

Imagem, dado pessoal sensível?

Os avanços tecnológicos trouxeram a imagem como um dos principais dados pessoais tratados na sociedade informacional. Antes mesmo da popularização da internet, a Lei Municipal nº 43.236, de 22 de maio de 2003, do município de São Paulo, já dispôs sobre a obrigatoriedade de informar aos cidadãos, por placas informativas, sobre a filmagem de ambientes, com os seguintes dizeres:

"O ambiente está sendo filmado. As imagens gravadas são confidenciais e protegidas, nos termos da



Nesse sentido, é preciso dizer que os direitos fundamentais da imagem

(artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, alínea "a", da CRFB/88) e da proteção de dados pessoais (artigo 5º, inciso LXXIX, da CRFB/88) dialogam e não se confundem.

No âmbito infraconstitucional, a imagem, inclusive, é um dos fundamentos da proteção de dados pessoais, como institui o artigo 2º, inciso IV, da Lei Federal nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD). O inverso, é possível dizer, também merece o mesmo apreço.

É a partir da consideração desse diálogo que dúvidas emergem quanto à harmonia entre a aplicação das normas que tutelam a imagem e aquelas que protegem os dados pessoais. Por esse raciocínio, uma das questões teóricas e práticas que se impõe é: *toda imagem é um dado pessoal sensível?*

Toda *imagem*, enquanto relacionada ou relacionável a uma pessoa natural, é um *dado pessoal*, à luz da definição dada pelo artigo 5º, inciso I, da LGPD. No entanto, não parecem ser todos os contextos em que a *imagem* se cristaliza que possuem a existência de *dados pessoais sensíveis* (artigo 5º, inciso II, da Lei). Por essa razão, é levantado, a seguir, raciocínio que traz a conclusão de que apenas certa dimensão da imagem — a *imagem-retrato* — deve, *a priori*, receber o tratamento de *dado pessoal sensível*, enquanto outra dimensão — relativa à *imagem-atributo* —, apesar de constituir-se como um *dado pessoal*, não se apresenta pertencente ao subtipo *sensível*.

O direito à imagem e o direito de imagem

A *imagem*, como direito da personalidade, teve o seu debate jurídico iniciado com o desenvolvimento de sua reprodução pelos meios tecnológicos — como pela fotografia, pelo rádio e pelo cinema. A primeira dessas invenções, a do processo fotográfico, é atribuída à Joseph Nicéphore Niépse, de 1826, pela heliografia — gravação de imagem por meio da exposição solar [1]. Desse processo de reprodução dos atributos sensoriais da pessoa humana teve-se, o Direito, a proteger a *imagem-retrato*, que pode ser resumida nas palavras de Luciano de Camargo Penteado, de que "[a] interação da figura corporal da pessoa em sociedade permite sua retenção em imagens" [2].

No entanto, o conceito de imagem também se presta a refletir outros atributos que não apenas os sensoriais — a esses, deu-se a ideia de *imagem-atributo*, que representa a personalidade da pessoa socialmente. Também essa dimensão foi e continua a ser objeto de discussões, no Direito, frente ao desenvolvimento tecnológico.

Pela CRFB/88, tanto a *imagem-retrato* quanto a *imagem-atributo* estão qualificadas como direitos fundamentais, inerentes à personalidade humana, sob a égide do *direito de imagem* e do *direito à imagem* [3].

O *direito de imagem* (*imagem-retrato* ou *imagem física*) se consubstancia, de forma particular, no artigo 5º, inc. XXVIII, alínea "a", que informa ser assegurada "*a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas*". O *direito à imagem* (*imagem-atributo* ou *imagem social*), por sua vez, está particularizado pelo artigo 5º, inciso V, que aduz ser "*assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*".

Além disso, ambas estão presentes na ampla definição de que dispõe o artigo 5º, inciso X, da CRFB/88, de serem "*invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*".

Nessa toada, o *direito de imagem* e o *direito à imagem* estão atrelados à regra do consentimento expresso do indivíduo à sua divulgação, mediante autorização, como institui o artigo 20 do Código Civil [4]. Essa regra, em verdade, comporta muitas exceções, à luz dos contextos da ordem pública — inclusive do próprio interesse público.

O direito à proteção de dados pessoais

A proteção de dados pessoais, em seu turno, foi formalmente inserida como direito fundamental, na CRFB/88, apenas pela EC nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, isto pela inclusão, no rol do artigo 5º, do inc. LXXIX, que dispõe ser "*assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais*".

A LGPD, apesar de ser conhecida como uma norma geral, restringe o seu âmbito de aplicação aos termos previstos entre os seus artigos 3º [5] e 4º [6]. De qualquer modo, é relevante por sua caracterização tipológica dos *dados pessoais*, ou seja, de sua categorização segundo tipos abstratos de *dados pessoais* sobre os quais impõe, concretamente, o seu âmbito de aplicação de forma distinta.

De acordo com artigo 5º, inciso I, da LGPD, os *dados pessoais* são as informações relacionadas às pessoas naturais identificadas ou identificáveis. Como um *tipo de dados pessoais*, estão os *dados pessoais sensíveis*, que, conforme o artigo 5º, inc. II, são as informações relacionadas às pessoas naturais identificadas ou identificáveis que dizem respeito à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde e à vida sexual e dados genéticos e biométricos.

O diálogo entre a imagem e os dados pessoais

O tipo referente aos *dados pessoais* e o subtipo relativo aos *dados pessoais sensíveis*, como se pode depreender, também podem ser analisados com base em suas categorias, que devem dialogar, contextualmente, com distintas normas relacionadas às matérias com as quais se entrelaçam. É nesse sentido que o *direito de imagem* e o *direito à imagem* se relacionam ao *direito à proteção de dados pessoais*.

Nessa hipótese se encontram os *dados biométricos*, categoria dos *dados pessoais sensíveis* que, concretamente, em muitos contextos se relacionam à *imagem-retrato*. Tome-se, e.g., o uso de um sistema de reconhecimento facial ("*facial recognition system*") ou de um sistema de impressão digital ("*fingerprint recognition system*"), cujos contextos estão entrelaçados com o *direito de imagem* e são capazes de gerar um tratamento de *dados pessoais sensíveis biométricos*.

Seguindo-se esse raciocínio, os *dados que dizem respeito à convicção religiosa*, outra categoria dos *dados pessoais sensíveis*, podem dialogar com o *direito à imagem*, ou seja, com a *imagem-atributo*, que reflete a personalidade do indivíduo socialmente.

Como se pode interpretar, nessas hipóteses, o *direito de imagem* e o *direito à imagem* não apenas se relacionam com o tipo abstrato dos *dados pessoais*, mas, especificamente, com o seu subtipo dos *dados pessoais sensíveis*, que possui uma tutela específica enquanto ínsita no âmbito de aplicação da LGPD [7].

Pois, então, haveria *direito de imagem* ou *direito à imagem* que não dialogue particularmente com os *dados pessoais sensíveis*, mas apenas com os *dados pessoais*?

À luz da caracterização do conceito de *imagem física (imagem-retrato ou direito de imagem)*, é possível de se afirmar que, contextualmente, sempre haverá o tratamento de *dados pessoais sensíveis*, pois, sendo a *imagem física* qualificada pelos atributos sensoriais da pessoa humana, estará indelevelmente relacionada, ao menos, a algum caráter biométrico ou genético.

Porém, à luz da caracterização do conceito de *imagem social (imagem-atributo ou direito à imagem)*, não parece haver, por estas linhas, uma clara correlação com os *dados pessoais sensíveis* (artigo 5º, inciso I, LGPD), o que é dizer que, contextualmente, é possível haver a caracterização do *direito à imagem* apenas em sua relação com os *dados pessoais* (artigo 5º, inciso II, LGPD), como, e.g., em relação ao tratamento de *dados relacionados às opiniões filosóficas ou artísticas* de um indivíduo, que refletem a sua *imagem social*, mas não se relacionam, à primeira vista, a um tratamento de *dados pessoais sensíveis*.

Considerações finais

Traçando-se, abstratamente, a distinção entre o *direito de imagem* e o *direito à imagem*, é possível a afirmação de que, em síntese, a *imagem-retrato* é uma imagem do titular de dados pessoais cujo tratamento sempre deverá recair em hipótese de tratamento de *dados pessoais sensíveis* (artigo 11, LGPD), isto quando o contexto estiver acoplado àquele do âmbito de aplicação dessa lei (artigo 3º).

Por outro lado, a *imagem-atributo*, diante do mesmo âmbito de aplicação da LGPD, não se reveste dessa especificação, tendo-se que seu enquadramento poderá ser tanto nas hipóteses de tratamento de *dados pessoais* (artigo 7º), quanto nas hipóteses de tratamento de *dados pessoais sensíveis* (artigo 11).

Constitucionalmente, a aferição dessa distinção torna ainda mais iniludível a diferença entre a *proteção da imagem* e a *proteção de dados pessoais*: apesar de aplicarem-se convergentemente, trazem, concretamente, a incidência de diferentes dispositivos legais. Este é, inclusive, o mesmo raciocínio aplicável à diferença entre a *proteção da privacidade* e a *proteção de dados pessoais* – pauta de outra reflexão^[8].

[1] MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das Deepfakes. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 27, p. 251–277 (p. 253), jan./mar. 2021. DOI: 10.33242/rbdc.2021.01.011. Acesso em: 24 maio 2022.

[2] PENTEADO, Luciano de Camargo. O direito à vida, o direito ao corpo e às partes do corpo, o direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive intimidade. *Revista de Direito Privado*, vol. 13, nº 49, pp. 73-109 (p. 91), jan./mar. 2012.

[3] SILVA NETO, Manoel Jorge e. A proteção constitucional à honra e à imagem da pessoa-residente e a discriminação de origem como ofensa aos direitos individuais. *In: Direitos Fundamentais em Processo: Estudos em Comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2020, pp. 453-466 (p. 455).

[4] "Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes."

[5] Dispõe o artigo 3º aplicar-se a norma a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país em que estejam localizados os dados pessoais, desde que se enquadre em, ao menos, uma das hipóteses a seguir: (1) a operação de tratamento seja realizada em território nacional; (2) a atividade de tratamento

tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou (3) os dados pessoais, objeto do tratamento, tenham sido coletados no território nacional.

[6] Estabelece não ser a norma aplicável nos contextos em que o tratamento de dados é realizado: (1) por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; (2) para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos ou acadêmicos; (3) para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou (4) provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na Lei.

[7] O artigo 11 da Lei, nesse sentido, estabelece as hipóteses de tratamento dos dados pessoais sensíveis.

[8] FALCÃO, Daniel; PEROLI, Kelvin. As novas abordagens da privacidade: contextos, tipos e dimensões. *Migalhas de Proteção de Dados*, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/357252/as-novas-abordagens-da-privacidade-contextos-tipos-e-dimensoes>. Acesso em: 24/5/2022.

Date Created

28/05/2022