direito a privacidade.

O doutrinador continua a sua linha de raciocínio ao tratar também da privacidade em lugar público. De modo que para ele o que deve ser analisado não é a localização física do sujeito e sim a finalidade de estar ali, todo o contexto, como por exemplo o que é registrado, qual o fim do registro, o que aquela pessoa estava fazendo ali (SCHREIBER, 2014, p.146-147).

De modo que para Schreiber, a pessoa, seja ela pública ou não, pode estar em sua residência e fazer uma coletiva de imprensa, a exemplo da primeira coletiva realizada pelo então presidente Jair Bolsonaro. Trata-se, portanto, de uma autorização para que o seu direito a privacidade seja afastado neste caso (SCHREIBER, 2014, p.147).

Como também, pode ocorrer o oposto, um momento em que o sujeito sai para tomar um café em família, ou tem uma reunião de negócios em um restaurante, não se tem o fim de publicitar esse ato. De modo que, não há afastamento do seu direito a privacidade, ainda que em local público (SCHREIBER, 2014, p.147).

Para além, quando se trata de privacidade invadida, principalmente pelas mídias sociais, deve-se lembrar do direito ao esquecimento. Tal tese deriva do direito penal, fruto da ressocialização do indivíduo (SCHREIBER, 2014, p.173).

Contudo, é imperioso ressaltar que sua aplicação pode ser estendida ao direito civil com a mesma finalidade. Todos, não apenas os ex condenados, tem o direito de serem esquecidos por eventuais atos que tenham cometido (SCHREIBER, 2014, p.173).

Nas palavras do próprio autor (SCHREIBER, 2014, p.172):

Tome-se a hipótese nada incomum da atriz que, em início de carreira, autoriza a veiculação de sua imagem, nua, em dada revista masculina ou atua como personagem de um filme picante. Suponha-se que a mesma atriz, ao longo dos anos seguintes, venha a construir carreira como apresentadora de programa infantil.

Como já citado, o caso da Xuxa chocou parte da sociedade, essas pessoas não vão esquecer do fato. Lembre-se que, o início da sua carreira não era amplamente conhecido e divulgado, não era de conhecimento geral o filme “Amor, estranho amor”.

Este passou a ser conhecido a nível nacional através de recente publicação no YouTube (SCHREIBER, 2014, p.173).

A ideia é que, trazendo a mídia fatos passados, estará infringindo o direito ao esquecimento do sujeito, de modo que ele sempre será lembrado e associado a tal ato e não, aos atos do presente (SCHREIBER, 2014, p.173).

Através das pesquisas no Google (plataforma mais utilizada) não há distinção evidente entre as informações recentes e antigas. Não raro, notícias antigas voltam a circular na internet e são divulgadas em redes sociais como se novas fossem. Isso sem considerar a facilidade de publicar um conteúdo na internet sem nenhum tipo de filtro quanto a sua veracidade o que acaba por facilitar as conhecidas “*fake News*” (SCHREIBER, 2014, p.171).

Anderson Schreiber defende ainda que deve haver uma análise de precaução realizada pelos responsáveis da promoção pela diminuição da privacidade. Acredita o doutrinador que caberá ao livre arbítrio a disposição sobre sua privacidade, contudo essa disposição não poderá ser excessiva ou ilimitada (2014, p.187).

Além disso, se tratando da utilização em excesso da imagem dos filhos na internet através de redes sociais é possível perceber que há ainda não só a disposição da imagem do menor, como também a sua completa identificação.

Em regra, está exposto o nome do menor, suas fotos, redes sociais dos seus pais, sua idade, eventos que participa, comemoração de ciclos encerrados, fotos e nomes de familiares e amigos.

Através dos comentários e demais interações pode-se saber com quem o menor mantém contato, seus interesses, perfil dos seus admiradores, a abertura ou não que o menor dá a desconhecidos que tentem se aproximar. Além da localização em que se encontra ou em que a foto foi tirada, há por vezes comentários sobre locais que frequenta e reside.

Defende o Ministro Domingos (2004, p.25) que o direito a própria imagem é uma espécie do direito a identidade pessoal ou teoria da identidade, entende que o direito à imagem é uma forma de individualizar, pois a exteriorização das características físicas, advindas dos cromossomos, ainda que similares serão sempre únicas.

A impossibilidade do menor para discernir e autorizar a disposição ou não da sua imagem, acabou por criar a ideia perante a sociedade que salvo nas hipóteses do artigo 149 ECA, os pais podem autorizar de forma ilimitada, imoderada, deliberada e midiática disposição desta imagem.

Conforme dispõe artigo 20 CC a imagem poderá ser utilizada mediante autorização, pela leitura do artigo 1.639 CC a autorização do menor será suprimida pela autorização do seu responsável.

A autorização para uso da imagem do menor deverá atender primeiro os pressupostos para disposição da imagem em caráter geral, após analisar os pressupostos para disposição do menor enquanto nesta condição, e, não esquecer de observar a finalidade e meio ao qual será vinculada essa imagem de modo que não poderá vir a ser prejudicial ao menor ou violar qualquer direito nestas etapas.

Conforme já demonstrado neste trabalho a imagem é um direito personalíssimo, pela leitura do artigo 11 do Código Civil Brasileiro é sabido que este direito não poderá sofrer nenhum tipo de transmissibilidade e renúncia ou limitação voluntária, salvo exceção prevista em lei.

A autorização para uso da imagem do menor é transmitida a seus responsáveis em virtude da ausência de discernimento, menor idade e redação do artigo 1.639 CC que determina aos responsáveis o dever de substituí-los naquilo que não for possível realizar sozinho ou negócios jurídicos.

Quando autorizado é transferido a outro o direito de imagem do menor. E o mesmo artigo 20 CC prevê que em caso de autorização poderá ser divulgada e utilizada a imagem de outrem.

Em se tratando de um menor de idade deve-se recordar de tipos de imagens que são vedadas pelo ordenamento jurídico, ainda que autorizadas, não podem ser realizadas, a exemplo da pornografia infantil.

E, observada se a finalidade ao qual se destina o uso da imagem é uma das hipóteses do artigo 149 ECA, sendo, deve ser iniciado processo judicial a fim de obter a autorização pelos meios legais corretos e formalizada contrato de cessão de imagem.

Nos demais, casos em que os pais podem autorizar e a imagem do menor pode se destinar ao fim pretendido, deve-se observar se há violações legais aos direitos do menor, tendo como ponto primordial e prioridade absoluta a proteção integral ao menor, os melhores interesses deste, respeitar os direitos destes, objetivar a manutenção da sua autonomia existência e dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se a importância de se observar a condição de vulnerabilidade do menor e a sociedade de risco, acentuada quando se trata de redes sociais e internet. Não é compatível expor o menor ao risco através da autorização dos seus responsáveis, visto que, estes só possuem tal prerrogativa para proteger o menor de si e de terceiros.

Além disso, a autorização é para uso da imagem do menor e não excesso ou exploração desta! O excesso e a popularidade da imagem retiram do menor o direito ao anonimato desde a pouca idade. No caso de Mirella Santos que possui um canal para divulgar momentos da pequena Valentina, há violação até mesmo à sua privacidade.

Portanto, não se pode entender que o poder de autorizar pela transmissão ou não do direito à imagem do menor protegido pelo seu responsável pode ser dado de forma deliberada ou midiática. Há uma série de pressupostos legais a serem atendidos.

Não obstante, não haver dispositivo prevendo de forma expressa “a autorização de uso de imagem deve observar aos direitos do menor, proteger seus direitos ante a sua vulnerabilidade, mantendo seu direito ao anonimato e à privacidade” tal afirmativa advém da lei, de forma tácita através da interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, corretamente, fundamentado nos artigos citados neste trabalho que não devem ser interpretados de forma isolada.

4.2 NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO

A autorização a exploração à imagem de outrem, não só gera prejuízos, como também, não se trata de decisões sobre a sua própria vida, indo de encontro ao conceito de autonomia privada apresentado por Marmelstein.

Trata-se de um particular fazendo uso de um poder familiar exercido de forma confusa com a ideia de autoridade parental para tomada de uma decisão sobre a vida pri-

vada do menor (GROENINGA, 2008, p.219), indivíduo vulnerável e em formação, para alcançar interesses próprios.

Mais uma vez pode-se utilizar como exemplo o canal de Mirela Santos na plataforma YouTube, existem uma série de requisitos a serem atendidos pelos chamados YouTubers para começarem a receber dinheiro pela plataforma, um deles é possuir mais de mil inscritos, no canal dela tem mais de um milhão e setenta e cinco mil inscritos!

Deve-se ressaltar que existem outros benefícios atrelados a popularidade da imagem do menor que não a retribuição financeira recebida por redes sociais, como por exemplo a visibilidade para atrair parcerias para divulgação de produtos e patrocínios.

Pode-se perceber o exercício da autonomia privada de um indivíduo sobre os direitos personalíssimo de outro indivíduo como se fossem seus. Há uma interpretação distorcida de poder familiar que viola os limites da autonomia privada sem sequer pensar na autonomia existencial do menor.

Outro exemplo é a cantora mirim de funk Melody, 11 anos, no início era seu pai quem divulgava vídeos seus cantando nas redes sociais. A criança começou a aparecer em 2016, com roupas e coreografias sensualizadas.

Além de possuir Canal no YouTube⁷ com mais de um milhão e oitocentos mil inscritos, a menor ainda tem conta na rede social Instagram⁸ com mais de dois milhões de seguidores.

É perceptível através do perfil de muitos seguidores e dos fãs mirins que interagem com a Melody que os menores admiram a sensualidade e da cantora, além de desejarem ser como ela, ousar como ela, se comportar como demais mulheres adultas nesta idade.

Quando alguns seguidores criticam a sensualidade e comentários de homens e adolescentes do tipo “vou me congelar para você”, as fãs mirins rebatem e defendem a ídola e dizendo o quanto gostariam de ser como ela. Jane Felipe e Bianca Salazar Guizzo (2003, p.124) afirmam:

7 <https://www.youtube.com/user/mcbelinhofunkdocurt1>

8 <https://www.youtube.com/user/mcbelinhofunkdocurt1>

O corpo infantil vem sendo alvo de constantes e acelerados investimentos. Com o surgimento dos veículos de comunicação de massa, em especial a TV, as crianças passaram a ser vistas como pequenos consumidores e a cada dia são alvos constantes de propagandas. Ao mesmo tempo em que elas têm sido vistas como veículo de consumo, é cada vez mais presente a idéia da infância como objeto a ser apreciado, desejado, exaltado, numa espécie de "pedofilização" generalizada da sociedade. (NECKEL; GUIZZO, 2003)

A utilização de redes sociais para lançar crianças na mídia é uma forma mais fácil de se ganhar popularidade e aumentam os riscos. Através das fotos publicadas na página do Instagram da Melody, é perceptível a midiaticização, a sensualidade, o número de críticas e comentários maldosos por conta das roupas, maquiagem utilizada pela criança.

Ressalte-se que as poses e fotos de Melody não se diferem de outras cantoras de funk, esse estilo musical pede por uma sensualidade, é através disso que faz sucesso. O problema deste caso é a pouca idade da Melody e o incentivo que encontra nos pais.

Outro problema evidente que clama pela atenção dos responsáveis é o tipo de crítica e comentários aos quais o menor se sujeita, no caso da Melody alguns ressaltam achar um absurdo o exagero de sensualidade, a semelhança com uma mulher adulta, outras crianças fazem elogios e sonham em ser como ela, agir como ela.

Há uma cultura sendo iniciada, tanto a exploração da imagem, quanto a exploração do menor em virtude dos interesses dos seus responsáveis, não observando os direitos do menor ou mesmo sua dignidade humana.

Expor o menor a críticas severas de toda a população com redes sociais abertas ao público, há um assédio em torno do menor que não possui total discernimento, maturidade e desenvolvimento para entender o que se passar, saber como enfrentar e superar os desafios das críticas e da fama.

Deve-se ressaltar, que apesar de ser mais fácil atingir a popularidade através da internet e suas redes sociais, o risco e a dificuldade de reparação para eventuais danos causados é ainda maior.

De modo que, as pessoas tendem a se sentir mais protegidas através de um suposto anonimato das redes sociais, o que torna cada vez mais evidente o crescente número de pessoas que se sentem mais confortáveis a praticar o *hate speech* (discurso de ódio) através da internet e *cyberbullying* (CHAVES, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2017, p.767).

Duas razões simples que acentuam o risco ao qual o menor está exposto na internet são a dificuldade de o menor eliminar por completo a imagem uma vez divulgada na mídia e a velocidade com a qual se divulgam (CHAVES, ROSENVALD e BRAGA NETTO, p.767).

Supondo que a Melody no futuro venha a adotar uma outra visão de vida, queira ser freira. Seu passado como polemica cantora mirim sensual, pode facilmente ser lembrado e encontrado em algum canal da internet.

Sua imagem como é propagada hoje, dificilmente será apagada por completo, afinal o compartilhamento, comentário, divulgação em sites, notícias, redes sociais, e similares tem uma propagação por bilhões de endereços diferentes. Apesar de ser possível filtrar e apagar notícias, fotos e vídeos relacionados a cantora Melody, esta ferramenta é objetiva.

Ou seja, em uma explicação simplista pode-se dizer que: se é divulgada uma foto sensual da Melody que não contenha seu nome escrito dessa forma, ou que a imagem do seu rosto não esteja adequada para reconhecimento pelo programa específico, ainda que a plataforma se responsabilize por apagar todas as informações referentes à cantora mirim, haverá grandes chances dessa imagem não ser detectada e continuar pública e acessível.

Isso sem contabilizar os inúmeros *downloads* e *prints* de tela (capturas da tela) realizados por fãs e curiosos, bem como sua divulgação através da ferramenta “compartilhar” da rede social amplamente utilizada chamada “*Whatsapp*” que criptografa as conversas de seus usuários de modo que estas se tornam irastreáveis, segundo a empresa, não há como apagar conteúdo dessa rede, a não ser pelos próprios usuários.

Para além, as mídias compartilhadas por esta plataforma são salvas na memória interna dos telefones móveis e dos computadores. A depender da configuração adotada pelo usuário, essas mídias serão salvas automaticamente na “nuvem”, armazena-

mento online, de modo que estarão acessíveis por tempo indeterminado através de qualquer dispositivo mediante apresentação de *login* e senha, podendo, inclusive, ser hackeado e acessado por desconhecidos.

Essa mesma preocupação será válida para casos de divulgação de mídias que venham a depreciar a imagem do menor, ainda que divulgado por terceiros estranhos a ele e sem sua autorização.

Há ilícito civil extracontratual, “violação a um dever jurídico imposto pela lei” (CHAVES, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2017, p.151) que gerará responsabilização civil e danos morais, o que não apagará o dano sofrido.

O fato ilícito, antijurídico, é aquele que produz efeitos contrários ao nosso ordenamento, configurando aplicação dos artigos 186 e seguintes do Código Civil. Deste modo, surge a obrigação jurídica e responsabilidade civil (CHAVES, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2017, p.153).

4.3 RESPONSABILIDADE DOS RESPONSÁVEIS

A responsabilidade civil possui quatro pressupostos para sua aplicação. São eles o ato ilícito, o nexo de causalidade, a culpa e o dano, advindos da classificação conhecida como tetrapartida (CHAVES, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2017, p.152).

Aqui trata-se de ilícito quanto ao abuso do poder familiar, com dolo ou culpa – por negligência, imprudência ou imperícia – dos responsáveis em expor o menor ao risco, podendo gerar danos diversos causados de forma direta e imediata pelo abuso do poder familiar.

A responsabilidade civil dos pais pode derivar de duas situações, do abuso do poder familiar e da responsabilidade por fato de outrem que seria o dano que o menor venha a causar à terceiros (JUNIOR, 2006, p. 199).

Com fulcro no artigo 1.637 Código Civil Brasileiro, é plenamente possível tal responsabilidade, bem como adoção de medidas a fins de reparar o dano:

1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça recla-

mada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

O artigo supracitado combinado com o artigo 98 do ECA infere que tal penalidade pode ser aplicada também em casos de inobservância aos direitos do menor protegidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, através das hipóteses citadas em seus incisos:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta.

Logo, aquele que viola direito de outro, possui responsabilidade pelo dano causado e a obrigação de repará-lo, conforme artigo 186 e 927 do Código Civil. Para além, no caso específico de configuração de ilícito pelo art. 98 do ECA e 1.637 CC, há também um abuso de direito, ato ilícito *latu sensu* (JÚNIOR, 2006, p.201), por meio do qual torna-se aplicável também o artigo 187 CC.

Sendo o filho de pais com a guarda compartilhada, a responsabilidade pelos atos do menor ou por negligência e omissão quanto aos deveres do poder familiar, serão de responsabilidade de ambos. Independente de qual deles fazia o uso em excesso ou autorizava tal disposição de imagem do menor (JÚNIOR, 2006, p.210).

Caso apenas um deles possua a guarda do menor, este é o responsável pela criança, o qual tem o poder para autorizar ou não o uso da sua imagem, o mesmo, portanto que deveria protegê-lo de tal abuso. Portanto, este é que será responsabilizado (JÚNIOR, 2006, p.210)

A responsabilização poderá decorrer do mau uso da imagem, independente da autorização ou da finalidade à qual se destina, esse entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em decisão trazida por David Cury Júnior (2006, p.214), à qual vale a leitura:

“Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequên-

cia do uso, se ofensivo ou não. O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.”

(Grifos nossos)

O arbitramento de reparação do dano deve observar as três funções basilares, quais sejam: a reparatória, precaucional e punitiva. De modo a reprimir comportamentos, prevenção de comportamentos, criação e distribuição de poderes, e, distribuição de bens (CHAVES, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2017, p.153).

A função reparatória visa alcançar o status quo dos indivíduos vítimas dos ilícitos, Chaves, Rosensvald e Braga Netto (2017, p.63) a definem como “reverso da liberdade”. Situação em que os indivíduos são livres para agir como desejarem e acabam deixando de sê-los, pois haverá a limitação e retorno ao *status quo* antes do ato, ou seja, retornar a mesma situação econômica-jurídica.

A função reparatória pode ser postulada através da restituição – há uma reconstrução daquilo que se perdeu ante a conduta ilícita – do ressarcimento, que deve ser aplicado de forma subsidiária para caso a primeira não atinja o fim pretendido, a tutela do ressarcimento haja como uma compensação para equilibrar a diferença que não fora restituída (CHAVES, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2017, p.64).

E, por fim, mas não menos importante, a tutela satisfativa que seria aquela em que é negociada uma prestação ou solução adversa das duas primeiras tutelas (CHAVES, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2017, p.64).

A função punitiva da responsabilidade civil é sanção punitiva civil. Gerada a obrigação de reparar seja obrigação tal qual se ache ou valor em dinheiro, já há uma, punição implícita imposta ao causador do dano (CHAVES, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2017, p.66).

Objetiva-se que a indenização estabelecida seja suficientemente onerosa para aquele que cometeu o ato ilícito fazendo com que este não o venha a repeti-lo. Se o quantum estabelecido, seja ele *in natura* ou em pecúnia, não for suficientemente gravoso à condição particular deste sujeito, o ônus passará a ser previsto e embutido no risco.

Por exemplo, grandes empresas que cometem corriqueiramente práticas abusivas, propagandas enganosas, e outras violações ao Código de Defesa do Consumidor. O risco quanto ao pagamento de danos patrimoniais, extrapatrimoniais, gastos com advogados e eventual repercussão social, como perder a confiança do cliente, são questões pensadas a todo momento pelo empresário.

Se o risco compensar, ou seja, se não houver um abalo no orçamento dessas empresas por conta disso, a empresa continuará com a prática do ilícito. A função punitiva visa que a reparação seja suficiente para que haja uma espécie de penalidade onerosa para aquele que cometeu o ilícito.

A função precaucional objetiva prever que tal ilícito não volte a ser cometido, ou seja, o risco não compense a punição estabelecida como sanção punitiva reparatória pela prática do ilícito.

Há aqui uma relação entre o risco e a incerteza, nas palavras dos doutrinadores (CHAVES, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2017, p.73):

A diluição dos nexos de causalidade entre evento potencialmente lesivo e o dano leva o decisor político a antecipar o momento da prevenção para um limiar temporal muito anterior à possibilidade de ocorrência da lesão. É nessa antecipação da atuação preventiva que se joga a autonomização da precaução como princípio – um momento em que não há certezas, em que inexistem consensos na comunidade científica, em que pairam dúvidas sobre a inocuidade de um produto ou de uma atividade e, ainda assim, se dita uma restrição ou mesmo uma interdição.

Pela possibilidade de ocorrência do dano, risco, e, sabendo, as consequências dos possíveis efeitos desastrosos e punição estabelecida, há uma responsabilização do sujeito que ignora tais possibilidades. Isso ocorre para evitar que os riscos sejam ignorados pela sociedade, de modo a persistir no ato sem preocupação com a possibilidade de lesar direito de outrem.

Resta evidente que há uma correlação entre as três funções aqui elencadas, de modo que a lógica de responsabilidade civil perpassará por um ciclo que visará a não repetição do ilícito, ante o medo pela sanção imposta, dever de reparar o sujeito lesado, de modo oneroso o suficiente para agir com precaução prevendo eventuais riscos e consequências que tal ato podem gerar, de forma a evitar eventuais danos causados a outrem – seja pela por correções ou atitudes que venham a minimizar os riscos existentes para terceiros.

5 CONCLUSÃO

Por fim, pode-se concluir através do exposto neste trabalho que a autonomia privada dos responsáveis advinda do direito privado e assegurada pela interferência mínima do estado, é assegurada para que os estes possam moldar a sua vida civil em conformidade com seus costumes e crenças, em exercício a sua liberdade.

Aos responsáveis detentores do poder familiar é assegurada frente ao exercício da sua autonomia privada o autoritarismo parental, meios utilizados para poder cumprir com a finalidade do poder familiar. A qual possui o poder-dever de proteção do menor com absoluta prioridade, visando seus melhores interesses viabilizando assim o seu desenvolvimento e amadurecimento.

O menor deve ser preparado a medida do seu crescimento para exercício pleno da vida civil, motivo pelo qual a cada evolução deste deve ser re-analizado pelo responsável o que o menor passa a adquirir capacidade de fato para realizar. Ao passo que, para alcançar à dignidade da pessoa humana o menor necessita, na medida do seu desenvolvimento, o exercício da sua autonomia existencial.

Ante a essencialidade da realização e formação do menor como cidadão e pessoa humana digna, em havendo capacidade de fato para exercer os atos da sua autonomia existencial, estes não podem ser podados pelo responsável sob o argumento de sobreposição da autonomia privada deste acima da autonomia existencial daquele.

Ao passo que, não deve ser permitido também o inverso, se o menor não possuir capacidade de fato para realizar tal ato, ainda que com base no exercício da sua autonomia existencial, não poderá este exercer-la ante a sua imaturidade e vulnerabilidade.

O poder familiar é instituído ante a condição de vulnerável do menor, para protegê-lo, conforme já afirmado, motivo pelo qual o responsável não deverá expor o menor a riscos, principalmente, dar autorização para uso em excesso da imagem do menor ou criar redes sociais se valendo de popularidade, mídia, utilizando essa ferramenta com fim de promoção.

Tal ato, incorre em um abuso do direito dos responsáveis do menor, além de não atender a finalidade do poder familiar.

REFERÊNCIAS

AMIN, Adréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. *In*: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.1-10.

BISSOLI, Michelle de Freitas. Desenvolvimento Da Personalidade Da Criança: O Papel Da Educação Infantil. **Psicologia em Estudo**, out. /Dez. 2014, v. 19, n.4 p. 587-597. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v19n4/1413-7372-pe-19-04-00587.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos da Personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 mai. 2018.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 30 mai. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12. 737, de 30 de novembro de 2012.** Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; e dá outras providências. Planalto. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 28 mai. 2018.

CARVALHO, Isis Alves; SERPA, Monise Gomes. Corpo e embelezamento: a criança participante de concurso de beleza. **Psicol. Cienc. Prof**, vol.34, n.4, Brasília Oct./ Dec. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932014000400835#B15>. Acesso em: 25 nov. 2018.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias.** 8.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v.6.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil.** 4.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

DE JESUS, Marta Lícia Teles Brito. **Saberes necessários ao professor: uma aproximação ao conceito de autonomia e suas implicações para o desenvolvimento da profissão docente.** 2004. Dissertação (Mestrado em Educação) – FAGED, Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/11097/1/Marta%20Licia%20de%20Jesus.pdf>>. Acesso em: 24 de abr. 2018.

DE SANT'ANA; Maurício Requião. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade.** 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Da Bahia, Salvador. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17254/1/Tese%20Maur%C3%ADcio%20Requi%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 01 de abr. 2018.

Desfile Valentina: episódio 75. Produzido por: Leandro Mega Filmes. 28 set. 2017, 15:04. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=P7GSIAtdbI4&t=643s>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Organização: J.M. Othon Sidou. 11.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, Alcídia M. Principais Correntes Teóricas do Desenvolvimento da Criança. *In: SÉGUIN, Elida (Org.). Sociedade Brasileira de Vitimologia. Aspectos Jurídicos da Criança.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p.7-18.

FARIELLO, Luiza. **CNJ Serviço: o que significam guarda, poder familiar e tutela.** Conselho Nacional de Justiça (Brasil). Agência CNJ de Notícias. Por. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85530-cnj-servico-o-que-significam-guarda-poder-familiar-e-tutela-5>>. Acesso em: 28 de mar. 2018.

FELIPE, Jane. **Representações de gênero, sexualidade e corpo na mídia.** Universidade Federal do Rio Grande do sul. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/gein/wp-content/uploads/2016/10/Representa%C3%A7%C3%B5es-de-g%C3%AAnero-sexualidade-e-corpo-na-m%C3%ADdia.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

FELIPE, Jane; GUIZZO, Bianca Salazar. Erotização dos corpos infantis na sociedade de consumo. **Pro-posicoes**, v.14, n.3 (42) – set. /Dez. 2003, p. 119-130. Disponível em: <https://www.fe.unicamp.br/pf-fe/publicacao/2214/42-dossie-felipej_etal.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2018.

FONSECA, Antonio Cesar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.1.

GRAMSTRUP, Erik F.; TARTUCE, Fernanda. A responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder familiar. *In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coords.). Responsabilidade civil no direito de família.* São Paulo: Atlas, 2015, p.186-201 Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/08/A-resp-civil-por-uso-abusivo-do-poder-familiar.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

Groeninga, Giselle Câmara. Generalidades do Direito de Família. *In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein. (Coords.). Direito de família. Direito civil. v.7.* São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2008, p.19-33.

Groeninga, Giselle Câmara. Poder familiar. *In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein. (Coords.). Direito de família. Direito civil. v.7.* São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2008, p.216-225.

I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em: 31 de mar. 2018.

III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

Júnior, David Cury. **A proteção Jurídica da imagem da criança e do adolescente.** 2006. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifca Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011640.pdf>>. Acesso em: 30 de mar. 2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NETTO, Domingos Franciulli. **A proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal.** Informativo do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informativo/article/viewFile/436/394>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia Privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. *In*: REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a autonomia.** Faculdade Baiana de Direito, 2014, p.13-30.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SEVERINO, Gabriela Abreu. **Canal: Melody Oficial.** Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/user/mcbelinhofunkdocurt1>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A disciplina jurídica da autoridade parental.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/5.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2018.

TOMAZ, Renata Oliveira. **YouTube, infância e subjetividade: O caso Julia Silva.** Disponível em: <<http://publicacoes.fatea.br/index.php/eccom/article/viewFile/1898/1366>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

VERCELONE, Paolo; COELHO, Joao Gilberto Lucas. Comentário ao artigo 3°. *In*: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários jurídicos e sociais.** Malheiros Editores, 2013, p.34-39.

