

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

FERNANDA DE OLIVEIRA BRAZ

**APLICAÇÃO DE MEDIDAS PREVENTIVAS NA DEFESA DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DA COLISÃO DO DIREITO À
IMAGEM E À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO**

CRICIÚMA/SC

2013

FERNANDA DE OLIVEIRA BRAZ

**APLICAÇÃO DE MEDIDAS PREVENTIVAS NA DEFESA DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DA COLISÃO DO DIREITO À
IMAGEM E À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Alisson Tomaz Comin

CRICIÚMA/SC

2013

FERNANDA DE OLIVEIRA BRAZ

**APLICAÇÃO DE MEDIDAS PREVENTIVAS NA DEFESA DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DA COLISÃO DO DIREITO À
IMAGEM E À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direitos de Personalidade.

Criciúma, 28 de junho de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Alisson Tomaz Comin - Especialista (ESMESC) - Orientador

Profa. Rosângela Del Moro – Especialista (UNESC)

Profa. Sheila Martignago Saleh – Mestre (UNIVALI)

Dedico este trabalho à minha mãe, que sempre esteve presente ao meu lado para me apoiar. *In memoriam*, a meu pai, espelho da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a toda minha família, amigos e colegas da faculdade e de trabalho, que com suporte, apoio e incentivo, fizeram parte desta formação.

Agradeço ao meu orientador Prof. Alisson Tomaz Comin, que com afeição profunda, sabedoria e paciência, pode me auxiliar neste importante momento.

A todos os meus professores, que de forma essencial, indispensável e sempre com dedicação, colaboraram para a conclusão deste trabalho.

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las.”

Voltaire

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo estudar a colisão do direito à imagem com o direito à informação nos casos de deferimento de tutela preventiva, mais precisamente a tutela inibitória. Visa aqui abordar, baseado em doutrinas e jurisprudência, o papel que a tutela inibitória tem em relação a prevenção de danos a imagem da pessoa, ou seja, prevenção ao direito à personalidade. Assim, como importante destaque, necessário se fez a abordagem da sistemática do princípio da proporcionalidade, no caso de deferimento de ação inibitória, como resolução encontrada por doutrinadores e juristas, no caso de colisão de direito à imagem e à informação. Preliminarmente, por meio do método dedutivo analítico, no primeiro capítulo, será abordado o direito à imagem, como além de ser um direito da personalidade, é abordado como direito fundamental previsto na Constituição Federal. Como objeto do primeiro capítulo, do mesmo será abordado o direito à informação, suas particularidades e limites. Em segundo momento, será acrescentado como importante destaque, as tutelas preventivas aplicáveis na defesa dos direito à imagem, abordando historicamente seu conceito e aplicabilidade. No terceiro capítulo, fará abordagem principal do tema, destacando conceitos e funções dos princípios constitucionais. Como destaque maior, o princípio da proporcionalidade, medida esta adotada na resolução de casos de colisão de direitos fundamentais. Ainda, será objeto deste capítulo, a ilustração de todo o trabalho com os acórdãos do caso Daniella Cicarelli e seu namorado, onde cenas de intimidades do casal foram captadas e espalhadas de maneira clandestina em toda rede de computadores. Aqui, fez-se importante destacar no caso, que envolveu uma ação inibitória para cessar a divulgação do vídeo. Notoriamente pode-se ver a colisão de dois direitos fundamentais, o direito à imagem e o direito à liberdade de informação, objetos esses de principal abordagem nesse trabalho. O método de pesquisa utilizado será o dedutivo e comparativo, em pesquisa teórica, prescritiva e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documento legal.

Palavras-chave: Imagem. Informação. Privacidade. Inibitória. Proporcionalidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ART.	Artigo
CPC	Código de Processo Civil
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	11
2.1. ASPECTOS GERAIS	13
2.1.1. Histórico	13
2.1.2. Conceito	17
2.1.3. Natureza jurídica.....	19
2.1.4. Características	20
2.2. DIREITO À IMAGEM.....	21
2.3. O DIREITO À HONRA	24
2.4. A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO	24
2.4.1. Os Limites à liberdade de informação.....	26
3. A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE POR MEIO DE MEDIDAS PREVENTIVAS.....	28
3.1. O PASSADO DAS TUTELAS PREVENTIVAS	28
3.2. A TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE	33
3.3. ESPÉCIES DE TUTELAS JURISDICIONAIS PREVENTIVAS	36
3.3.1. Tutela Cautelar.....	36
3.3.2. Tutela Antecipatória	37
3.3.3. Tutela Inibitória	38
3.3.3.1. Fundamentos	39
3.3.3.2. Modalidades	42
3.3.3.3. Antecipação da Tutela Inibitória e a Questão da Prova.....	42
3.3.3.4. Aplicação de Multa	44
4. TEORIA DOS PRINCÍPIOS	45
4.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRINCÍPIOS.....	45
4.1.1 Princípios Constitucionais	47
4.2. COLISÃO DE PRINCÍPIOS.....	48
4.2.1. O princípio da proporcionalidade e a ponderação de princípios.....	49
4.3. A COLISÃO ENTRE O DIREITO À IMAGEM E O DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO.....	51
4.3.1. O direito à imagem versus o direito à liberdade de informação	52
4.3.2. O direito à liberdade de informação	53

4.4. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS.....	55
4.4.1. Pessoas públicas e notórias	56
4.4.1.1 A Ação Inibitória promovida por Daniela Cicarelli e a aplicação do princípio da proporcionalidade na resolução do caso	57
4.4.2.1 Do voto divergente do desembargador Teixeira Leite vencido por maioria dos votos no Agravo de Instrumento n. 472.738-4 do TJ/SP.....	60
5. CONCLUSÃO.....	62
6. REFERÊNCIAS	64
ANEXOS	68

1. INTRODUÇÃO

O estudo aqui versará acerca sobre a utilização da tutela inibitória na defesa dos direitos da personalidade. O trabalho tem como foco principal a importância da efetiva e adequada tutela dos direitos em busca da pacificação desses direitos quando há o conflito de interesses dos direitos à imagem e à liberdade de informação, ambos proclamados como direitos fundamentais pela nossa carta magna e também o direito à imagem como direitos de personalidade, garantido no nosso atual código civil em seus artigos 11 a 21.

Estudar-se-á à informação que apesar do século XX, ter sido um período especial de muitas conquistas tecnológicas, a facilidade que esta busca a informação propiciou à sociedade, fazendo referencial à internet e ao jornal, fez com o que o direito viesse a enfrentar alguns desafios criados por este “fácil” acesso aos meios de informações.

Este livre acesso aos meios de informações vem criando um vasto banco de dados, que apesar de criar um desenvolvimento eficaz da sociedade, facilitando a comunicação e a rápida informação, pode tornar a vida de um indivíduo em um grande constrangimento, que atos desse indivíduo, por vezes reais, ou vezes criados, podem ser muitas vezes espalhados nessas redes sem sua autorização ou mesmo se seu conhecimento, ferindo o direito à imagem do cidadão.

Ainda, verificar-se-á a utilização do princípio da proporcionalidade para solução da colisão de direitos fundamentais no deferimento da tutela inibitória, explicitando a importante ressalva da diferença entre a colisão de regras a princípios, em que na colisão entre princípios, não ocorre o fenômeno da invalida no ordenamento jurídico de um fato este que ocorre na colisão entre regras. Será exposto, com importante ressalva, acerca da teoria dos princípios constitucionais, essenciais para compreensão do tema.

Ao final, para ilustrar o tema aqui proposto, será feito um estudo acerca da ação inibitória proposta por Daniela Cicarelli e seu então namorado, para inibir a exibição de vídeos capturados de forma clandestina e divulgados como meio de informação. Aqui, se fará considerações dos votos dos desembargadores sobre a ação inibitória e a colisão do direito à imagem e à informação, corroborando com toda a doutrina já exposta no trabalho.

O método de pesquisa utilizado será o dedutivo e comparativo, em pesquisa teórica, prescritiva e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documento legal.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1. ASPECTOS GERAIS

2.1.1. Histórico

Conforme se extrai da leitura de trechos do antigo Código de Hamurabi, a preocupação quanto à integridade da pessoa humana é muito antiga, mesmo que não haja expressamente leis neste sentido, pode-se relacionar legislações no sentido de proteção aos direitos inatos a pessoa humana.

Assim, se extrai do antigo Código de Hamurabi, em seus parágrafos 195 a 198 (HAMURABI, 2000):

195 - Se um filho espanca seu pai se lhe deverão decepar as mãos.

[...]

XII - DELITOS E PENAS (LESÕES CORPORAIS, TALIÃO, INDENIZAÇÃO E COMPOSIÇÃO)

[...]

196 - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

197 - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso.

198 - Se ele arranca o olho de um liberto, deverá pagar uma mina.

Em latim, a palavra *persona* significa máscara utilizada pelos atores teatrais, sendo esse termo empregado para designar à pessoa a condição de sujeito de direitos, como se fossemos atores na sociedade (NEVES, 2012).

Previstos desde a Grécia Antiga, aduz Szaniawski (2005, p. 24), “nesse período, o Direito vigente reconhecia cada ser humano possuidor de personalidade e de capacidade jurídicas, definindo-se a capacidade abstratamente”.

Foi a partir das revoluções burguesas do século XVII que os direitos da personalidade começaram a ganhar lugar, porém desde a Idade Média haviam vestígios da proteção do indivíduo das injúrias e difamações atribuídas a sua honra (CAHALI, 2002).

Para Bittar (2001, p. 19):

A construção da teoria dos Direitos da Personalidade humana deve-se, principalmente: a) ao cristianismo, em que se assentou a idéia da dignidade do homem; b) à Escola de Direito Natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana, a ela unidos indissolivelmente e preexistente ao reconhecimento do Estado; e, c) aos filósofos e pensadores do iluminismo, em que se passou a valorizar o ser, o indivíduo frente ao Estado.

No Direito Romano os direitos da personalidade tiveram maior preocupação no sentido dos direitos materiais. Para os extrapatrimoniais, não havia um termo específico o qual designasse tal direito, qual seja a capacidade de fato, a jurídica e o seu direito à personalidade jurídica. Deste modo, vê-se que os direitos à personalidade, em que pese terem vestígios da sua existência, não tiveram um espaço para tratamento do seu aspecto “ser” (CRETELLA JÚNIOR, 1996).

Apesar de não ver protegidos com clareza estes direitos, e muitas vezes levando-se a entender que foram desconhecidos pelos Romanos, principalmente para os escravos, na medida que possuíam os caracteres *status libertatis*, *status civilis* e *status familiae* (CRETELLA JÚNIOR, 1996), necessitavam de proteção destes, o que no Direito Romano eram tutelados através do instrumento “*actio injuriarum*”, criado para defesa do cidadão contra a ofensa à sua honra, liberdade, etc. (GODOY, 2001).

A respeito ressalta Chamoun (1968, apud, Szaniawski, 2005, p. 26):

Quem não possuísse liberdade, não possuía nenhum outro status, a exemplo dos escravos que, não possuindo liberdade, não sendo cidadão e nem podendo constituir família por meio das justas núpcias, não tinham personalidade, apesar de serem humanos. O direito justinianeu nos revela ser o escravo um ser humano que perdeu a liberdade. Deixando de ser livre, passava o indivíduo a ser objeto de propriedade de qualquer cidadão, podendo, conseqüentemente, ser libertado, negociado, ou até morto.

Neste sentido, vale mencionar Szaniawski (1988, apud ECHTERHOFF, 2006, p. 216):

No Direito Romano o termo pessoa não era sinônimo de sujeito de direito, muito menos, a personalidade era a aptidão para exercer direitos e contrair obrigações (capacidade). Pelo contrário, o Direito Romano não valorizava a individualidade da pessoa humana, mas sim a considerava parte de um todo social. Portanto, partindo de uma análise contextualizada do Direito Romano exigível faz-se negar a existência no Direito Romano dos direitos da personalidade com as características que os mesmos possuem no Direito Atual, pois na Antigüidade, a pessoa não tinha a mesma importância e valorização que o ordenamento jurídico a dispensa atualmente.

Assim, percebe-se no direito Romano a preocupação quanto a esses direitos era mais voltada ao ter “status” dos direitos patrimoniais.

Sobre a evolução destes direitos, leciona Godoy (2001, p.19):

[...] foi particularmente na Idade Média que surgiram, com maior concretude, idéias de valorização do homem, reconhecendo-se nele intrínseco um componente espiritual, mais que corpóreo, cuja significação está em sua dignidade, base da concepção dos direitos da personalidade.

Amaral (2003) destaca o Renascimento e o Humanismo do século XVI como importante influência histórica na positivação dos direitos da personalidade.

Dando um salto histórico, Borges (2005, p.13) explica:

[...] conta que os direitos da personalidade passaram a ter uma relevância maior depois da Segunda Guerra Mundial, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). A dignidade é como fundamento dos direitos da personalidade ao vincular o crescimento de tais direitos a inserção do respeito à dignidade humana nos novos sistemas constitucionais.

Conforme Silva (1996), sob a ênfase brasileira, observa-se que desde a Constituição do Império consagrou-se acerca das garantias individuais, o qual descreveu em seu art. 179 sobre os Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, excluindo dos direitos da personalidade ali previstos, os escravos e estrangeiros.

Na Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 2013-F), promulgada na ditadura militar (1967), em seu capítulo IV – Dos direitos e Garantias Individuais - também previu os direitos e garantias individuais em seu art. 150, consagrando os direitos à vida, a liberdade, à inviolabilidade de correspondência, sigilo de comunicações telefônicas e etc.:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

§ 2º- Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§ 3º- A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

§ 5º- É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.

§ 8º- É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

§ 9º- São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

Neste sentido, Coelho diz (2010, p. 196):

No Brasil, os direitos da personalidade, têm a proteção enraizada nas normas constitucionais. Nelas tutelam-se como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (C. F., art. 5º, X), assegura-se a indenização por dano à imagem agravada por abuso no exercício da liberdade de manifestação (inciso V) e a gratuidade, para os reconhecidamente pobres, do registro civil de nascimento (inciso LXXVI, a).

Sob a ênfase da Constituição Federal Brasileira de 1988 reconhece Szaniaswski (2005, p. 120):

O direito brasileiro absorve plenamente estas lições, tendo em vista que os incisos III e II, do art. 1º da CF de 1988, expressamente consagram como fundamento da nação brasileira, o princípio matriz da *dignidade* da pessoa humana e da *cidadania*, que se apresentam como uma verdadeira cláusula geral de proteção da personalidade humana, incluindo a Constituição, em seu § 2º, do art. 5º, os direitos e garantias fundamentais oriundos de tratados internacionais em que Brasil seja parte [...].

No prisma da legislação infraconstitucional brasileira, em 1916, com o advento do Código Civil Brasileiro não houve manifestação quando aos direitos da personalidade, mudando esta realidade em 2002, com o atual Código Civil, o qual estava ali previsto um capítulo específico a esses direitos. Assim preceitua Lobo (2010, p. 141):

O Código Civil brasileiro de 1916, em harmonia com as grandes codificações liberais e patrimonialistas, nada tratou dos direitos da personalidade, sem embargo do conhecimento que os juristas deles tinham, a exemplo da afirmação acima transcrita de Teixeira de Freitas. O Código Civil de 2002 dedica um capítulo da parte geral aos direitos da personalidade, selecionando aqueles que produzem efeitos mais agudos nas relações civis, a saber: direito à integridade física, proibindo-se atos de disposição ao próprio corpo, salvo para fins de transplante e, gratuitamente, após a morte, para fins científicos ou altruístico; vedação de tratamento médico ou intervenção cirúrgica não consentidos; direito à identidade pessoal (direito a ter nome e a impedir que seja usado de modo a expor ao ridículo ou com intenção difamatória; proibição de usar o nome alheio, sem autorização, para fins publicitários; proteção ao pseudônimo); direito à imagem; direito à honra; direito à vida privada.

Destarte, consentindo na atual legislação brasileira, percebe-se que o tema Direitos da Personalidade é submetido e protegido pela Constituição Federal, pelo Código Civil, legislações especiais, e outros não tratadas neste trabalho. Deste modo, observando a grande repercussão, em especial a recentes julgados, que a tutela destes direitos estão estabelecidas em matéria constitucional, civil e penal. (AMARAL, 2002).

Assim, observado todo o exposto neste tópico, em especial a evolução dos direitos da personalidade, é possível ver que esta teoria sofreu grande destaque no decorrer dos anos, vindo desde a uma possível negação por alguns doutrinadores, até tê-los protegidos em nosso ordenamento jurídico.

Neste sentido, ressalta Guerra (1999, p. 41):

Apesar dos períodos obscuros e dos caminhos espinhosos que a humanidade passou, até que se chegasse à concepção atual das liberdades públicas que temos nos dias de hoje, verifica-se que estas liberdades precisam de uma maior efetividade.

Pôde-se observar que a valorização da dignidade da pessoa humana adquiriu grande relevo (GODOY, 2001). E mesmo assim com a efetivação destes direitos, sempre a população caminha no sentido de ver seus direitos protegidos cada vez mais.

2.1.2. Conceito

Assim que nasce e durante toda sua vida o ser humano em sua integridade física, moral e intelectual é repleto de personalidade, o qual “é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações” (RODRIGUES, 2007, p. 37).

Conforme Pontes de Miranda, esses direitos seriam os necessários para se ter a personalidade, são os necessários para integrar o humano nas relações jurídicas (2000).

Inicialmente para citar o conceito de direito da personalidade, vale conceituar o termo *personalidade* (DINIZ, apud VENOSA, 2009, p. 169):

Para a satisfação de suas necessidades, o homem posiciona-se em um dos pólos da relação jurídica: compra, empresta, vende, contrai matrimônio, faz testamento etc. Desse modo, em torno de sua pessoa, o ser humano cria um conjunto de direitos e obrigações que denominamos patrimônio que é a projeção econômica da personalidade.

Personalidade consiste então, como define Amaral, "são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual" (2001, p. 243).

Diniz (apud TELLES JUNIOR, 2003, p.119) conceitua a personalidade:

[...] a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprio da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Portando, segundo Venosa (2009, p. 169), "a personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apóiam os direitos".

Assim, estabelecida a ideia de "personalidade", pode-se agora conceituar os direitos da personalidade. A doutrina vem trazendo diferentes entendimentos acerca do caso. Bittar (2003, p. 01) considera direitos da personalidade como:

Os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Conforme o Direito Romano, o que coincide com o nosso direito, a personalidade inicia com o nascimento, não tendo antes do nascimento o que se falar em sujeito com direitos e personalidade (SZANIAWSKI, 2005). Porém, ao nascituro, a legislação Brasileira, no atual Código Civil (BRASIL, 2013-F) em seu art. 2º prevê sua proteção desde a sua concepção: "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

Miranda (2000) explana que não existem direitos ao ser indivíduo quando este ainda permanece no útero da mãe. Preconiza ainda que precisa a criança nascer para saber se detém de algum direito, sendo então que a personalidade

somente se adquire com o nascimento com vida, independentemente se depois de nascer, continue com vida, bastando então que saia do útero com vida, necessita que de o primeiro suspiro fora do útero da mãe.

Sendo assim, “se não nasce com vida, não adquire direitos e não é sujeito de direito, ‘no útero a criança não é pessoa’”. (MIRANDA, 2000, p. 219). Assim, conforme o texto supracitado, é com e somente com a morte que cessa a personalidade e os direitos conferidos da pessoa natural.

Continua Miranda (2000, p. 89): “Com a morte, cessam os direitos, inclusive os direitos da personalidade. Morto não têm direitos, nem deveres”.

Porém, o Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2013-F) em seu art. 12, deixa a entender que há projeção dos direitos da personalidade mesmo após a morte do indivíduo, estendendo-se esses direitos ao seu cônjuge ou parentes integrantes da sucessão hereditária.

Neste sentido define Coelho (2003, p. 217):

Desse modo, a expressão “direitos do falecido” só pode ser uma referência à proteção “post mortem” de determinados interesses extrapatrimoniais que a pessoa tinha enquanto viva. São alguns dos direitos da personalidade cujos efeitos se projetam para além da morte do titular. Quando alguém ofende, por exemplo, a honra de um falecido, pode ser responsabilizado. Titular do direito ofendido, nesse caso, só pode ser a pessoa morta, não porque esteja em condições de adquirir direitos (que, realmente, não está) mas porque, enquanto era vivo, tinha o interesse correspondente juridicamente protegido como tal.

É importante ressaltar que, conforme autores acima citados, diversos são entendimentos doutrinários divergentes surgiram ao tentar conceituar os direitos da personalidade.

Valendo-se dessa divergência, cumpre mencionar que no início, contrariando o atual entendimento, já tentou negar que existiam esses direitos. Savigny (2005, apud TORQUATO, 2007) foi defensor desta corrente, argumentando que sobre o homem não podia ter direitos sobre a sua própria pessoa, confirmando Bittar (2003) que se fosse assim, teria a concretização de um suicídio. Porém, conforme todos os conceitos acima citados, pode-se concluir que atualmente a corrente doutrinária é a da existência desses direitos, pertencentes a categoria de direitos subjetivos.

2.1.3. Natureza Jurídica

Além da divergência doutrinária acerca do conceito do que seriam os direitos da personalidade, tem-se a resistente divergência a respeito da natureza jurídica desses direitos, se eles são inatos, da própria pessoa, divergindo assim os termos utilizados.

Na corrente dos positivistas, os direitos da personalidade, devem ser incluídos somente os direitos reconhecidos pelo Estado, os quais têm obrigação a prestar ao sujeito de direito.

Neste íterim, De Cupis (2008, p. 18) define que, “não é possível denominar os direitos da personalidade como direitos inatos, entendidos no sentido de direitos respeitantes, por natureza a pessoa”.

Diferente desta corrente, os naturalistas, acreditam na impossibilidade de limitar esses direitos positivamente, de modo que constituem direitos que independem da condição de ser humano.

Assim, “os direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objetivo são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior” (FRANÇA, 1994, p. 1033).

Portanto, conforme os autores naturalistas acima citados, pode-se concluir que o rol dos direitos da personalidade são ilimitados, sendo inerentes a condição humana na medida em que acompanham sempre as mudanças sociais.

Resumindo, os direitos da personalidade se encaixam nos direitos subjetivos, sendo os que constituem a personalidade do seu titular, bem como os que integram o seu aspecto físico, moral, intelectual. Nascem com o indivíduo, inatos, e o acompanham durante toda sua vida, sendo assim, permanentes. Têm eles o objetivo de proteger a figura humana, guardando sua dignidade de todo as agressões particulares ou públicas.

2.1.4. Características

Segundo Coelho (2010), os direitos da personalidade são absolutos, ou seja, têm efeito *erga omnes*. Podendo o ofendido defendê-lo de qualquer um que o

tenha prejudicado. São também vitalícios, acompanhando-o por toda a vida. Uma vez adquirido, não o perde. Ainda são extrapatrimoniais, não tendo esses direitos valor estimável. Em que pese o sujeito seja indenizado, a ofensa ao direito não irá se restabelecer. Assim, o indivíduo não poderá ainda aliená-los, transmitir ou renunciá-los legalmente, sendo eles indisponíveis.

Segundo Lôbo (2010, p. 143):

A natureza não patrimonial dos direitos da personalidade e a circunstância de serem inerentes e essenciais a realização da pessoa resultam em características que os singularizam, a saber: intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, inexpropriabilidade, imprescritibilidade e vitaliciedade. O Código Civil brasileiro refere-se a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a impossibilidade de limitação voluntária, que pode ser entendida como indisponibilidade.

De acordo com Amaral (2003), sem eles não se configura a personalidade, e eles acompanham o indivíduo desde o seu nascimento e o acompanham durante toda a sua vida. Deste modo são inatos, essenciais e permanentes. São ainda inerentes à pessoa, intransmissíveis, inseparáveis e personalíssimos, extinguindo-se com a morte do titular. Assim, ainda são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais

O atual Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2013-F), em seu artigo 11, prevê a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a impossibilidade de limitação voluntária pelo seu titular, podendo ser interpretada como a indisponibilidade, sendo que a limitação apenas pode ocorrer por ato de disposição. Apesar de previstos na atual legislação, esses caracteres não podem ser limitados aos previstos neste diploma, pois deve ser considerada a crescente construção doutrinária e jurisprudencial a respeito deste tema.

2.2. DIREITO À IMAGEM

Para Coelho (2003), o direito à imagem deixou de ser somente o que inicialmente era previsto, ou seja, protegia o direito à imagem no que concerne ao “retrato da pessoa”, expandindo esse direito as ideias, conceitos de vida e etc. Não sendo mais assim suficiente a proteção somente à imagem da pessoa.

Deste modo confirma Moraes (1972, p. 64):

Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é *imagem* para o Direito. A ideia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fotografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade.

Portanto, como mencionado acima, a proteção ao direito à imagem vai além do seu aspecto estático, fotografia, desenho ou dinâmico, filme, transmissão, protegendo seus aspectos morais, ideias e sentidos.

Diniz (2002, p. 126) escreve que:

A imagem-atributo é o conjunto de caracteres ou qualidades cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente (CF, art. 5º, V), como habilidade, competência, lealdade, pontualidade etc. A imagem abrange também a reprodução, romanceada em livro, filme, ou novela, da vida de pessoa de notoriedade.

O direito à imagem consiste na não exposição ou alteração da sua imagem sem sua autorização, sendo sua imagem o que une a sua expressão externa (DINIZ, 2002).

Ainda, para Diniz (2002, p. 126), “abrange o direito: a própria imagem; ao uso ou a difusão da imagem; a imagem das coisas próprias e a imagem em coisas ou em publicações; de obter imagem ou de consentir em sua captação por qualquer meio tecnológico”.

Neste entendimento já julgou o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível n. 2008.049620-5:

[...] a imagem, seja de pessoa conhecida ou não, é protegida legalmente, e a sua utilização, sem prévio consentimento gratuito ou indenização, importa em reparação pecuniária, na impossibilidade do retorno do status *quo*, em analogia aos danos morais. Aliás, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso V, assegura o direito à "indenização por dano material, moral ou à imagem" (Juiz de Direito Doutor Osmar Mohr).

Sendo a imagem um direito e uma garantia fundamental do indivíduo, sua divulgação e publicidade só serão admitidas quando expressamente autorizadas, caso em que, violada esta regra, responde o ofensor pelo abalo moral gerado. (BRASIL, 2013-C)

O direito à imagem possui uma característica que o difere de tantos outros direitos da personalidade. Destaca-se, então, pelo aspecto da disponibilidade. Este aspecto está atualmente muito consagrado pelas pessoas famosas, que vinculam a sua imagem (rosto, corpo) a propagandas publicitárias para divulgação de entes particulares, públicos, produtos, serviços, todos estes principalmente os que estão ao alcance do consumidor. Deste modo, as pessoas notórias investem na divulgação da sua imagem para obtenção de lucro e o contratante para divulgação e obtenção de lucro para o seu “produto”. Assim, o aspecto disponibilidade, é o de dispor da sua imagem para obter a comercialização de tal “produto” (BITTAR, 2001).

Lembrando que não se fala aqui do direito à honra (direito a imagem subjetiva, que será tratado em tópico específico), mas sim do direito a imagem física.

Para ilustrar melhor, vale um exemplo, o qual a divulgação da fotografia foi autorizada, porém em momento posterior, em outra publicidade, a fotografia foi novamente publicada, sendo esta não autorizada.

Assim, pode-se configurar como ato ilícito também, o uso do que vai além do pactuado, com finalidade diversa ou não.

A imagem possui um conteúdo individualizado, não dependendo de outros direitos da personalidade a ela ligados. “A imagem é a individualização figurativa da pessoa, autorizando qualquer oposição contra adulteração da identidade pessoal, divulgação indevida e vulgar descrição.” (DINIZ, 2002, p. 127). Consiste então, na diferenciação da pessoa no meio de outras.

Finalmente, conforme citado acima, entende-se ser o direito à imagem um direito autônomo, não precisando este estar ligado aos outros direitos, como a intimidade, a honra, a identidade etc. E não precisando este ser pleiteado em conjunto com os outros. Embora esses direitos estejam amplamente ligados, não se podendo negar que o direito a honra esteja ligado à imagem, porém o simples fato de uma imagem ser divulgada sem a devida autorização pode gerar dano a imagem, sem que necessariamente gere dano a honra, por exemplo.

2.3. O DIREIRO À HONRA

O direito à honra tem origem nos direitos da personalidade, protegendo a dignidade da pessoa humana, o bom nome, sua reputação, etc.

Para Godoy (2001, p. 38), esse direito se extrai:

[...] da personalidade do homem, de sua condição humana mesmo, que supõe não só um elemento corpóreo, como também, ao que já visto, um componente espiritual, revelado pela dignidade que se lhe reconhece, a honra compreende, em seu significado, noções como a da auto-estima, da consideração, mas também da boa fama, do bom nome, da reputação que ao indivíduo se atribui.

No conceito de Bittar (2001, p. 66) o direito a honra é: “ Inerente à natureza humana e ao mais profundo do seu interior (o reduto da dignidade), a honra acompanha a pessoa desde o nascimento, por toda a vida e mesmo depois da morte. “

Para melhor conceituar, Coelho (2003) divide a honra em duas dimensões, a honra objetiva, que diz ser os conceitos que os outros têm da pessoa, diz respeito a sua exteriorização no meio social. Já a honra subjetiva, refere-se aos conceitos e qualidades que a pessoa atribui a si, destaca o citado doutrinador, “a estima que cada homem ou mulher nutre em relação a respectiva pessoa (2003, p.226).” Segundo o autor, “as duas são passíveis de tutela, não podendo alguém atribuir uma qualificação que agrida sua honra” (COELHO, 2003, p. 226).

Essa agressão provoca em meio à sociedade uma humilhação. A tutela da honra visa, então, proteger o indivíduo do sofrimento moral que essa violação pode causar a moral da pessoa. Sendo a honra a qualidades que identifica a pessoa, impõe respeito aos demais perante a sociedade.

2.4. A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

O artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal (BRASIL, 2013-F), assegura que “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Ressalta-se ainda o disposto nos artigos 220 a 224 no mesmo diploma legal, capítulo este reservado a comunicação social, prevendo que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta constituição.”

Conforme o artigo 221 da Constituição Federal (BRASIL, 2013-F), a produção das rádios e televisão atenderá aos princípios que, entre outros, tenha “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

Deste modo, o artigo 220 parágrafo 3º, inciso II da Constituição Federal, prevê que compete a Lei Federal, estabelecer os meios legais que garantem a pessoa e a família meios que possibilitem a defesa dos valores inerentes a pessoa humana, ou seja, os que não contrariem o artigo 221 desta mesma lei (BRASIL, 2013-F).

Traçando uma situação atual da informação no Brasil, constata-se a revolução da internet e outros meio de comunicação, o aumento do poder de empresas responsáveis pela divulgação de informações em todo o Brasil e mundo. A sobrevivência das empresas de comunicação baseia-se basicamente na busca de notícias ou imagens que vinculam principalmente os famosos, o que acompanha a vida e a intimidade de pessoas notoriamente conhecidas. Assim, conforme ressaltam Pieranti e Martins (2012):

Atualmente, a liberdade de imprensa caracteriza-se por seu caráter praticamente desregulado, sem o que Estado consiga estabelecer limites para o conteúdo a ser difundido. Depende esse conteúdo, hoje, basicamente do bom senso dos responsáveis por sua divulgação, confundindo-se, na prática, a liberdade de imprensa com a de empresa.

Deste modo, o jornalismo vem mudando o seu verdadeiro foco, que é o de trazer informações de acompanhamento mundial dos acontecimentos e trazer informações verdadeiras, passando a acompanhar a vida de celebridades, e muitas vezes não acessa informações verídicas.

Neste sentido extrai-se do Recurso Especial n. 984.803, do STJ:

[...] A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade (BRASIL, 2013-A)

O papel do jornalista é de além de tudo, buscar fatos verídicos, fidedignos, preparando em si sua reportagem, para assim, eximir-se de responsabilidade de indenização por informações falsas prestadas em rede pública. Para a Ministra Nancy Andrichi, no julgado supramencionado, “o jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar. Isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo” (BRASIL, 2013-A).

Neste contexto, segundo o entendimento jurisprudencial, quando divulgadas informações sobre pessoa notória que é de interesse à coletividade, sendo fatos verídicos, não acarreta dano à imagem ou à honra, levando as decisões, para o lado da liberdade de informação.

Assim, há de se analisar se o fato é de “interesse à coletividade”, ou simplesmente a imagem de uma pessoa foi divulgada de forma irresponsável, podendo neste caso, acarretar responsabilidade de indenizar pela utilização indevida de imagem.

Neste sentido que entra uma possível colisão de direitos fundamentais, tema este que irá ser abordado em capítulo específico deste trabalho. De um lado a liberdade de informação, de outro o direito à imagem, ambos resguardados pela atual Constituição Federal Brasileira.

Nestes casos, se faz necessário o uso do critério da proporcionalidade para resolver a questão de colisão de direitos fundamentais, assunto este que será visto em capítulo específico.

2.4.1. Os Limites à liberdade de informação

A Constituição Federal, no §1º do art. 220 (BRASIL, 2013-F), assegura que: “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

Trata-se de um direito de conteúdo mais abrangente que o tradicional conceito de liberdade de imprensa, que assegura o direito de veiculação de impressos sem qualquer restrição do Estado. Conforme Pinho (2007, p. 90):

A liberdade de informação jornalística compreende o direito de informar e, bem como o do cidadão de ser devidamente informado. Qualquer legislação infraconstitucional que constitua embaraço à atividade jornalística, por expressa disposição da nossa Carta Magna, deve ser declarada inconstitucional, conforme o art 220, §1º. Tal liberdade, deve ser exercida de forma compatível com a tutela constitucional da intimidade e da honra das pessoas, evitando situações de abuso ao direito de informação previsto na Constituição.

É real que a liberdade de informação tem seu direito assegurado, porém, como já dito, este direito é exercido muitas vezes de forma irresponsável, trazendo à tona informações falsas sobre as pessoas públicas e notórias, fazendo com que a sociedade acredite em todas essas informações.

A Constituição Federal (BRASIL, 2013-F), na tentativa de limitar os excessos, traz em seu artigo 5º, incisos IV, V e X essas limitações, prevendo punição para os que abusam do direito à informação ou que tratem as informações de forma irresponsável. Assim o descreve:

[...]

IV: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

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

X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Nesse sentido, leciona Moraes (2006, p. 2181) que: “Apesar da vedação constitucional da censura prévia, há necessidade de compatibilizar a comunicação social com os demais preceitos constitucionais.”

Em que pese a Constituição Federal Brasileira prever a liberdade de manifestação, não se pode fechar os olhos aos abusos cometidos que venham a ofender a honra, a imagem e a intimidade das pessoas.

Desta forma, verificados alguns direitos fundamentais, passa-se para o capítulo derradeiro.

3. A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE POR MEIO DE MEDIDAS PREVENTIVAS

Determinados direitos, assim como os não-patrimoniais, não encontram adequada tutela na técnica ressarcitória, implicando a estes direitos uma injusta colocação. A importância da necessidade da aplicação de medidas preventivas no direito da personalidade se baseia da ideia de que nem todos os direitos podem aguardar o trâmite de um procedimento comum. Em outras palavras, “não viabilizar a tutela inibitória quando em jogo direitos não patrimoniais é admitir a expropriação desses direitos, transformando-se o direito ao bem [...], em simples pecúnia.” (MARINONI, 2006, p. 78).

“A necessidade de tutela preventiva exige a estruturação de um procedimento autônomo e que desemboque em uma sentença que possa impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito”. (MARINONI, 2006, p. 33).

Para Marinoni (2006, p. 32): “é preciso compreender que o direito de ação não pode mais ser pensado como simples direito à sentença, mas sim como o direito ao modelo processual capaz de propiciar a tutela do direito afirmado em juízo.”

A questão aqui abordada gira sobre a utilização de medidas preventivas na defesa de direitos da personalidade. Neste capítulo serão abordadas as espécies mais comuns de medidas preventivas e a específica adotada para proteger direitos da personalidade: a tutela inibitória.

3.1. O PASSADO DAS TUTELAS PREVENTIVAS

A ideia de uma justiça preventiva é antiga. Desde os tempos mais remotos têm-se histórico de sua efetiva utilização. Demonstra um passado ainda mais longínquo, podendo ter sua origem no direito Romano.

Imprescindível compreender, inicialmente, o histórico das tutelas, a fim entender sua aplicação na sua modalidade preventiva

“Em princípio, poder-se-ia dizer que se trata de um novel instituto, acerca do qual até a doutrina italiana apresentou os estudos preliminares” (GAMA,1999 ,p. 62).

No Direito Romano, conheceu-se a tutela preventiva por meio dos interditos. Esse tipo de tutela tinha como característica ordenar a abstenção a alguém, proibir alguém de se fazer um ato. Para seu eficaz cumprimento, sempre fixava-se o *sponsio*, uma espécie de multa ou sanção, para o caso de descumprimento da ordem. Além dessa multa, também poderia suceder ao descumprimento do interdito a emanção de nova ordem, para restituição da coisa tomada ilegalmente, passível de realização específica mediante força (ARENHART, 2003).

A evolução do direito e a assimilação do Direito Romano por sistemas subseqüentes permitiu que os interditos fossem recepcionados pelo direito canônico e pelo direito comum medieval. Essa tutela tem histórico no direito Anglo-americano, nasceu nas antigas Cortes de Chancelaria, onde aplicava os remédios para manter a decisão do Rei, diferente do modelo Common Law, o qual previa mais a tutela ressarcitória, mas também utilizado pelo Direito Anglo-americano (ARENHART, 2003).

Na figura das tutelas preventivas, aplicava-se o modelo das Cortes de Chancelaria. Aqui a figura da tutela preventiva era emanada pela autoridade judiciária e condizida a alguém para fazer ou não fazer algo, fundamentando-se nas figuras da *injunction*, da *specific performance* e do *contempt of Court* (ARENHART, 2003).

Em resumo, essas três figuras que fundamentam a tutela preventiva no direito anglo-americano, baseia-se na “impossibilidade de reparação do mal causado somente com base no ressarcimento dos prejuízos” (ARENHART, 2003, p. 205). Continua ela:

Esta figura, nasceu como forma de dar aos interesses outra solução além da tradicional reparação (damages), oferecida pelo Common Law, especialmente para casos em que o peticionário demonstre que a violação aduzida pode ser repetida ou continuada, ou ainda quando a reparação dos danos não se mostre eficiente para reparar o mal causado. Inicialmente, por sua própria origem, possuía conteúdo apenas negativo, consistente em ordens de não fazer [...]. No século XVI, ampliou-se o campo de atuação dessas ordens, permitindo que elas consistissem também em comandos positivos, de fazer [...] (ARENHART, 2003, p. 203).

Para o Direito Francês, em linhas gerais, somente pode haver medida judicial após o direito ser lesado (COUCHEZ, 1998, apud ARENHART, 2003).

Assim, poucas são as possibilidades de tutelas preventivas para o Direito Francês para direitos não patrimoniais (ARENHART, 2003).

Poucos são os casos de tutelas preventivas. Arenhart (2003) explica que esse regime tem como ideal A Revolução Francesa - *nemo ad factum praecise cogi potest* - e o dogma da preservação da liberdade individual, onde tem como objetivo a interferência mínima do Estado na vontade humana.

“De toda sorte, o direito francês possui sistema típico de tutelas preventivas. Tais medidas, ressalvados os casos expressamente designados em lei, são tratados por meio de medidas de urgência (*référé*)”. (ARENHART, 2003, p. 206).

Para a efetividade dessas tutelas, o direito francês aplica os *astreintes*, também utilizado aqui do direito brasileiro. Essa espécie de multa, obriga o réu a certa abstenção determinada (ARENHART, 2003).

Já no Direito Italiano, a partir do advento do art. 700 do CPC italiano, passou a fundamentar a tutela cautelar inominada, podendo talvez ser considerada como raiz da tutela inibitória preventiva. Porém, como do direito italiano é previsto apenas os três tipos de sentença, condenatória, declaratória e constitutiva, não poderia ser aplicada para evitar a ocorrência de um ilícito de direitos da personalidade. (ARENHART, 2003).

Arenhart (2003, p. 208-209) expõe:

Os Códigos Sardos, de 1854 e de 1859, limitavam-se a aludir genericamente à tutela inibitória, prevendo outrossim tutelas “cautelares” típicas, sem abrir espaço para a prevenção de ilícitos em outras espécies de situações.” [...]. Representa ponto crucial para o desenvolvimento da tutela inibitória no direito italiano o dogma da correspondência entre sentença condenatória e execução forçada, com a exclusão quase que completa de outras modalidades de provimentos de prestação.

No direito italiano, pode-se dizer que a história das tutelas preventivas encontra semelhança com o direito brasileiro, conforme vai se expor no tópico abaixo, onde existem tentativas reduzidas e não se previu uma tutela preventiva atípica para a prevenções de direitos da personalidade (MARINONI, 2006).

“As Ordenações Afonsinas, em seu livro III, Título LXXX, §6º, tratavam das chamadas ações cominatórias, dizendo que “a parte, que se teme ou receia ser agravada, se pode socorrer dos Juízes da terra [...]” (ARENHART, 2003, p.213).

Havendo a desobediência do determinado pelo juiz, poderia o mesmo aplicar-lhe cominação. Observa-se já no passado juro-brasileiro, a aceitação da coercibilidade das obrigações e do poder do juiz em expedir ordens de obrigações de fazer e não fazer. (ARENHART, 2003).

As ações cominatórias no direito brasileiro, originavam-se no Direito Romano, e que poderiam ser encontradas nos interdito proibitórios (*uti possidetis*). O magistrado não poderia aplicar cominações a não ser após o trânsito em julgado da sentença condenatória, estando aí a ineficácia dessas cominações para proteção de direitos não patrimoniais (ARENHART, 2003).

Ainda nas palavras de Arenhart (2003, p. 215): “ Decorre daí que o direito antigo luso-brasileiro manteve indene o conceito de interdito e a mentalidade do *imperim romano*, prosseguindo com a tradição de fundar na autoridade do magistrado o caráter da ordem por ele dada.”

A tutela inibitória ou preventiva, no direito brasileiro e em outros países, era praticamente impossível de ser tutelada, pois a forma mais ágil de cominação estava prevista em seu art. 287 do CPC antigo, o qual não permitia a construção de uma ação que impedisse alguém de fazer algo antes de uma ação de conhecimento, para somente após esta fase, a sua real efetivação em execução (ARENHART, 2003).

Em 1973, o Código de Processo Civil brasileiro negou a existência de uma ação preventiva, prevendo apenas as ações cautelares. Porém, já haviam vestígios de sua existência nos arts. 934 e 932 do mesmo diploma, os quais tratavam de nunciação de obra nova e interdito proibitório, porém não tratavam de direitos da personalidade (TALAMINI, 2001).

Assim explica Talamini (2001, p. 118): “As posições jurídicas que recebiam tal proteção eram eminentemente patrimoniais. Faltava idêntita proteção aos direitos personalíssimos, especialmente no terreno das relações estritamente privadas.”

Porém, a realidade mudou essa insuficiência com a Constituição Federal de 1988 em seu art.5º, onde forneceu raízes para a tutela preventiva dos direitos

não patrimoniais (BRASIL, 2013-F): “Art. 5º [...]: XXXV- Nenhuma lei excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Assim como no Código Civil, em seu art.12, *caput*, também há previsão de prevenção de direito da personalidade (BRASIL, 2013-F): “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

Ainda, com advento na nova redação do art. 461 do CPC (BRASIL, 2013-F), o qual dispõe de ação para cumprimento específico das obrigações de fazer e não fazer. Esse dispositivo aponta perfeitamente para a tutela dos direitos não patrimoniais, resolvendo por assim dizer, que no direito brasileiro, atualmente, tem-se a eficaz proteção dos direitos da personalidade.

Assim dispõe o art. 461 do CPC (BRASIL, 2013-F):

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Além disso, observam-se outras previsões em legislações especiais, como o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2013-F):

Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Deste modo, “é possível dizer com segurança que o direito atual, desde que adequadamente interpretado, prevê mecanismos suficientemente adequados à proteção inibitória”. (ARENHART, 2003, p. 219).

3.2. A TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Como exposto no tópico anterior, a tutela dos direitos não-patrimoniais há tempos não encontra eficácia nos valores pecuniários. A espécie de tutela ressarcitória encontra eficaz para valores patrimoniais que podem ser “devolvidos” de forma pecuniária, os quais voltam sem deixar “lesões” psíquicas a vítima.

Assim,

[...] a configuração de uma tutela genuinamente preventiva implica a quebra do dogma de que a única e verdadeira tutela contra o ilícito é a de reparação do dano ou a tutela ressarcitória, ainda que na forma específica. (RAPISARDA, 1993, apud MARINONI, 2006, p. 37).

Como a sociedade está em dinâmica atualização, o direito precisa andar junto a ela, se atualizando de modo a “proteger” os interesses dos indivíduos, evitando ocorrer ilícitos. Assim, mostrou-se que a tutela ressarcitória não bastava para alguns direitos e se fez necessária a aplicação de tutelas preventivas aos direitos que não pudessem ser “ressarcidos”, que não pudessem aguardar o rito comum de uma ação ressarcitória (MARINONI, 2006).

O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como o direito que deve garantir efetividade de todos os demais direitos (MARINONI, 2006). “Portanto, o direito de acesso à justiça garante a tutela jurisdicional capaz de fazer valer de modo integral o direito material e, por consequência, o direito à técnica processual capaz de viabilizá-la.” (MARINONI, 2006, p. 81).

Em nome dos princípios da efetividade e do acesso à justiça, o uso de uma tutela preventiva na defesa dos direitos que não tem preço, sendo melhor prevenir do que ressarcir.

O Estado, ao garantir o compromisso de acesso à justiça e da efetividade, dois princípios expressos na Constituição Federal, nos art. 5º, inc. XXXV (BRASIL, 2013-F), cria uma obrigação que os direitos sejam efetivamente protegidos e tutelados de maneira ágil e eficaz (MARINONI, 2006).

Marinoni (2006, p. 79) explica:

Supõe-se, como é óbvio, que tais direitos devam ser efetivamente tutelados, até mesmo porque a falta de efetividade da tutela jurisdicional implica a existência de um ordenamento jurídico incompleto. A existência do direito material – em nível de efetividade- depende da efetividade do processo. Sem um direito processual capaz de garantir uma tutela jurisdicional efetiva e adequada não há um ordenamento que possa ser qualificado como jurídico.

O papel da efetividade e do acesso à justiça ao longo da história do direito processual se tornou de forma que mais se adequasse a realidade social, a realidade de que, para certos direitos, precisam de um procedimento mais ágil e não podem esperar o rito processual de uma sentença condenatória.

Neste sentido, expõe Marinoni (2006, p. 80):

O processo deve estar atento ao plano do direito material se deseja realmente fornecer tutela adequada às diversas situações concretas. É apenas por esta razão que a doutrina redescobre – e não por mágica – a importância das tutelas jurisdicionais diferenciadas.

Para Marinoni (2006, p.78) “sem a predisposição de instrumentos de tutela adequados a efetiva garantia das diversas situações de direito substancial não se pode conceber um processo efetivo”.

Ainda, “é preciso compreender que o direito de ação não pode mais ser pensado como simples direito a sentença, mas sim como o direito ao modelo

processual capaz de propiciar a tutela do direito afirmado em juízo”. (MARINONI, 2006, p. 32).

Quando determinados direitos necessitam de uma tutela diferenciada para alcançarem o seu objetivo, essas tutelas diferenciadas “nada mais são do que tutelas alternativas ao procedimento ordinário, destinadas a tutelar de forma adequada e efetiva particulares situações de direito substancial”. (MARINONI, 2006, p. 304).

Capelleti (2002, p.11-12) esclarece que, a clara necessidade de se tutelar direitos de forma diferenciada, está entre os direitos fundamentais:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Assim, o procedimento ordinário tradicional, assim como as sentenças não são mais ágeis para tutelar determinados direitos, necessitando de uma tutela diferenciada (MARINONI, 2006, p. 24).

Moreira (1980, p.123), expõe sua opinião:

A tutela preventiva, mediante procedimento especial, fica ordenada no Código, de maneira exclusiva, à proteção da posse e da propriedade. Mal se justifica o tratamento privilegiado, se se considerar, de um lado, que a eventual lesão representada pela turbação, pelo esbulho ou pela execução da obra irregular comporta em geral reparação satisfatória sob a forma da restituição ao estado anterior; de outro lado, que o favor dispensado a tais posições jurídicas mais realça, pelo contraste, o desamparo em que jazem outras, de modo particular exatamente algumas para as quais a falta de adequada tutela preventiva não raro significa, na prática, denegação pura e simples de tutela (direitos não patrimoniais...). Essas têm de submeter-se às delongas do procedimento ordinário, ou na melhor hipótese aos tropeços de um procedimento sumaríssimo que vai acabando por tornar-se, ao menos em certas comarcas, mas demorado que aquele [...].

Desta forma, antes da reforma do Código de Processo Civil, dada pela Lei 10.444/02, eram totalmente desprezados valores previstos na Constituição de 1988, em que garantia a inviolabilidade dos direitos da personalidade e a inafastabilidade do Poder Judiciário na apreciação de ameaça ou lesão a direito, conforme expõe o art.5º, inciso XXXV (BRASIL, 2013-F): “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Conforme Moreira (1998), a forma preventiva ali prevista era apenas em relação a direito de propriedade, como nas ações de interdito proibitório e nunciação de obra nova, não podendo retornar esses direito o seu *status quo*.

3.3. ESPÉCIES DE TUTELAS JURISDICIONAIS PREVENTIVAS

3.3.1. Tutela Cautelar

“A Constituição Federal não garante ao jurisdicionado uma resposta qualquer ao seu pedido de tutela jurisdicional, mas garante um provimento adequado e eficaz ao direito afirmado e reconhecido judicialmente”. (SPADONI, 2007, p. 28).

Para não esperar o procedimento longo das tutelas sob o rito ordinário, o legislador optou por prever uma medida chamada Ação Cautelar, prevista nos arts. 796 e seguintes do CPC. De início, antes da reforma do art. 461 do CPC, não existia alternativa para uma resposta rápida a não ser o procedimento cautelar.

Conforme expõe Spadoni (2007), a tutela cautelar veio para efetivar e auxiliar o procedimento principal, eliminando os inconvenientes causados pela longa espera do rito ordinário. “Assegura a tutela cautelar, portanto, o processo principal, ou melhor dizendo, o devido processo legal a que têm direito as partes litigantes.” (SPADONI, 2007, p. 29).

Não é outra a opinião de Marinoni (2006), que esclarece que a tutela cautelar, diferente de tutela preventiva aplicada no direito material, é utilizada para proteger um direito processual.

“Com efeito, sua finalidade é a de impedir, de forma direta, a lesão de um direito processual do litigante, consubstanciado no direito a um processo adequado e eficaz [...]” (SPADONI, 2007, p. 29).

Neste sentido ressalta Moreira (1980, p. 26-27):

Mas a tutela cautelar é, por sua própria índole instável. Ademais, recai-se numa inútil duplicação de processos, quando a rigor bastaria um, se bem estruturado, para compor o litígio. E, afinal por que se há de dar a título de

cautela aquilo que já se poderia dar sob a forma de prestação jurisdicional satisfativa?

Ademais, pela característica de acessoriedade da cautelar, não se pode imaginar a tutela preventiva de direitos da personalidade como um acessório, mas sim como procedimento autônomo, de cognição exauriente, satisfativo. Assim, os diferentes tipos de procedimentos são exatamente para se adequarem a diferentes tipos de necessidade de tutela, e não para se confundirem (MARINONI, 2006, p.32-33).

Assim, percebe-se que tanto a Ação Cautelar quanto a ressarcitória, não são ágeis para a defesa dos direitos da personalidade. Esses direitos, por serem extrapatrimoniais, necessitam de um procedimento adequado.

Conforme preceitua Marinoni (2006, p. 33):

A necessidade de tutela preventiva exige a estruturação de um procedimento autônomo e que desemboque em uma sentença que possa impedir a prática, repetição ou a continuação do ilícito. Além disso, a tutela de prevenção do ilícito requer um procedimento estruturado com técnica antecipatória, pois o direito que se visa proteger através da tutela preventiva tem, em regra, grande probabilidade de ser lesado no curso do processo.

Assim, para se garantir o verdadeiro acesso a justiça e a efetividade do processo (art. 5º, inc. XXXV da CF), é imprescindível um modelo de procedimento preventivo adequado à efetividade aos direitos da personalidade (MARINONI, 2006).

3.3.2. Tutela Antecipatória

Prevista no art. 273 do Código de Processo Civil Brasileiro (BRASIL, 2013-F), a tutela antecipatória “consiste em provimento jurisdicional que antecipa os efeitos práticos do julgamento de procedência pretendido pelo autor, satisfazendo, total ou parcialmente, em momento anterior ao previsto”. (SPADONI, 2007, p.30).

Conforme preceitua o art. 273 do Código de Processo Civil, são estabelecidos principais requisitos para a concessão, quais sejam: demonstração da prova inequívoca, a verossimilhança das alegações e a demonstração de fundado

receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou a demonstração de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (SPADONI, 2007).

A necessidade de sua aplicação é a demonstração de que a satisfação de certo pedido em sentença, irá se demonstrar ineficaz. Aqui, “ou se antecipa a tutela, ou o processo perde sua eficácia.” (SPADONI, 2007, p. 31).

Difere-se da cautelar, pois, na cautelar “apenas se conserva o estado de pessoas ou coisas, de modo que, no futuro provimento bem atue, enquanto a antecipação da tutela entrega ao autor, desde logo, o próprio direito pleiteado em juízo”. (SPADONI, 2007, p. 31).

Assim, a tutela antecipada pode-se enquadrar como tutela preventiva, antecipando um provimento jurisdicional pretendido, evitando que possíveis danos ao devido processo legal ocorram, tornando-se a atividade do juiz em desconformidade com os moldes constitucionais previstos.

3.3.3. Tutela Inibitória

Esta tutela preventiva, diferente da cautelar e da antecipatória, que tem por objetivo a segurança de um direito processual, aqui ela tem por objetivo a própria segurança de um direito material da parte. É a forma de vedação definitiva de uma possível lesão, continuação ou repetição de um ato violador de um direito (SPADONI, 2007).

“A inibitória tutela de forma direta e definitiva o direito material da parte, e é forma de providência jurisdicional que se contrapõe à tutela sancionatória.” (SPADONI, 2007, p.32).

Conforme Marinoni (2006, p. 35):

Não há no direito brasileiro qualquer incursão teórica voltada a estabelecer uma tutela jurisdicional preventiva atípica que possa ser prestada através do processo de conhecimento. Contudo, se os cidadãos devem ter à sua disposição instrumentos adequados para a tutela de seus direitos, é necessário que seja elaborada uma tutela jurisdicional idônea à prevenção do ilícito.

Para Marinoni (2006, p. 36), “visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a ressarcitória.”

Pensar em direitos do cidadão é pensar que o mesmo tem direito a tutelar de forma que não seja lesado esse direito.

“Para os titulares destes direitos, uma proteção estatal atuada apenas após a violação do direito, atribuindo-lhes um direito de indenização por perdas e danos, representa apenas um mero ‘prêmio de consolação’”. (SPADONI, 2007, p. 33).

Desta forma, conforme todo o exposto acima, a tutela inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na dignidade da pessoa humana e que se empenha em realmente garantir, e não apenas proclamar, a inviolabilidade dos direitos da personalidade.

3.3.3.1. Fundamentos

Como bem exposto nos tópicos anteriores e conforme citado pela doutrina, não pode ser admitida no direito brasileiro a substituição de uma tutela realmente eficaz na proteção de direitos da personalidade, por uma que garanta a pecúnia.

E é nesse sentido que o direito de exigir o cumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa que fundamenta a exigibilidade da tutela inibitória. (SPADONI, 2007).

“É dele que emerge a autorização jurídica para que o titular exija a cessação de um comportamento contrário ao seu dever de conduta, quando presente a probabilidade de devedor continuar a praticá-lo ou repeti-lo”. (SPADONI, 2007, p. 45).

Assim, como ressalta Spadoni (2007), se é dado a um titular de direito o poder de usufruir de um bem juridicamente tutelado, deve ser posto à sua disposição o direito de impedir o seu descumprimento, impedindo que esses direitos venham a ser, quando ameaçados, violados.

Para Marinoni (2006, p.33), “um procedimento desse tipo é absolutamente imprescindível em um ordenamento jurídico que sem empenha em dar efetividade aos direitos que consagra, especialmente aos não patrimoniais.”

Assim, “o sujeito passivo da relação jurídica tem o dever de não colocar em prática atos ou condutas que exponham o credor a riscos concretos de não ver cumprida a prestação a que faz jus, [...]” (SPADONI, 2007, p.45).

Por fim, conforme todo o exposto pode-se concluir que o fundamento da existência da tutela inibitória, insere-se no direito à inibição de ato violador de direito, encontrando fundamento no art. 461 do Código de Processo Civil brasileiro.

Encontrado o fundamento substancial da tutela inibitória, resta analisar os fundamentos processuais.

De início importa destacar o principal fundamento processual da tutela inibitória. A Constituição Federal (BRASIL, 2013-F) em seu art. 5º, XXXV, prevê: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Deste modo, tendo como referência este dispositivo constitucional, percebe-se que não só é garantido o acesso efetivo à justiça, mas também é garantido um provimento adequado a inibição de ameaça de violação de direito. “Garante-se o exercício do poder jurisdicional tendente a prevenir a prática do ato lesivo, não só de forma cautelar, mas de forma definitiva”. (SPADONI, 2007, p.48).

Ainda, nos ensinamentos de Spadoni (2007, p. 48):

Entretanto, um provimento que acolhe uma ação inibitória só pode exercer adequadamente a sua função se forem disponibilizados os meios necessários para coagir o réu a não praticar o ato ameaçado, ou os meios sub-rogoratórios que, independentemente da colaboração do obrigado, garantam a não violação do bem juridicamente protegido.

Assim, para efetivar-se dessa garantia constitucional, a Lei n. 8.952/1994 e 10.444/2002, os quais deram a nova redação para os arts. 461 e 461-A do CPC previram um meio de garantir a efetividade desses bens juridicamente tutelados.

Ainda, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2013-F) prevê em seu art. 84, garantia de efetividade desses direitos. Assim descreve o art. 461 do Código de Processo Civil brasileiro:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o

pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Do mesmo modo, o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor prevê:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (BRASIL, 2013-F)

Ainda, no art. 12 do Código Civil Brasileiro, está prevista a cessação de ameaça a direito da personalidade:

Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. (BRASIL, 2013-F)

Tais artigos destinam-se a disciplinar o cumprimento de ações de fazer, não fazer e entrega de coisa.

Ali se estabelece a possibilidade de prolação de provimentos mandamentais, que ordenem ao réu que cumpra a sua obrigação na forma devida, não praticando o ato violador, sob pena de pagamento de multa cominatória (§4º) [...]. “São, em suma, esses dispositivos que permitem ao titular de um direito requerer, e ao órgão jurisdicional prover, uma tutela inibitória.” (SPADONI, 2007, p.49).

Assim, conforme Spadoni (2007), se a tutela inibitória é um provimento que exige o cumprimento de um dever de fazer, não fazer ou entrega de coisa, inquestionável é seu fundamento processual nos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

No mesmo entendimento, Arenhart (2000, p. 110) expõe, “embora a norma refira-se a obrigações, ao que parece, autoriza ela também o uso deste procedimento para direitos não-obrigacionais, tais como os direitos da personalidade.”

3.3.3.2. Modalidades

Conforme ensina Marinoni (2008), há três modalidades de tutela inibitória, quais sejam: impedir a prática do ilícito, evitar sua continuação e evitar novos acontecimentos.

A respeito de impedir a prática do ilícito, Marinoni (2008, p. 186) ressalta: “essa espécie de ação inibitória foi a que encontrou maior resistência na doutrina.”

Marinoni (2008) explique que, a tarefa do juiz se torna mais árdua quando não houve nenhum dano ainda provocado pelo réu. Para ele, é muito mais fácil evitar a continuação ou a repetição, pois o juiz já tem uma probabilidade de ocorrência. Assim, tendo um ilícito já praticado, fica mais fácil demonstrar que outro poderá acontecer ou prosseguir.

3.3.3.3. Antecipação da Tutela Inibitória e a Questão Da Prova

O art. 461, §3º do Código de Processo Civil brasileiro, prevê a possibilidade de antecipação da tutela quando for relevante o fundamento da demanda e cumulada com o justo receio de ineficácia do provimento final, associando-se assim, ao art. 273 do mesmo diploma.

Assim prevê:

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (BRASIL, 2013-F)

“Não é difícil perceber que a efetividade dessa tutela dependerá, em casos não raros, da possibilidade de sua antecipação”. (MARINONI, 2007, p. 182).

Assim, resta claro que a parte Autora está plenamente autorizada a antecipar os efeitos da tutela inibitória, fundamentando-se no §3º do art.461 do CPC e também no §3º do art. 84, do CDC.

Para a concessão, o requerente deve demonstrar a probabilidade do ilícito, Marinoni explica (2007, p. 190):

O requerente deve demonstrar, em termos de *fumus boni iuris*, a probabilidade da ilicitude. Frise-se que aquilo que deve ser demonstrado é a probabilidade de ato contrário ao direito, e não a probabilidade do dano. Assim, por exemplo, em uma ação destinada a impedir a repetição do uso indevido da marca, basta demonstrar a probabilidade de violação do direito à marca.

Além disso, o requerente terá que demonstrar o receio de ineficácia do provimento final, requisito este previsto no §3º do art. 461 do CPC e §3º do art.84 do CDC. Com isso, conclui-se que:

Há justificado receio de ineficácia do provimento final quando há justificado receio de que o ilícito (que não pode estar associado ao dano) seja praticado no curso do processo de conhecimento, isto é, em momento anterior àquele em que o provimento final pode ser executado (MARINONI, 2007, p. 191).

Com exposto acima, tutela antecipada é aquela que a formação do juízo ao final do processo de conhecimento é ineficaz, gerando assim a necessidade de antecipá-la.

Com a antecipação dessa tutela, para demonstrar os requisitos do §3º dos artigos supracitados, é necessária a produção de provas. Assim, como ensina Marinoni (2007), é necessária a formação de um “juízo provisório”, como contraposto a de juízo final. “[...] permite perceber que não é a tutela, concedida no curso do processo que é provisória, e sim o juízo”. (MARINONI, 2007, p. 192).

Para Marinoni (2007, p. 192):

Na ação inibitória, deverá ser provado fato que constitua indício de que a violação futura provavelmente ocorrerá. Tratando-se de tutela inibitória antecipada, o juízo provisório deve recair sobre fato que indique que o fato temido poderá ocorrer antes da efetivação da sentença e, evidentemente, sobre a afirmada ilicitude deste último.

Assim, como afirma Marinoni (2007), na ação inibitória, prova na tutela antecipada é baseada no indício de que ocorra a violação de um direito que provavelmente ocorrerá. Diferente da antecipação de tutela em caso das ações ressarcitórias, as quais o juízo provisório está focado no fato violador, objeto da ação, e a observância de que não ocorrerá violação diversa.

3.3.3.4. Aplicação de Multa

Para garantir a efetividade das decisões judiciais, o legislador no §4º do art. 461 do CPC e do art. 84 do CDC, permitiu a aplicação de multa com caráter de pressão para visar o perfeito cumprimento da obrigação a ele imposta. Assim expõe do artigo (BRASIL, 2013):

[...]

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (BRASIL, 2013-F)

Tal medida pode ser imposta independentemente de a parte ter feito pedido, pois sendo uma determinação judicial, o seu descumprimento não só acarreta prejuízo para a parte como um descumprimento de subordinação à ordem de autoridade.

Conforme Arenhart (2003, p. 350-351):

A inspiração da previsão vem, como parece ser nítido, da sanção pecuniária do direito francês (*astreinte*), embora com certos toques da *zwangsgeld* alemã [...].

As astreintes são um meio de pressão que consiste em condenar um devedor sujeito a adimplir uma obrigação, resultante de uma decisão judicial, a pagar uma soma em dinheiro, por vezes pequena, que pode aumentar a proporções bastante elevadas com o passar do tempo e com o multiplicar-se das violações. [...].

“Assim, pela imposição da sanção pecuniária pode-se alcançar a inibição do ato ilegal pela conduta do próprio réu, concedendo-se ao autor a tutela preventiva e específica de seu direito [...]” (SPADONI, 2007, p. 173).

De todo o exposto neste capítulo, restou claro a ideia de uma tutela realmente capaz de proteger os direitos da personalidade, direitos esses inerentes à figura humana. De toda forma processual, pode-se perceber que “o processo civil deve estar estruturado de modo a viabilizar a adequada tutela dos direitos.” (MARINONI, 2006, p. 32).

4. TEORIA DOS PRINCÍPIOS

4.1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRINCÍPIOS

Para melhor compreensão deste capítulo, imprescindível é intruzuir o assunto de princípios constitucionais. Importante tratar da definição de princípios, sua aplicação para melhor entendimento da técnica mais adequada a cada caso de eventual colisão de direitos fundamentais. Imprescindível apresentar aqui as diferentes definições que a doutrina constuiu ao longo dos anos.

Alexy (2008, p. 38) destaca:

Clareza conceitual, ausência de contradição e coerência são pressupostos da racionalidade de todas as ciências. Os inúmeros problemas sistemático-conceituais dos direitos fundamentais demonstram o importante papel da dimensão analítica no âmbito de uma ciência prática dos direitos fundamentais que pretenda cumprir sua tarefa de maneira racional.

Bonavides (2012, p. 264-265) define que “princípio deriva da linguagem de geometria, onde deriva as linguagens primeiras. São princípios, ou seja, porque estão ao princípio, sendo as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geometrico*”.

Para Farias (2000), os princípios são uma importante fonte de interpretação, pois dão ao intérprete/aplicadores da lei, a possibilidade de sair do campo restrito das normas, ou como expressa o autor, *tout court*, nos casos em que as normas precisam ser baseadas em valores fundamentais, dos quais os princípios são portadores.

Farias (2000, p. 24) ainda ressalta:

Nesta hipóteses, os princípios constituem critérios objetivos do processo de interpretação-aplicação do direito, ao exigirem do operador jurídico a referência obrigatória aos mesmos, contolando-se, assim, a discricionariedade do interprete-aplicador, evitando que este lance mão de valorações meramente subjetivas. Assim, é corrente asseverar que os princípios cumprem um papel de limite da interpretação.

Mello (1981, p. 230) define princípios:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Conforme descreve Reale (1998, p. 306) os princípios são “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.

Conforme a definição de Bastos (2000, p. 57), os princípios embasam o sistema jurídico, constituindo proposta lógica e interpretativa das normas:

[...] nos momentos revolucionários, resulta saliente a função ordenadora dos princípios. [...] Outras vezes, os princípios desempenham uma ação imediata, na medida em que tenham condições para serem auto-executáveis. Exercem, ainda, uma ação tanto no plano integrativo e construtivo como no essencialmente prospectivo. [...] Finalmente, uma função importante dos princípios é a de servir de critério de interpretação para as normas. Se houver uma pluralidade de significações possíveis para a norma, deve-se escolher aquela que a coloca em consonância com o princípio, porque, embora este perca em determinação, em concreção, ganha em abrangência.

Silva (2008, p. 82) define que é possível observar a matéria sob um prisma bastante particular, preceitua que:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) “núcleos de condensações” nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, “os princípios, que começaram por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceito básico da organização constitucional.

Ainda, para Bonavides (2011, p. 265) “princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”.

Na ideia de Reale (1980, p. 299), princípios são:

[...] verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas

também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Assim, nos princípios repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores de um sistema. A ideia de princípio designa a estruturação de pensamentos, é de onde os juristas, aplicadores do direito, podem extrair as mais variadas formas possíveis de significações que uma norma posta pode ter.

Deste modo, partindo das considerações acima expostas, que versam sobre os princípios de ordem geral, importante se faz tecer considerações acerca dos princípios constitucionais, dos quais nossa Constituição da República faz prevê.

4.1.1. Princípios Constitucionais

Barroso (1996, p. 142) preceitua que “os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”. De acordo com o autor, os princípios constitucionais são a base fundamental da Constituição, tudo deles se irradia; são um ponto de partida.

Conforme preceitua Ferreira (2004, p. 30):

Os princípios são encontrados em todos os escalões do ordenamento jurídico, porém, os constitucionais são os mais importantes. A Constituição é documento jurídico que contém em seu texto princípios que encarnam valores supremos e superiores havidos na sociedade.

Ainda conforme Ferreira (2004), um princípio está sempre relacionado com outros princípios e normas, que lhes dão equilíbrio e reafirmam sua importância.

Peixinho (2000, p. 111) define princípios constitucionais como:

[...] concepções jusnaturalistas de ideias de justiça esparsas e assistemáticas, ultrapassando, também, as limitações do positivismo, chegando ao neopositivismo para assumirem uma visão de normas-chave do ordenamento jurídico.

Conforme Alexy (2008, p. 117), “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”. Alexy (2008) ainda ensina

que a observância e aplicação dos princípios é de suma importância. Na hipótese de colisão de uma norma e um princípio, como é obrigatória aplicação de princípios válidos, é necessário aplicar a lei do sopesamento.

Silva (1998, p. 84) ainda expõe que os princípios constitucionais:

[...] integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz que explicam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional.

Por conseguinte, tudo que segue os princípios tem de estar em perfeita harmonia e conformidade com seus preceitos.

Tais princípios são valores que servirão de critérios para as futuras normas e serão concretizados à medida que forem sendo editadas normas para efetivação dos direitos. Direitos fundamentais que serão aqui estudados, como exemplo do direito à imagem, o qual constitui um direito da personalidade, e o direito à informação, portanto, essencial a abordagem dos princípios.

4.2. COLISÃO DE PRINCÍPIOS

A aplicação dos princípios em casos concretos pode ter pesos diferentes. Não se dá tal aplicação apenas com base na observância da validade ou não, mas da observância do caso concreto e qual tem maior relevância naquele caso específico. “Se dois princípios colidem [...], um dos princípios terá que ceder” (ALEXY, 2008, p. 93).

Alexy (2008) explana que nem por isso, o princípio que ceder será considerado inválido o ordenamento jurídico. Conforme ele, “na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições” (ALEXY, 2008, p. 93).

Ou seja, uma eventual colisão de princípios, não será resolvida com a invalidação, mas sim com o sopesamento entre os conflitos existentes. Comenta Ávila (2009, p. 145) que:

[...] os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados da razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais.

Diferentemente dos princípios, o conflito entre regras se dá pela observância da validade (ALEXY, 2008).

“Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (ALEXY, 2008, p. 92).

Do mesmo modo, Alexy (2008, p. 93) afirma que “esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat lei generali* [...]”.

Assim, pode-se concluir que os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade. Afinal, diz Ávila (2009, p. 38) que “na medida em que os princípios em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrários das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração da invalidade de uma delas ou com a bertura de uma exceção que exclua a antinomia”.

4.2.1. O princípio da proporcionalidade e a ponderação de princípios

Segundo Steinmetz (2001), para melhor entender o princípio da proporcionalidade é necessário a compreensão dos elementos, ou princípios parciais, que o estruturam. É composto pelos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

“O princípio da proporcionalidade ocupa posição de evidência no Direito Constitucional. Tornou-se, no âmbito dos direitos fundamentais [...], um princípio de máxima importância” (STEINMETZ, 2001, p. 145).

Alexy (2008) afirma que o princípio da proporcionalidade é feito com aplicação da “máxima da proporcionalidade”. Subdivide-se com a aplicação de três “máximas parciais”, a adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O autor explica que a máxima da proporcionalidade é a exigência do sopesamento. A adequação e a necessidade compõe o meio menos gravoso, capaz de confirmar o direito fundamental. Assim, conforme o autor, caso o meio utilizado não confirme, o direito fundamental será inadequado (ALEXY, 2008).

Neste sentido, Canotilho (2002, p. 270) expõe acerca da equação de ponderação proporcional entre o fim buscado em os meios utilizados:

Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as vantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Conforme preceitua Steinmetz (2001, p. 149), “trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido”.

O princípio da necessidade, conforme aborda Alexy (2008), trata-se da verificação de possibilidades fáticas. Neste princípio, verifica-se se a concretização do direito fundamental (medida usada) é a menos gravosa para o direito fundamental.

Para Steinmetz (2001, p. 150):

Na literatura constitucional especializada, este princípio é também conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima. Pergunta-se pela necessidade da decisão normativa restritiva de direito fundamental para atingir o fim constitucionalmente justificado.

Assim, se houver apenas uma medida idônea, verifica-se se não há outra medida, diferente da já utilizada, mas eficaz e adequada igualmente, e menos prejudicial ao direito fundamental do caso concreto. Se houverem vários meios, há a necessidade da escolha do menos gravoso (STEINMETZ, 2001).

Sobre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, “é a ponderação de bens propriamente dita, é o mandato de ponderação” (STEINMETZ, 2001, p. 153).

O terceiro passo é o mandamento de sopesamento propriamente dito. Isso é, analisar as possibilidades jurídicas, e não fáticas, entre cada uma. Assim afirma Alexy (2008, p. 120):

Que uma das alternativas tenha que ser escolhida não é, no entanto, uma questão de possibilidades fáticas, isto é, não é uma questão para o exame da necessidade, mas uma questão de possibilidade jurídica, ou seja, uma questão de sopesamento entre P1 e P2 (proporcionalidade em sentido estrito). É por isso que, caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de P2, ao exame da necessidade deve-se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento.

Diferente dos princípios da adequação e da necessidade, “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito deriva dos direitos fundamentais como mandatos de otimização segundo as possibilidades jurídicas” (STEINMETZ, 2001, p. 153).

Importante, ainda, citar o entendimento de Barroso (2013) sobre o papel do juiz e a possibilidade da discricionariedade para que possa interpretar cada caso concreto à luz do princípio da proporcionalidade. Coloca Barroso (2013) que:

Um intérprete que verifica a legitimidade de condutas alternativas, que faz valorações e escolha, não desempenha apenas uma função de conhecimento. Com maior ou menor intensidade, de acordo com o caso, ele exerce sua discricionariedade. Para que não sejam arbitrárias, suas decisões, mais do que nunca, deverão ser racionais e argumentativamente fundamentadas.

Assim, conforme Steinmetz (2001, p. 155), “a finalidade do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, garantindo a otimização desses direitos segundo as possibilidades fáticas e jurídicas”.

Portanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade é necessária sempre que há a colisão de princípios fundamentais. Havendo mais de um princípio com contraposição no mesmo caso, impõe-se a observação e contraposição proporcional dos princípios aplicáveis.

4.3. A COLISÃO ENTRE O DIREITO À IMAGEM E O DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

O primeiro autor a desenvolver a teoria dos estudos da colisão de direitos foi Thibaut. Este autor, com seus estudos, intuiu a impossibilidade de exercício

simultâneo de direitos. Ele afirma que o exercício de qualquer direito pode impedir o exercício de outro (SEQUEIRA, 2004).

“A doutrina, praticamente em uníssono, tem considerado a colisão de direitos como um limite ao exercício dos direitos” (SEQUEIRA, 2004, p. 10).

É unanimemente aceite, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, que um pressuposto essencial da colisão de direitos é a presença de uma pluralidade de direitos (SEQUEIRA, 2004).

Sequeira (2004, p. 12-13) ainda cita a opinião de outros dois doutrinadores:

[...] Wittkowsky concluiu que, na verdade, é possível uma pessoa ser destinatária de dois imperativos contraditórios: o poder concedido por força do seu direito e o dever ordenado em virtude do direito de outra pessoa. Esta perplexidade é que, na realidade, individualiza a figura da colisão. Ora, para que semelhante perplexidade suceda não é necessário que esteja na fase de exercício, bastando que seja previsível o confronto dos direitos quando forem exercitados.

Ferrini, o qual pura e simplesmente, nega a existência de colisão de direitos. Com efeito, para este autor, da mesma forma não é possível, no seio de um ordenamento jurídico, verificar-se uma verdadeira contradição entre duas normas, também não é viável a ocorrência de um conflito entre dois direitos, uma vez que a lei não pode proteger direitos contraditórios.

Para Alexy (2008, p. 128):

[...] a colisão de princípios se dá em plano axiológico, não podendo, pois, haver preponderância de um sobre o outro, mas sim a ponderação dos interesses jurídicos em conflito, no intuito de harmonizá-los para, então, alcançar solução, sendo garantida a menor constrição possível.

Assim sendo, a colisão de princípios se dá quando estão em jogo dois direitos fundamentais amplamente válidos. Desta colisão não se deve excluir qualquer um deles, mas sim, aplicar-se em cada caso concreto a medida de valoração que cada um tem no respectivo caso.

4.3.1. O direito à imagem versus o direito à liberdade de informação

Farias (2000) narra que o direito à imagem e à intimidade se distinguem, porém, muitas vezes se conectam. Esclarece que “os direitos em epígrafe possuem

duplo caráter: além de constituírem direitos fundamentais são ao mesmo tempo direitos da personalidade, isto é, essenciais e inerentes à pessoa [...]” (FARIAS, 2000, p. 130).

Conforme o autor, pode acontecer de expor a imagem sem, no entanto, afetar a intimidade. A exemplo, se uma pessoa dispor de sua imagem para publicação, provavelmente também estará dispondo da sua intimidade. Também, se uma pessoa permite a republicação desta imagem, a intimidade já não mais vai estar sendo invadida. “Isto é, na hipótese de republicação de retrato, o objeto do direito é apenas a imagem e não a intimidade, vez que esta já fora invadida quando da primeira publicação” (FARIAS, 2000, p.150).

Sobre o direito a honra entende Farias (2000, p. 152) que “[...] a tese de que o direito à honra absorve o direito à imagem não se justifica porque a exposição ou publicação da imagem pode ser ilegítima, ainda que não aporte prejuízo ao decoro ou a reputação.”

Assim, nem sempre o direito à imagem está ligado com o direito à honra, por exemplo, a imagem de uma pessoa pode ser publicada para fins comerciais sem a sua anuência, sem que necessariamente sua honra ou reputação sejam prejudicados.

4.3.2. O direito à liberdade de informação

A comunicação social, inerente à sociedade moderna, é trazida, conforme Farias (2000, p. 159) de modo que “a liberdade de expressão e informação deduz-se da liberdade de manifestação do pensamento.”

A liberdade de informação exercida por profissional de comunicação social, em que atinge seu limite máximo, tem limites. Além do limite interno da informação, o qual constitui a veracidade das informações, o direito à imagem constitui um limite externo a liberdade de informação.

Esta liberdade deve estar compatível com os direitos fundamentais, titulados conforme o exposto acima, como direitos da personalidade, dos cidadãos afetados pelas opiniões e informações publicadas pelos veículos de informação (FARIAS, 2000).

Deste modo, não sendo os direitos fundamentais absolutos e ilimitados, podem entrar em colisão. Assim explica Steinmetz (2001, p. 63):

Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são abertos, móveis, e, mais precisamente, esses princípios, esses princípios podem, justamente, por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada. Em outras palavras, os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*.

Conforme Steinmetz (2001, p. 63), “as normas de direitos fundamentais se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões”. O autor ainda explica que onde há vários direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões.

Para Godoy (2001), o direito a personalidade e a liberdade de informação se comportam como regra, para melhor garantir sua proteção. Porém, não perdem seu caráter principiológico, não tendo a aplicação como as regras.

Cabe ainda realçar o que afirma Godoy (2001, p. 68):

Como princípios que são os direitos a personalidade e a liberdade de imprensa suscitam constante concorrência, cedendo um diante do outro, conforme o caso, e no mínimo possível, mas nunca se excluindo, reciprocamente, como aconteceria se se tratasse de simples regra.

Sobre a colisão do direito à imagem e à liberdade de informação, Farias (2000, p. 171) afirma:

A colisão dos direitos à imagem versus à liberdade de expressão e informação significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente. Por outro lado, conforme exposto, a liberdade de expressão e informação, estimada como um direito fundamental que transcendo a dimensão de garantia individual por contribuir para a formação da opinião pública pluralista, instituição considerada essencial para o funcionamento da sociedade democrática, não deve ser restringida por direitos ou bens constitucionais, de modo que resulte totalmente desnaturalizada.

Para Godoy (2001, p. 70), “nenhum desses princípios contempla previsão especial que, por essa especialidade, sirva a derogar o outro, de conteúdo geral”.

Ainda Larenz (*apud* Godoy, 2001, p. 70) assevera:

Haverão de confrontar entre si: de um lado, a importância para a opinião pública do assunto em questão, a seriedade e a intensidade do interesse na informação; de outro lado, a espécie e a gravidade do prejuízo causado ao bem da personalidade.

Portanto, não tendo hierarquia entre esses princípios, a solução não pode ser dada com base em revogação ou validade de um em face do outro.

Desse modo, quando há colisão do direito à imagem com a liberdade de informação, a solução se dá pela ponderação do caso concreto, atendendo o que melhor se enquadra para a sociedade protegida. Conforme exposto anteriormente, utiliza-se do princípio da proporcionalidade como critério da ponderação.

4.4. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

A solução para o conflito do direito à imagem e a liberdade à informação se dá pela aplicação do princípio da proporcionalidade, observado o critério da ponderação.

Em que pese tal solução, nada impede que o magistrado utilize-se de casos concretos, no caso a jurisprudência, para instruir sua decisão.

Não obstante a discussão doutrinária acerca da validade da jurisprudência como fonte de direito – e aqui vale apenas citar a discussão, sendo contra este entendimento Gomes (2002) e Pereira (2004), mas também a favor Montoro (2000) – imprescindível é que a jurisprudência assume hodiernamente um papel relevante para a solução dos embates jurídicos.

Gomes (2002, p. 47) deixou assente que “as normas legais nunca são completas e exatas, toca ao judiciário uma importante missão na exegese e atuação do ordenamento jurídico que aspira a ser um regramento universal e sem lacunas [...]. Assim, embora não se possa tecnicamente qualificar, entre nós, a jurisprudência como uma fonte formal de Direito, irrecusável é a relevância da sua missão auxiliar na formação da vontade normativa prática”.

4.4.1. Pessoas públicas e notórias

Erroneamente, segundo Farias (2000), é comum as pessoas falarem que as pessoas públicas e notórias não possuem direito à imagem e a vida privada, podendo os veículos de informação poderem publicar a vontade suas imagens e informações livremente. “As pessoas célebres, em face do interesse que despertam na sociedade, sofrem restrição no seu direito à imagem” (FARIAS, 2000, p. 153).

Bastos (1989) explica que o problema destas pessoas é que elas vivem da sua imagem e em consequência de sua profissão estão constantemente sendo colocadas em exposição pública, sendo motivos de interesse público, mesmo que da forma não tão adequada.

Nesse sentido, ensina Bastos (1989, p. 62):

É curial que estas pessoas que profissionalmente estão ligadas ao público, a exemplo dos políticos, não possam reclamar um direito á imagem com a mesma extensão daquele conferido aos particulares não comprometidos com a publicidade. Isto quer dizer que estas pessoas estejam sujeitas a ser filmadas ou fotografadas sem o seu consentimento em lugares não-públicos, portanto privados, e flagradas em situações nao das mais adequadas para o seu aparecimento.

O autor ainda exemplifica e faz referências a alguns locais em que a mídia faz reportagens e referência ao seu nome, com fotografias. O autor menciona “[...] restaurantes, casas noturnas, boites, hotéis e motéis, em que o público e o particular se entrelaçam de uma maneira quase inextrincável” (BASTOS, 1989, p. 64).

Farias (2000, p. 154) faz menção a acontecimentos das pessoas públicas e notórias em que são de interesse público, não ferindo, pois, sua imagem, dizendo que “[...] acontecimentos de interesse público ou realizados em público, não exige o consentimento do sujeito quando a divulgação de sua imagem estiver ligada a fatos, acontecimentos ou cerimoniais de interesse público.”

Importante ressaltar que os veículos de informação devem agir com responsabilidade ao noticiar fatos de pessoas públicas e notórias. Salienta que a mídia sensacionalista não se molda para fins informativos, gerando, assim, afronta ao direito à imagem dessas pessoas.

Sobre o tema Godoy (2001, p. 82) afirma:

Mas ainda, e de outra parte, não se concebe que direitos da personalidade, mesmo de pessoas públicas e notórias, possam ser afrontados para fins comerciais. E pelo simples fato de que, afinal, nessas hipóteses desvirtua-se qualquer interesse jornalístico para dar lugar ao interesse publicitário, o que não se justifica. Não há, enfim, nesses casos, interesse público que permita a vulneração de direitos da personalidade, mesmo daquelas pessoas públicas ou notórias. Isso inclusive quando o fato noticiado seja verdadeiro.

De acordo com as questões apresentadas, o entendimento dos autores supracitados indica que a pessoa, por mais que seja pública, desfruta de seus momentos de intimidade, tendo garantida a proteção aos seus direitos de personalidade, em momentos que não esteja trabalhando.

4.4.1.1. A Ação Inibitória promovida por Daniela Cicarelli e a aplicação do princípio da proporcionalidade na resolução do caso

Recentemente tornou-se público nos sites da internet, mais precisamente no sítio *YouTube*, o vídeo da apresentadora Daniela Cicarelli e seu então namorado em cenas íntimas em praia na Espanha.

O vídeo teve grande repercussão pública, até o ponto em que a apresentadora ingressou com uma ação judicial para cessar a reprodução do vídeo, obrigando a empresa a retirar o vídeo do ar.

O acórdão aqui utilizado para ilustrar o tema deste trabalho, é a decisão da Apelação Cível n. 556.090.4/4-00, julgada pela 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, interposta pela apresentadora Daniela Cicarelli, contra a sentença que julgou improcedente a ação inibitória em primeiro grau.

Inicialmente, importante ressaltar que o objeto de estudo deste trabalho é a proibição e interrupção da violação do direito à imagem e não a busca de indenização por violação deste direito. Assim esclarece o desembargador relator Ênio Santarelli Zuliani no acórdão:

[...]

É importante sublinhar que a ação manejada pelos autores é inibitória, o que dispensa a prova do dano concreto. Os autores não estão pretendendo obter indenizações, mas, sim, comando proibitivo da transmissão de imagens que foram captadas de forma ilícita e que expõem predicados íntimos e de absoluta reserva. Não é porque os dois namoraram ou transaram na praia que se legaliza a exploração, na *internet* e outros meios,

das cenas que não foram produzidas para deleite do público. (BRASIL, 2013-E).

Conforme todo o exposto nos capítulos anteriores deste trabalho, inicialmente, a exposição do vídeo, capturado de forma clandestina, viola direitos a personalidade, mais precisamente o direito à imagem, considerado essencial direito fundamental.

Assim se extrai do acórdão que julgou o presente caso:

[...] a exibição das filmagens captadas de forma clandestina quando se encontravam na praia de Cadiz, na Espanha, configura ofensa a direitos da personalidade e que são tutelados no ordenamento jurídico. O objetivo dos autores é o de evitar a continuidade da transmissão das cenas de intimidade, nos termos do artigo 5º, X, da Constituição Federal [...]. (BRASIL, 2013-E)

Nesse sentido é o voto do desembargador relator Ênio Santarelli Zuliani (BRASIL, 2013-E), o qual preceitua a distinção de uma notícia do flagra do casal e a exposição das imagens em rede pública sem o consentimento do casal:

A notícia do fato escandaloso ainda pode ser admitida como lícita em homenagem da liberdade de informação e comunicação, o que não se dá com a incessante exibição do filme, como se fosse normal ou moralmente aceito a sua manutenção em *sites* de acesso livre. Há de ser o Judiciário intransigente quando em pauta a tutela da esfera íntima das pessoas que não autorizaram a gravação das cenas e a transmissão delas.

O desembargador ainda afirma, na decisão do Agravo de Instrumento n. 472.738-4 relacionado ao processo em questão, que “a doutrina é uníssona em reconhecer a utilidade da tutela inibitória em casos de ofensa ao direito à imagem por meios de comunicação, até porque isso está previsto no art. 12 e 21, do Código Civil” (BRASIL, 2013-D).

Conforme o desembargador relator, não há dúvida que houve violação do direito à imagem dos autores da ação. Relata ainda que, em que pese serem cenas de sexo as mais íntimas de um casal, não justifica por serem pessoas públicas, que sejam de interesse público:

Os apelantes estão suportando violações não somente do direito à imagem, como da intimidade [leia-se vida privada] e convém colocar um fim a essas invasões. As cenas são de sexo, atividade mais íntima dos seres humanos. Ainda que as pessoas tenham errado e *errare humanum est* quando cederam aos impulsos dos desejos carnis em plena praia, a ingerência

popular que se alardeou a partir da comercialização do vídeo produzido de forma ilícita pelo *paparazzo* espanhol, afronta o princípio de que a reserva da vida privada é absoluta, somente cedendo por intromissões lícitas. (BRASIL, 2013-E).

Ressalta-se, conforme o constante no acórdão, existe um sensacionalismo da mídia, o que não é admissível, segundo o acórdão, que seja encarado como plena liberdade de informação. “Há de ser o Judiciário intransigente quando em pauta a tutela da esfera íntima das pessoas que não autorizaram a gravação das cenas e a transmissão delas” (BRASIL, 2013-E).

Ainda, o desembargador relator ressalta que mesmo sendo pessoas públicas, não podem dispor do direito à intimidade. Assevera sobre a diferença de disporem da sua imagem, quando autorizadas, ou quando flagradas em momentos que não ferem sua privacidade e intimidade, e em momentos que a mídia entra na sua intimidade. “É preciso eliminar a confusão que se faz do direito à vida privada, mesmo de pessoa célebre ou notória, com preservação do direito à reserva da intimidade.”

A respeito disso, extrai-se ainda trechos do acórdão:

[...] admite que a notoriedade de políticos e celebridades implica em restrição da privacidade e adverte: “nunca ao ponto de atingir as esferas secreta e íntima”. Portanto, há um equívoco na defesa de eventual liceidade da exibição de cenas íntimas do casal, que o próprio coletor das imagens admitiu ter obtido de maneira clandestina [cf. entrevista do fotógrafo espanhol Miguel Temprano às fl.841], por ser DANIELLA CICARELLI apresentadora de TV (BRASIL, 2013-E)

No mesmo íterim:

O Acórdão atentou para um valor fundamental da dignidade humana [art. 1º, III, da CF], optando pela consagração de um enunciado jurídico que estabeleça um basta contra essa atividade criminosa e que se caracteriza pela retransmissão, contra a vontade das pessoas filmadas clandestinamente, de imagens depreciativas e que humilham os protagonistas, seus conhecidos, os parentes e suas futuras gerações. (BRASIL, 2013-E)

O desembargador, no seu voto a favor do deferimento da medida expõe que não há motivos para a continuidade da exposição do vídeo, por não haver utilidade alguma para o público no sentido de conhecimento. Do contrário, a exposição do vídeo somente atrai a curiosidade da intimidade das celebridades.

Explana que “[...] apagar o sinal para preservar a imagem do casal não guarda razoabilidade” (BRASIL, 2013-E), E ressalta que o site, além de ter a publicação de vídeos dessa espécie, é de grande importância ao público, pois hospeda vídeos realmente com conteúdos informativos e educacionais.

Desse modo, segundo o acórdão, conclui não ser razoável a retirada do site, devendo a empresa elaborar um método rastreador do vídeo do casal e retirá-los de circulação.

4.4.1.2. Do voto divergente do desembargador Teixeira Leite vencido por maioria dos votos no Agravo de Instrumento n. 472.738-4 do TJ/SP

No julgamento do Agravo de Instrumento n.472.738-4, o qual reformou a decisão liminar em sede de tutela antecipada, julgando no sentido de deferir a antecipação de tutela para retirar do ar o acesso ao vídeo do casal, o desembargador Teixeira Leite discorda do voto do desembargador relator:

[...] não se pode cogitar de direito à privacidade ou à intimidade quando os autores, apesar de conscientes de serem figuras públicas, em especial a modelo Daniela Cicarelli (e quem a acompanha evidentemente não ignora o fato), se dispõem a protagonizar cenas de sensualidade explícita em local público e badalado como é a praia em que estavam, uma das que compõem o que se poderia chamar de riviera espanhola, situada na Costa da Andaluzia, no município de Cadiz. (BRASIL, 2013-D)

Assevera que, “a análise de qualquer direito fundamental que não considere este novo veículo de comunicação será inadequada”. Aduz que a rede e computadores, se tornou algo ágil e rápido, não podendo ser responsabilizada pelo comportamento dos autores, os quais, “revelam de modo claro que não houve nenhuma preocupação dos autores com a possibilidade de serem vistos, olhados, fotografados e filmados” (BRASIL, 2013-D).

Segue um excerto da decisão aqui mencionada:

[...]

Também a liberdade da imprensa e o direito à informação pelos veículos de comunicação social não podem mais ser pensados sem a força da presença da internet, dada à rapidez com que os fatos são divulgados e vistos pelos que freqüentam a rede mundial de computadores (BRASIL, 2013-D).

Para o desembargador Teixeira Leite, a internet é um veículo de informação, capaz sim de recrutar informações de famosos, pessoas essas públicas e notórias, não deixando de ser essa informação pública, apesar de não educativa, objeto do direito à informação. Para o desembargador, essa decisão de proibir o acesso seria:

[...] forma de traduzir o também novo sentimento jurídico acerca de qualquer tipo de censura ligado às empresas nacionais que mantêm páginas na internet, esta maravilhosa rede de computadores que encurtou todas as distâncias, que fez o tempo passar tão velozmente a ponto de o furo de reportagem da manhã estar envelhecida no começo da tarde, e em que o mundo, com os seus fatos importantes e de interesse geral da sociedade, aparece a um clique na tela do computador pessoal de cada cidadão (BRASIL, 2013-D).

Para o desembargador, esta violação partiu decisivamente sob a responsabilidade dos autores, os quais não se importaram na exposição das cenas. Para ele, os autores estavam “[...] cientes de serem vistos e olhados por quem lá estava, e conscientes de que deveriam estar sendo fotografados e filmados” (BRASIL, 2013-D).

Finaliza o desembargador expondo que por ser de responsabilidade das partes a exposição, “não vislumbro expectativa de direito razoável bastante para afirmar a violação do direito à imagem” (BRASIL, 2013-D).

Ressalta-se, em que pese o voto do desembargador Teixeira, a decisão do Agravo de Instrumento n. 472.738-4, conforme o acórdão da decisão de apelação cível n. 556.090.4/4-00, o conflito do direito à imagem e a liberdade de informação, em um nível de proporcionalidade, pode-se concluir que a inibição da informação pode voltar ao seu estado natural após uma revogação da medida. Do contrário, a imagem, caso negado o deferimento da medida, jamais voltará ao seu estado normal, partindo para a esfera da indenização.

5. CONCLUSÃO

Em todo o trabalho, pode-se perceber que em um estudo acerca da colisão do direito à imagem com à liberdade à informação, muitos são os elementos a serem observados para chegar a uma solução notadamente dada pela doutrina e jurisprudência dominante.

Em um primeiro momento, como importantes objetos para todo o trabalho desenvolvido, pode-se transigir acerca dos direitos à personalidade, seu contexto histórico, características e natureza. Ainda, como um verdadeiro direito da personalidade, importante foi abordar acerca do direito à imagem, que além de ser um direito da personalidade previsto no Código Civil, está previsto como direito fundamental na Constituição Federal. Ainda, foi de importante ressalva discorrer os conceitos do direito à informação e à honra, preceitos fundamentais. Partindo ainda desse mesmo capítulo, imprescindível foi discorrer acerca da contextualização histórica desses princípios. Quanto ao direito à liberdade de informação, aqui, pode-se perceber que o jornalismo tem mudado o seu foco, partindo do foco de informação pública para o sensacionalismo midiático. Assim, foi feita uma abordagem acerca dos limites à liberdade de informação, e até que ponto as informações são de caráter interesse público ou simples invasão de privacidade das pessoas, violando muitas vezes o direito à imagem das figuras expostas de forma indevida.

No segundo capítulo, importante foi abordar o conteúdo das tutelas preventivas capazes de defender direitos fundamentais. Aqui, pode-se perceber com todo o conteúdo doutrinário exposto, que em um caso de violação ou receio de um direito fundamental a ser ameaçado, como o direito à imagem, a medida certa a ser imposta é aquela que impeça ou cesse a reprodução dessa violação. Neste capítulo, como aprofundamento, foi abordado que a tutela inibitória, juntamente com outras medidas preventivas, concluindo ser a medida preventiva mais adequada para proteção desses direitos. Ressalva importante foi feita neste trabalho, em que a lentidão do procedimento comum ordinário poderia acarretar a perda do direito objeto da ação. Importante foi abordar seu conteúdo histórico, não só no Brasil, mas em todo o mundo.

Em um terceiro momento deste trabalho, foi abordado o tema da colisão dos direitos fundamentais em si, abordando como ilustração do tema, o caso da ação inibitória intentada por Daniela Cicarelli e seu então namorado, objetivando cessar o acesso ao vídeo capturado de forma clandestina da atriz em cenas de sexo com seu namorado em uma praia na Espanha. Para a desenvoltura deste capítulo, importante foi esclarecer o tema princípios constitucionais e suas diferentes abordagens de doutrinadores. O princípio da proporcionalidade, conforme todo o exposto, foi a inegável resolução para uma eventual colisão de princípios fundamentais. Pode-se concluir que em uma colisão de direitos fundamentais, necessária se faz a análise de cada caso concreto, em que, diferente da colisão entre regras, nenhum direito é invalidado do ordenamento jurídico, mas sim, sopesado em cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. – São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**. Temas atuais de Direito Processual Civil. v.6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. – São Paulo: Malheiros, 2009. 195 p.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. – São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade**. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: (www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm), Acessado em: 21 abr. 2013.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21^a.ed. – São Paulo: Saraiva, 2000. 503 p.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 5. ed. Atualizada por Eduardo Cardoso Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. – São Paulo: Malheiros, 2012. 863 p.
- BORGES, Roxana Cardoso. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 984803**. Relatora Mina. Nancy Andrighi, julgado em 26 mai. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200702099361&pv=010000000000&tp=51>, Acessado em: 07 jun. 2013-A.
- _____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2008.049620-5**, de Florianópolis, Relator Des. Fernando Carioni, julgado em 04 dez. 2008. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com/jurisprudencia/6464319/apelacao-civel-ac-496205-sc-2008049620-5/inteiro-teor-12577686>, Acessado em: 07 jun. 2013-C
- _____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 472.738-4**. 4^o Câmara de Direito Privado. Relator Des. Carlos Teixeira Leite Filho, julgado em 12 jun. 2008. Disponível em:

<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=jurisprudencia&id=190>, Acessado em: 26 maio 2013-D.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 556.090.4/4-00**. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Ênio Santarelli Zuliani, julgado em 12 jun. 2008. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/acordao_cicarelli.pdf, Acessado em: 29 maio 2013-E.

_____. **Vade Mecum**: Legislação selecionada para OAB e Concursos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013-F.

BRUNO, Torquato de Oliveira Neves. **Revisão Crítico-Discursiva dos Direitos de Personalidade**. 2007. 36 f. Tese (Pós-Graduação em Direito, com título em Doutor em Direito Privado). Pontifícia Universidade Católica, Minas Gerais. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NavesBT_1.pdf, Acessado em: 24 março 2013-G.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**: Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CELSO, Ribeiro Bastos; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários a Constituição do Brasil**. 2.v. – São Paulo: Saraiva, 1989.

CODIGO DE HAMURABI; Código de Manu, excertos: (livros oitavo e nono): Lei das XII Tabuas. São Paulo: Edipro, 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. v.1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. V.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRETELLA, Júnior. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Quorum, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 20.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ECHTERHOFF, Gisele. **Os dados genéticos e o direito à privacidade**: a declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos. 2006. 126 f. Tese (Mestrado em Direito Econômico e Social). Pontifícia Universidade Católica, Paraná. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14842/9963>. Acesso em: 03/04/2013.

FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2ª ed. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERREIRA, Suzana Maria da Glória. **O princípio da igualdade no direito de família à luz do novo Código Civil**. Tese (Mestrado em Direito) PUC/SP. – São Paulo: Biblioteca da PUC, 2004. p. 30.

FRANCA, Limonji Rubens. **Instituições do Direito Civil**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GAMA, Ricardo Rodrigues. O passado da tutela inibitória no Brasil. **Revista Jurídica (campinas)**, Campinas: v.15, n.1, p.62-68.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. – São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18ª ed. atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. – Rio de Janeiro: Forense, 2002. 562 p.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o Direito à Imagem**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 2. ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória (Individual e coletiva)**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Técnica Processual e tutela dos direitos**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial tomo VII. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 620 p.

MORAES, Alexandre, de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972, p. 64.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva**: Temas de direito processual civil. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

NEVES, Marcos. **O Teatro Grego**. Disponível em:
<http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/historia-do-teatro/teatro-grego-5.php>,
 Acesso em: 17/08/2012.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 2.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20ª ed. revista e atualizada com o Código Civil de 2002. Atualizadora: Maria Celina Bodin de Moraes. – Rio de Janeiro: Forense, 2004. 718 p.

PIERANTI, Octavio Penna; MARTINS, Paulo Emílio Matos. **Políticas públicas para as comunicações no Brasil**: adequação tecnológica e liberdade de expressão. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, abr. 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-76122008000200005&script=sci_arttext, Acesso em 20/10/2012.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. – São Paulo: Saraiva, 1980. p. 299.

_____. **Fundamentos do direito**. 3. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 34. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1
SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros: 2008.

SEQUEIRA, Elsa Vaz de. **Dos pressupostos da colisão de direitos no direito civil**. Lisboa: Universidade Católica, 2004. 324 p.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. – São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p.p 67- 80.

SPADONI, Felipe Joaquim. **Ação Inibitória**: A ação prevista no art. 461 do CPC. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa ao deveres de fazer e não fazer**: CPC, art. 461; CDC. Art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. 9. Ed. Vol.1. São Paulo: Atlas, 2009.

ANEXO I

Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP.

VOTO Nº: 10448

AGRV.Nº: 472.738-4

COMARCA: SÃO PAULO

Relator Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (4ª Câmara Direito Privado)

AGTE.: RENATO AUFIERO MALZONI FILHO e DANIELLA CICARELLI LEMOS

AGDO.: INTERNET GROUP DO BRASIL LTDA., ORGANIZAÇÕES GLOBO DE
COMUNICAÇÃO e YOUTUBE INC.

Pedido de antecipação de sentença por violação do direito à imagem, privacidade, intimidade e honra de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis - Tutela inibitória que se revela adequada para fazer cessar a exposição dos filmes e fotografias em web-sites, por ser verossímil a presunção de falta de consentimento para a publicação [art. 273, do CPC] - Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC - Provimento, com cominação de multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção.

Vistos.

Os postulantes, RENATO AUFIERO MALZONI FILHO e DANIELLA CICARELLI LEMOS, ingressaram com ação inibitória com o propósito de suspender exibição do filme e de fotos deles, que foram captadas sem consentimento [clandestinidade] em momento de lazer na praia de Tarifa, na costa da Espanha, por um paparazzi e que estão sendo divulgadas em web-sites das requeridas [INTERNET GROUP DO BRASIL LTDA., ORGANIZAÇÕES GLOBO DE COMUNICAÇÃO e YOUTUBE INC.].

Os pretendentes afirmam que está ocorrendo violação aos direitos da personalidade [intimidade, privacidade, imagem], o que autoriza afirmar violação dos arts. 220, § 1º e 5º, X, da CF e 12 e 21, do Código Civil e não se conformam com o indeferimento da tutela antecipada, argumentando que o fato de as imagens terem sido captadas em local público [praia] não autoriza a publicidade sem consentimento, como está se verificando.

Decide-se.

Cumpre, inicialmente, estudar a possibilidade de ser concedida tutela antecipada inaudita altera parte, devido à forte oposição a esse tipo de medida, em virtude do art. 5º, LV, da CF. Evidente que seria recomendável citar as requeridas para resposta, o que garantiria segurança da decisão judicial a ser proferida. Ocorre que o direito dos envolvidos requer uma tutela de emergência, caracterizando uma situação em que as providências de citação agravariam o risco de dano [periculum in mora]. Nesse contexto, viável antecipar a tutela, ainda que sem a citação das requeridas.

Aliás, deve ser consignado que o julgamento está ocorrendo em razão do art. 434, 3º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo que fica indeferido o pedido de adiamento formulado pela Internet GROUP DO BRASIL LTDA.. A requeridas não foram citadas na ação, e isso autoriza o julgamento imediato competindo às interessadas apresentarem seus argumentos antes do julgamento.

Em seguida, não custa realçar a importância dos direitos da personalidade no estágio atual do Direito. O direito à imagem, antes do Código Civil, era protegido graças ao empenho dos doutrinadores, como CARLOS ALBERTO BITTAR, que sempre defendeu o conceito de resguardo da intimidade e da imagem retrato, ainda que em se cuidando de pessoas famosas, como artistas, que, igualmente, não merecem testemunhar agressões de sua imagem em revistas de sexo, de pornografia e ilustrações de textos indecorosos [Os Direitos da Personalidade, 2ª edição, Forense Universitária, 1995, p. 91].

Aliás, sobre essa circunstância e devido ao fato de a questão atingir pessoa conhecida, como Daniela Cicarelli, é de rigor mensurar se a informação que está sendo transmitida caracteriza adequada utilidade de conhecimento, isto é, se é bom para a sociedade insistir na transmissão do vídeo em que os dois cometem excessos à beira-mar. Não soa razoável supor que a divulgação cumpre funções de cidadania; ao contrário, satisfaz a curiosidade mórbida, fontes para mexericos e "desejo de conhecer o que é dos outros, sem conteúdo ou serventia socialmente

justificáveis" [GILBERTO HADDAD JABUR, "A dignidade e o rompimento da privacidade", in *Direito à Privacidade, Idéias e Letras*, 2005, p. 99].

Não há motivo público que justifique a continuidade do acesso. Verifica-se que a tutela antecipada foi indeferida sob o fundamento de que não haveria ato ilícito na captação de imagens de banhistas que se beijam e trocam ousadas carícias em público, circunstância que excluiria ofensa a "direito à imagem ou desrespeito à honra, à intimidade ou à privacidade dos autores". Respeitada a convicção do ilustre Magistrado, era caso de atender os autores.

O direito à imagem sofre, não se discute, temperamentos. Não é absoluto, embora de cunho potestativo [somente o titular poderá dele dispor, mediante consentimento] cede frente ao interesse público preponderante. A pessoa não poderá se opor, por exemplo, que sua imagem-retrato seja incluída como parte de um cenário público, como quando é fotografada participando de um evento público, de uma festa popular, de um jogo esportivo, etc. Alguns segredos de pessoa notória podem ser contados e não filmados, com a discricção necessária, em obras biográficas, como anota, na Itália, LUIGI GAUDINO [La responsabilità extracontrattuale, Giuffrè, Milano; 1994, p 248]: "sarà cioè lecita la narrazione della biografia, non già la trasposizione cinematografica di episodi della sfera intima di una persona riproposti esclusivamente per appagare la curiosità altrui"

Contudo, como adverte a Professora MARIA HELENA DINIZ ["Direito à imagem e sua tutela", in *Estudos de Direito de Autor, Forense Universitária*, 2002, p. 101], essa restrição é legítima quando a figura da pessoa não é destacada com insistência, pois o objeto da licença é o de divulgar uma cena em que a imagem da pessoa seja parte integrante [secundária]; aqui, no entanto, o que se verifica é a exploração das imagens das pessoas na praia e não o contrário. Ficou conhecida, na Itália, a sentença que responsabilizou a conhecida canal RAI de televisão, por reproduzir imagem ridícula de torcedor de futebol, captada em pleno estádio "precisamente con un dito infilato nella boca aperta" [GIOVANNA VISITINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, Milano; 2005, p. 468].

A situação de Renato e Daniella é muito pior do que a do italiano flagrado com um dedo na boca.

Não cabe ignorar o precedente do colendo STJ [Resp. 595.600 SC, DJ de 13.9.2004], pelo qual foi rejeitada indenização de dano moral por divulgação de retrato de moça que tomava sol, na praia, de topless. Todavia, não devemos esquecer, igualmente, que caso semelhante foi julgado de forma diferente pelo STJ de Portugal, quando se reconheceu a culpa pela publicação da foto de mulher "quase completamente nua (em topless) na praia do Meco, considerada um dos locais onde o nudismo se pratica com mais intensidade, número e preferência, mesmo que se admita ser essa pessoa fervorosa adepta ao nudismo" [nota 818, de p. 324, da obra de CAPELO DE SOUSA - O Direito Geral de Personalidade, Coimbra; 1995].

Resulta que não há uniformidade sobre essa importante variante do direito contemporâneo. Não é permitido afirmar, de forma categórica, no intróito da lide, que os jovens que protagonizaram cenas picantes não possuem direito de preservarem valores morais, como o de impedir que esses vídeos continuem sendo acessados por milhares de internautas, porque isso constrange e perturba a vida dos envolvidos, como relatado nos autos. E, na dúvida sobre o direito preponderante, "o privilégio sempre há de ser da vida privada. Isso por uma razão óbvia: esse direito, se lesado, jamais poderá ser recomposto em forma específica: ao contrário, o exercício do direito à informação sempre será possível a posteriore, ainda que, então, a notícia não tenha mais o mesmo impacto" [SÉRGIO CRUZ ARENHART, A tutela inibitória da vida privada, RT, 2000, p. 95].

No caso em apreço, segundo consta dos autos, a exposição da imagem dos autores é do tipo que causa depreciação, com ofensa ao resguardo e a reserva, porque são filmagens que estão sendo transmitidas como forte apelo sexual e com sentido obsceno. Nessa situação, lembra ADRIANO DE CUPIS, o consentimento da pessoa, com a exposição de imagem lesiva à honra, é obrigatoriamente expreso e específico [Os Direitos da Personalidade, Lisboa, 1961, p. 140], conceito que se aplica à hipótese, pois, ainda que eles não proibissem a indiscrição do paparazzi,

como se aventou, deveria existir concordância deles para a publicação dos lances íntimos, porque depõem contra o resguardo da privacidade.

Os paparazzi são conhecidos pelo modo agressivo com que atuam na captação das imagens, informa REGINA SAHM [Direito à imagem no direito civil contemporâneo, Atlas, 2002, p. 207], o que caracteriza a ilicitude de suas atividades [voyeurismo]. Negar a tutela antecipada seria premiar a atuação desses profissionais que não pedem autorização para suas filmagens e fotos e, principalmente, legalizar o sensacionalismo e o escândalo propagados pelos meios de comunicação, sem licença dos envolvidos.

A tutela inibitória que está modelada no art. 461, do CPC, foi introduzida no sistema brasileiro para contornar os efeitos da crise do processo de conhecimento [condenatório]. A opção por perdas e danos [tutela ressarcitória] nem sempre atende os interesses imediatos dos titulares do direito subjetivo, pelo que a demora na solução do pedido poderá recrudescer ou ampliar o dano que se busca reparar, inviabilizando a ideologia da satisfação integral do lesado. Daí a necessidade de interditar, bloquear a expectativa de concretização de dano iminente ou paralisar a sua continuidade. Para LUIZ GUILHERME MARINONI, cuja previsão de três anos para o término de um processo é bem otimista, afirma que, "se alguém teme que seu direito à imagem seja violado, continue a ser violado ou seja novamente violado, não pode se dar ao luxo de esperar o tempo necessário ao trânsito em julgado da sentença cominatória" [Tutela inibitória, RT, 1998, p. 70].

A doutrina é uníssona em reconhecer a utilidade da tutela inibitória em casos de ofensa ao direito à imagem por meios de comunicação, até porque isso está previsto no art. 12 e 21, do Código Civil, valendo mencionar a obra de EDUARDO TALAMINI, Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, RT, 2001, p. 440, que sugere aplicação da multa para dissuadir o ofensor. No campo da informática, destaca-se a doutrina autorizada de DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO [Responsabilidade por publicações na Internet, Forense, 2005, p. 149] e RICARDO LUIZ LORENZETTI [Comércio Eletrônico, RT, 2004, p. 435]. ELIMAR SZANIAWSKI afirmou [Direitos de personalidade e sua tutela, 2ª edição, RT, p. 2005]:

"A vítima terá por escopo obter, por parte do Judiciário, a cessação da execução da violação. A interdição da perturbação dar-se-á através de tutela inibitória, que além de fazer cessar o atentado atual e contínuo, removendo os efeitos danosos que são produzidos e que se protraem no tempo, possui natureza preventiva contra a possível prática de novos atentados pelo mesmo autor. As ações típicas destinadas para tutelar preventivamente a vítima de atos atentatórios ao seu direito de personalidade, consiste na ação inibitória antecipada, na ação de preceito cominatório, da tutela antecipada e das medidas cautelares atípicas, como a busca e apreensão e o seqüestro, e das medidas cautelares atípicas".

Os postulantes afirmam que não autorizaram as fotografias e as filmagens, e isso é verossímil, uma conclusão que se toma diante das circunstâncias em que foram fotografados e filmados. O Juiz poderá aplicar o art. 335, do CPC, para entender que, até prova em contrário, é permitido presumir que não autorizaram que seus momentos de intimidade fossem divulgados pelo mundo todo, como está ocorrendo. Há reclamação da parte dos envolvidos de que a maciça divulgação das cenas, da forma pornográfica e escandalosa que se confirma pelos documentos juntados, está repercutindo mal no ambiente de trabalho deles, o que é um motivo de reforço da tutela que se concede, originariamente, para preservação de sentimentos e direitos fundamentais da dignidade humana [art. 1º, III, da Constituição Federal].

Não importa que seja verdade; os autores da ação querem preservar direitos tutelados pela Constituição Federal, de modo que as cenas de suas vidas privadas não podem ser mais veiculadas. O interesse do público não é mais importante que a evolução do Direito da intimidade e da privacidade e que estão sendo seriamente e gravemente afetados pela exploração da imagem.

A tutela inibitória a ser concedida impedirá que as requeridas permitam acesso ao filme e às fotografias, conforme pedidos dos itens "a" e "c", da inicial [fl. 40/41], arbitrada, para cada uma das rés, a multa diária de R\$ 250.000,00 [duzentos e cinquenta mil reais] em caso de desobediência. É necessário abrir um parágrafo para justificar o arbitramento da multa que é prevista no § 5º, do art. 461, do CPC. Foi oportuna a intervenção do digno Des. TEIXEIRA LEITE, no sentido de deixar transparente que a medida se destina exclusivamente ao patrimônio das requeridas.

Tendo em vista que o vídeo não contém matéria de interesse social ou público, há uma forte tendência de ser, no final, capitulada como grave a culpa daqueles que publicaram, sem consentimento dos retratados e filmados, as cenas íntimas e que são reservadas como patrimônio privado. Portanto e porque as pessoas envolvidas são conhecidas, a exploração da imagem poderá ter um sentido e uma conotação mercantilista, o que justifica mensurar a astreinte na mesma proporção das vantagens que as requeridas pretendem auferir com a divulgação, sob pena de se tornar inócua a providência judicial.

Pelo exposto, dá-se provimento para conceder a tutela antecipada, inaudita altera parte, nos moldes do pedido inicial, expedindo-se, com urgência, ofício para que o Juízo de Primeiro Grau expeça comunicado, via fax, para que as rés cumpram a ordem de abstenção, sob pena de multa diária de R\$ 250.000,00, para cada uma, em caso de transgressão.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI

Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

Tutela antecipada. Pedido de retirada de filme exibido em site mantido pelas agravadas ao fundamento de violação ao direito de privacidade e imagem. Inadmissibilidade. Ausência da prova da verossimilhança se o filme é verdadeiro e apenas reflete as cenas explícitas de beijos, abraços e carícias, protagonizados pela modelo Daniela Cicarelli e seu namorado numa praia pública e badalada da costa espanhola. Direito à imagem que tem como princípio informador, em especial quando se trata de pessoas públicas, a própria conduta do protegido, não sendo juridicamente razoável vislumbrar o direito constitucional desvinculado por completo do primeiro parâmetro que é o fornecido pela conduta dos que não tiveram nenhum cuidado com a própria imagem, intimidade e privacidade. Ausência do risco de dano irreparável porque eventual violação poderá ser traduzida em perdas e danos. Presença da internet e do direito à informação que não podem ser olvidadas na

discussão dos relevantes temas envolvidos. Antecipação de tutela bem indeferida em primeiro grau. Recurso improvido.

Insurgem-se os agravantes contra a r. decisão que indeferiu a antecipação de tutela para retirar dos sites das agravadas o filme contendo a gravação das cenas amorosas que protagonizaram na famosa praia de Tarifa, na costa da Espanha, aduzindo que a sua manutenção fere direitos da personalidade (privacidade, imagem, intimidade) e viola os arts. 220, § 1o, e 5o, X, da Constituição Federal, bem como os arts. 12 e 21 do Código Civil de 2002, já que o fato de ter sido feito em local público não autoriza a publicidade sem consentimento.

O digno Magistrado prolator da r. decisão agravada indeferiu a antecipação de tutela ao fundamento principal de que a captação de imagem de banhistas em cenas ousadas de carícias e beijos em público não constitui ato ilícito capaz de justificar a tutela pretendida.

O digno desembargador relator concede a antecipação de tutela ao fundamento primordial de que, malgrado o filme se tenha feito em local público, fere o direito de imagem e privacidade dos autores a veiculação desprovida de autorização, discorrendo longamente sobre o tema com apoio em doutrina e jurisprudência que entende aplicáveis sobre direitos à privacidade, imagem e intimidade.

Ouso, com a devida vênia, discordar do entendimento deduzido pelo digno desembargador relator.

Faço-o, lembrando, de início, que os meus fundamentos terão o cuidado de não ingressar prematuramente na análise do mérito da ação indenizatória, cujo julgamento somente se deverá dar na r. sentença, ocasião em que terá o digno Magistrado prolator da r. decisão agravada maiores e melhores condições de avaliar os relevantes motivos jurídicos que envolvem o problema.

De todo modo, em se tratando de antecipação de tutela final, é inevitável que se avance um pouco sobre o mérito, mas apenas o indispensável a que se possa

concluir pela prova ou não da verossimilhança das alegações ligadas à antecipação pretendida.

Pois bem.

Não encontro a prova da verossimilhança das alegações que se destinam a obrigar as agravadas a retirar das suas páginas eletrônicas o filme em que estão retratados alguns minutos de gravação contendo os autores em apaixonada troca de carícias, beijos e abraços que terminaram num sensual banho de mar.

Cabe lembrar que os temas de direito não podem ser discutidos sob ótica que não seja absolutamente contemporânea aos tempos vividos, em que a velocidade da internet se somou aos demais meios de comunicação social, e, inegavelmente, pela velocidade, com grande supremacia em termos de veiculação de fatos de interesse geral da coletividade. A rede mundial que compõe a internet traz à lume toda a modernidade dos novos tempos, mostrando instantaneamente os fatos e os acontecimentos públicos havidos em qualquer parte do planeta, na mais perfeita demonstração de que o homem, no que se refere à informação avançou de modo inexorável para o Século XXI.

A análise de qualquer direito fundamental que não considere este novo veículo de comunicação será inadequada como forma de traduzir o também novo sentimento jurídico acerca de qualquer tipo de censura ligado às empresas nacionais que mantêm páginas na internet, esta maravilhosa rede de computadores que encurtou todas as distâncias, que fez o tempo passar tão velozmente a ponto de o furo de reportagem da manhã estar envelhecida no começo da tarde, e em que o mundo, com os seus fatos importantes e de interesse geral da sociedade, aparece a um clique na tela do computador pessoal de cada cidadão.

Ignorar esta realidade poderá conduzir, não raro, a uma decisão judicial absolutamente inócua, quase surreal, porque enquanto o mundo todo já viu as imagens e leu as notícias (inclusive guardando-as em seu computador pessoal os que as colecionam), e que continuam espalhadas em incontáveis outros sites pelo mundo a fora, acessíveis a qualquer brasileiro, censura-se um provedor brasileiro de

manter na sua página eletrônica o que todo mundo já viu e que o mundo inteiro continua mostrando.

Nesse contexto novo, não se pode cogitar de direito à privacidade ou à intimidade quando os autores, apesar de conscientes de serem figuras públicas, em especial a modelo Daniela Cicarelli (e quem a acompanha evidentemente não ignora o fato), se dispõem a protagonizar cenas de sensualidade explícita em local público e badalado como é a praia em que estavam, uma das que compõem o que se poderia chamar de riviera espanhola, situada na Costa da Andaluzia, no município de Cádiz.

Pessoas públicas, cuja popularidade atrai normalmente turistas e profissionais da imprensa em geral, particularmente os conhecidíssimos "paparazzi" da Europa, não podem se dar ao desfrute de aparecer em lugares públicos expondo abertamente suas sensualidades sem ter a consciência plena de que estão sendo olhados, gravados e fotografados, até porque ninguém ignora, como não ignoravam os autores, que hoje qualquer celular grava um filme de vários minutos com razoável qualidade.

As cenas exibidas no filme que num só dia circulou o mundo pela internet, passando pela tela de todos que possuem um computador em casa ou no trabalho, revelam de modo claro que não houve nenhuma preocupação dos autores com a possibilidade de serem vistos, olhados, fotografados e filmados, mesmo estando na mais aberta demonstração da intimidade de um casal, deixando, obviamente, ao abandono, qualquer princípio de preocupação sobre a privacidade que as pessoas normalmente têm em relação à própria sensualidade.

Quem age assim em local absolutamente público, sendo pessoa pública, não pode reclamar da exposição que a mídia em geral dá pela natural curiosidade do ser humano em relação aos artistas e modelos famosos. Exposição que não passa daquela exposta pelos protagonistas, que, embalados pelo sucesso e pela paixão do momento e do lugar, não se preocuparam com a própria privacidade e intimidade. A veiculação do filme verdadeiro nada mais é do que a realidade no limite que os próprios autores explicitamente consideraram razoável quanto às suas privacidades e intimidades.

Restaria, no que tange à prova da verossimilhança, a alegação do direito à própria imagem.

O raciocínio é o mesmo em relação à privacidade e à intimidade, e não me impressiona, como impressionou ao digno desembargador relator, com a devida vênia, o fato de a filmagem ter sido escondida, mera presunção, e de os autores não mais quererem que permaneça para a visita daqueles poucos que ainda não viram, ou daqueles que querem rever e não guardaram.

E não me impressiona, com a máxima vênia, pela simples e boa razão de que o direito à imagem, se excesso houve, partiu da própria conduta dos autores, que, famosos e conhecidos, se dispuseram a saciar suas sensualidades mediante atrevida troca de carinhos corporais numa praia pública e badalada da costa espanhola, cientes de serem vistos e olhados por quem lá estava, e conscientes de que deveriam estar sendo fotografados e filmados.

O direito à imagem, especialmente no que concerne aos famosos, às pessoas públicas cuja simples aparição revela curiosidade, não é algo tão disponível, tão absoluto, que possa ser utilizado ao bel prazer de cada um sem nenhuma vinculação com o melhor parâmetro que é aquele traçado pelo próprio detentor do direito.

Não vislumbro expectativa de direito razoável bastante para afirmar a violação do direito à imagem.

Em tese, fere a lógica jurídica protetora da imagem, que os autores, protagonizando em uma praia pública e cercada de pessoas cenas de alto teor sensual em cada beijo, em cada abraço, em cada carícia corporal, e depois de o mundo já ter visto o filme pela internet, venham a Juízo para proibir que este ou aquele site mantenha o filme verdadeiramente vivido e que continua circulando e à disposição de todos em sites internacionais.

Não se pode mais conceber que direitos constitucionais fundamentais possam ser usados de forma tão simples, a um desejo de não quero mais, sem qualquer vínculo com a conduta anterior que deu ensejo ao fato do qual se reclama.

Nesse conjunto de idéias e conceitos não vislumbro a prova da verossimilhança das alegações que visam retirar dos sites das agravadas o filme estrelado pelos agravantes, que, pela própria conduta, quase se poderia inferir uma prévia e tácita autorização para filmagem e veiculação.

Claro que o tema jurídico, pela sua relevância e importância na vida do cidadão, não se esgota nem se exaure no quanto afirmado, mas torna controvertido ao extremo o direito invocado, circunstância que impede o deferimento da tutela antecipada. Isso porque a prova da verossimilhança exige, como já o disseram todos os doutrinadores nacionais, *prima facie*, a prova da presença do direito invocado de modo tão claro e límpido que se pode antecipá-lo antes mesmo da instauração do devido processo legal e do contraditório.

E por não vislumbrar essa prova da verossimilhança é que, com a devida vênias do digno desembargador relator, e sem prejuízo de ao final se entender presente o direito invocado, não posso concordar com a antecipação de tutela pretendida.

Há mais, contudo.

Não antevejo o risco de lesão grave e de difícil reparação. Na esteira do mesmo raciocínio desenvolvido, sobre ser previsível a utilização de fotos ou filmes pela mídia diante da aberta exposição da imagem promovida pelos próprios agravantes, quando protagonizaram as cenas numa praia pública, parece certo que eventual violação a direito dos autores poderá ser reparado plenamente pela via pecuniária.

A verificação do dano de difícil reparação, ou perigo da demora, contém, no caso, uma agravante: o risco de se ferir a liberdade de informação também garantida pela Constituição Federal.

Não me parece justificável, com a devida vênia, no contexto público e notório (independente de prova, portanto) de que o mundo todo já viu as imagens pela internet, que se ultrapasse, de pronto e mesmo diante da possibilidade de reparação em dinheiro, o também garantido direito à informação previsto na Constituição Federal através da liberdade da imprensa. É o que a doutrina chama de "periculum in mora" inverso.

Também a liberdade da imprensa e o direito à informação pelos veículos de comunicação social não podem mais ser pensados sem a força da presença da internet, dada à rapidez com que os fatos são divulgados e vistos pelos que freqüentam a rede mundial de computadores. Impõe-se cuidado ainda maior, no caso, para não ferir inutilmente a liberdade de imprensa e o direito de informar, o que se afirma porque o que se proibirá já é do domínio público.

Seja como for, o fato é que há possibilidade de reparação do dano pela sua forma tradicional das perdas e danos, sem necessidade, em princípio, de violar o direito à informação relacionado a fato verdadeiro e cuja exposição, insista-se, somente ocorreu em decorrência da conduta permissiva dos agravantes.

Pelo exposto, e com a máxima vênia aos entendimentos contrários, o meu voto é pelo indeferimento da antecipação de tutela.

MAIA DA CUNHA

DESEMBARGADOR REVISOR

Agravo de Instrumento nº 472.738.4 (voto 10.448 - Dr. Ênio)

Agravante: Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniela Cicarelli Lemos

Agravadas: Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc.

Declaração de voto

Não faz muito tempo que a agravante foi protagonista ou, coadjuvante, de uma certa cautela, igualmente de ampla divulgação, porquanto proibiu os convidados à

cerimônia de seu casamento, de ingressarem com seus aparelhos de telefone celular, afastando o risco de imagens não consentidas e autorizadas. Portanto, precavendo-se.

Contudo, nesse outro tempo e relacionamento, não agiu com idêntica cautela. É evidente que não haveria como impedir qualquer registro de sua presença em um local público e movimentado, mas, a considerar aquele anterior espírito que foi de preservar sua privacidade, não tenho dúvida que a agravante bem sabia desse risco, mais ainda quando não só reagiu como também agiu nesse afeto que demonstravam, reitere-se, publicamente, daí surgindo algum excesso e, com este, a reclamação a título de violação da sua intimidade pela indevida e injustificada exploração por parte dos agravados dessas imagens, realizadas por um "paparazzi".

Portanto, é inegável que o fato em si desperta não só curiosidade, como induz a uma polêmica bem mais acentuada porque associado a pessoas públicas, sabe-se, de trato diverso das outras. Aliás, os próprios agravantes invocam essas virtudes pessoais e isso mostra que toda e qualquer análise desse episódio não pode ser dissociada deste contexto que é de permanente exposição à mídia em geral, ou, de tudo aquilo que é da sua pessoa, do seu cotidiano, ou mesmo da sua atividade profissional.

Nesse sentido:

"Os limites de proteção da honra individual, quanto à divulgação dos fatos pertinentes à vida humana, assentam-se em dois princípios: interesse público e liberdade de expressão. A vida de determinadas pessoas, seja pelo exercício de função pública estatal, seja de atividade ligada ao público (cinema, televisão, imprensa, teatro etc.), tem na publicidade grande fator de sucesso. A expectativa do público em relação a fatos da vida privada dessas pessoas restringe-lhes o âmbito desta esfera, quanto maior for a notoriedade.

Desta forma, mesmo que na ofensa à honra no campo civil seja indiferente a veracidade ou não do fato considerado lesivo, a permissibilidade de sua divulgação

está contida apenas no interesse público justificado e, neste caso, a divulgação deve referir-se a fato verdadeiro. Pode ocorrer que a divulgação de certos fatos verdadeiros corresponda a um interesse social, como os que ocorrem nas relações profissionais. Mesmo que um fato seja tido por desonroso, como nas informações bancárias, a finalidade da informação justifica extravasar a notícia do fato.

(Aparecida Amarante, Responsabilidade civil por dano à honra, 5ª ed., BH: Del Rey, 2001, p. 118/119).

E porque "todo acontecimento desperta invariavelmente, como reação lógica, algum juízo ético na massa em geral e, em cada indivíduo em particular" (cf. Israel Drapkin Senderey, Imprensa e Criminalidade, ed. José Bushatsky, 1983, p. 41/42), cabe, a esse momento que é de expressa oposição pela reiterada exploração dessas imagens, analisar se existe fundamento legal para suspender tal divulgação, ainda que, aparentemente, não se encontre divergência com o MM.Juiz acerca da licitude do que, aonde e como se filmou .

Ademais, a insurgência somente se justifica pela proporção que isso alcançou, apesar de que, a esse momento do processo, não é possível afirmar se em muito superou o que se imaginou ou, apenas, não foi satisfatoriamente avaliada, de resto, tal como poderia ou, no mínimo, deveria ocorrer. Afinal, à agravante, uma pessoa pública e desse meio da mídia e pelas circunstâncias, não é razoável a negativa de que não tenha previsto esse resultado, além do que ao se constatar que a filmagem não é curta, ao contrário, é seqüencial e progressiva, fica evidente que os protagonistas também se descuidaram desse elemento tempo de exposição e, por óbvio, suas conseqüências.

Logo, na busca de um limite, transferindo para o exame do mérito da ação eventual separação dos aspectos individuais dos litisconsortes nesse episódio, resta, para o momento, evitar excessos. A propósito, " uma coisa é a usurpação do nome ou da imagem e outra é que, pela utilização dos mesmos, se exponha a pessoa ao menosprezo ou ridículo" (cf. Aparecida Amarante, Responsabilidade civil por dano à honra, 5ª ed., BH: Del Rey, 2001, pág.127)

Ou, a reiterada e não autoriza divulgação dessa cenas até porque não se trata de uma questão de significativo interesse público, jornalístico ou similar. É mera curiosidade, algum sensacionalismo, e, talvez, muita fantasia.

Portanto, a idéia de se colocar um limite revela prudência e porque os argumentos do Dês. Enio Zuliani, relator deste recurso, foram bem colocados e autorizaram essa tutela inibitória para afastar o caráter permanente desse fato e sua exposição ao público em geral, nesse contexto, acompanho Sua Exa.

Em outras palavras, não se trata de analisar e decidir se os agravados poderiam ou, podendo, não deveriam ter veiculado esse filme na Internet. Apenas e porque isso já ocorreu, não cabe mais fazer. Nesse vértice, " na proteção da intimidade não se visa ao prejuízo moral ou à indignidade de um ato levado a público, mas, sim, a violação da paz ou da tranqüilidade da vida íntima. O ato ilícito, na configuração da lesão à honra, não supõe que o mesmo suceda mediante indiscrição ou intromissão na vida privada. Com isto é fácil concluir, como fez Dotti, que o direito à intimidade não constitui um gênero abrangedor do direito à honra, nem mesmo se sobrepõe a este". (Aparecida Amarante, Responsabilidade civil por dano à honra, 5ª ed., BH: Del Rey, 2001, p. 116).

Contudo, para evitar dúvidas ou equívocos, ouso a uma ressalva que diz respeito a uma questão também técnica, da execução dessa medida e que, no caso, não pode afetar os agravados, inclusive no tocante a multa diária que é arbitrada.

Pela natureza do meio de divulgação, Internet, sabe-se que isso pode estar em outros sites, inúmeros deles particulares, e não há como obrigar os agravados e exercerem um verdadeiro direito de seqüela em benefício dos agravantes tão somente pela afirmação de que foram os primeiros a proceder a divulgação que agora se proíbe, e, portanto, em tudo responsáveis.

Aliás, se nesse campo de comunicação não se atingiu um estado estacionário de ciência e tecnologia, é óbvio que maior deve ser a cautela para se evitar qualquer tipo de indesejada exposição ou de violação de privacidade, e, nessa prudência, não

há dúvida que deve ser considerada a oscilação existente entre as pessoas, especialmente pelas suas relações com o mundo exterior.

CARLOS TEIXEIRA LEITE FILHO

Desembargador

ANEXO II

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

quando se encontravam na praia de Cadiz, na Espanha, configura ofensa a direitos da personalidade e que são tutelados no ordenamento jurídico. O objetivo dos autores é o de evitar a continuidade da transmissão das cenas de intimidade, nos termos do artigo 5º, X, da Constituição Federal, conforme requerimento do item 64 da inicial:

“Sejam compelidas a deixar de exibir o filme dos Autores ou as fotos deles extraídas em seus sites, de fornecer links nos quais esse material possa ser encontrado, bem como de efetivar sua divulgação por meio de outro veículo de comunicação do qual detenham controle, sob pena de multa diária, a ser arbitrada por Vossa Excelência em valor suficientemente razoável a coibir perpetuação da ofensa a direito constitucional à imagem e à honra.”

Registre-se que o Tribunal de Justiça concedeu, por maioria de votos, tutela antecipada, quando do julgamento do agravo de instrumento nº 472.738.4, cuja ementa é a seguinte [fl.126]:

*“Pedido de antecipação de sentença por violação do direito à imagem, privacidade, intimidade e honra de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis – Tutela inibitória que se revela adequada para fazer cessar a exposição dos filmes e fotografias em *web-sites*, por ser verossímil a presunção de falta de consentimento para a publicação [art. 273, do CPC] – Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC – Provimento, com cominação de multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção.”*

Posteriormente, por votação unânime, no agravo de instrumento nº 488.184.4/3, foi preservada a tutela antecipada, apesar de ter a ação ter sido rejeitada em Primeiro Grau. O Acórdão foi redigido com a seguinte ementa [fl.1579]:

“Superveniência da sentença de 1º Grau julgando improcedente a ação – Predominância da tutela antecipada proferida no agravo de instrumento nº 472.738-4, aplicado o princípio da hierarquia da jurisdição, o que impede que o Juiz de 1º Grau revogue decisões emitidas pelo Tribunal de Justiça –

Precedentes do STJ [Resp 765.105 e Resp 742.512].”

“Execução de tutela antecipada - INTERNET – Questão relacionada com a exibição de vídeo do casal filmado fazendo sexo na praia, que justificou a emissão de tutela antecipada para impedir a veiculação em sites que hospedam essas e outras filmagens; sendo impossível a instalação de um filtro de acesso e não sendo razoável bloquear o site, determina-se que o provedor adote medidas concretas de cumprimento da sentença, sob pena de pagar a multa diária de R\$ 250.000,00 – Provimento, em parte, determinando ao YOUTUBE a imediata instalação de um sistema de rastreamento e eliminação dos vídeos, com exclusão de acesso aos usuários que forem identificados reinserindo o material em seus links, inclusive lan houses.”

É o relatório.

Importante sublinhar que a ação manejada pelos autores é

inibitória, o que dispensa a prova do dano concreto. Os autores não estão pretendendo obter indenizações, mas, sim, comando proibitivo da transmissão de imagens que foram captadas de forma ilícita e que expõem predicados íntimos e de absoluta reserva. Não é porque os dois namoraram ou transaram na praia que se legaliza a exploração, na *internet* e outros meios, das cenas que não foram produzidas para deleite do público. Para que o juiz emita um provimento inibitório, esclareceu JOAQUIM FELIPE SPADONI [*Ação inibitória*, 2ª edição, RT, 2007, P. 61] “basta a demonstração da probabilidade de violação do direito”. A antijuridicidade da retransmissão do filme é fato notório, exatamente porque os autores da ação não deram consentimento para devasse de momentos íntimos. A tutela inibitória é apropriada para remover o ilícito, ainda que se imponha o dever de instalar equipamentos para tal fim [posição defendida por LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela inibitória*, RT, 1998, p. 104].

O Tribunal preserva o que foi decidido quando do julgamento dos agravos de instrumento números 472.738-4 e 488.184-4/3. Respeitada a

convicção do Ilustre Magistrado que prolatou a r. sentença rejeitando o pedido, cabe deferir tutela em favor dos recorrentes, para preservação de valores fundamentais da dignidade humana [artigos 20, do CC, de 2002 e 1º, III, 5º, V e X, e XXXV, da CF], competindo acrescentar que o precedente mencionado na r. sentença, relacionado com o julgado do STJ [Resp 595.600], embora

respeitabilíssimo, não serve de fundamento exclusivo para rejeição do pedido. Cumpre recordar ter o julgado excluído a responsabilidade civil do Diário Catarinense pela publicação de imagem de moça fazendo *topless* na praia Mole, em Santa Catarina, considerando que a exposição pública permite que a fotografia saia nos jornais. Esse caso não é igual ao que ora se julga. Uma coisa é reproduzir uma fotografia dos seios de uma banhista e outra é revelar o flagra do casal transando. Ademais, um julgado, embora digno de ser citado como paradigma, não fecha a questão sobre uma matéria polêmica, inclusive porque o precedente em que se apoiou o ilustre Magistrado não é, ainda, definitivo, dependente que é a lide de pronunciamento do STF, pela interposição de recurso extraordinário.

O apelante Renato juntou cópia de parecer da lavra do Subprocurador Geral da República no sentido de sugerir o acolhimento do recurso extraordinário para resguardar o direito de imagem da moça que tomou sol de peito aberto [fls.1726/1732]. Não custa lembrar que o STJ, de Portugal, julgou de forma diversa caso semelhante [nota 818 da obra de CAPELO DE SOUZA – O direito geral de personalidade, Coimbra Editora, 1995, p. 324]: “Assim, o ac. STJ de 24 de maio de 1989 (BMJ 386, 531) decidiu que “age com culpa, praticando facto ilícito passível de responsabilidade civil nos termos dos art. 70 e 483 e segs. do Código Civil, o jornal que, sem o seu consentimento e não ela pessoa pública, fotografa determinada pessoa desnuda e publica essa fotografia numa das edições, não obstante o facto de a fotografia ter sido obtida quando a pessoa em causa se encontra quase completamente nua (em *topless*) na praia do Meco, considerada um dos locais onde o nudismo se pratica com mais intensidade,

número e preferência, mesmo que se admita ser essa pessoa fervorosa adepta do nudismo”.

Os apelantes estão suportando violações não somente do direito à imagem, como da intimidade [leia-se vida privada] e convém colocar um fim a essas invasões. As cenas são de sexo, atividade mais íntima dos seres humanos. Ainda que as pessoas tenham errado e *errare humanum est* quando cederam aos impulsos dos desejos carnis em plena praia, a ingerência popular que se alardeou a partir da comercialização do vídeo produzido de forma ilícita pelo *paparazzo* espanhol,

afronta o princípio de que a reserva da vida privada é absoluta, somente cedendo por intromissões lícitas. A notícia do fato escandaloso ainda pode ser admitida como lícita em homenagem da liberdade de informação e comunicação, o que não se dá com a incessante exibição do filme, como se fosse normal ou moralmente aceito a sua manutenção em *sites* de acesso livre. Há de ser o Judiciário intransigente quando em pauta a tutela da esfera íntima das pessoas que não autorizaram a gravação das cenas e a transmissão delas.

É preciso eliminar a confusão que se faz do direito à vida privada, mesmo de pessoa célebre ou notória, com preservação do direito à reserva da intimidade. Os ilustres J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA [*in Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume 1, Edição conjunta da Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2007, página 467], esclarecem o seguinte:

“O direito à imagem (nº 1) tem um conteúdo assaz rigoroso, abrangendo, primeiro, o direito de definir a sua própria *auto-exposição*, ou seja, o direito de cada um de não ser fotografado, nem de ver o seu retrato exposto em público sem seu consentimento (cfr. Ccivil, art. 30º); e, depois, o direito de não o ver apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente

distorcida ou infiel (“falsificação da personalidade”). Torna-se evidente que não pode gozar do direito à imagem (pelo menos no primeiro sentido) quem ocupe cargo ou desempenhe função em que a *publicidade* (isto é, o conhecimento e a relação com o público) seja elemento essencial, havendo aí uma espécie de “acordo” ou “consentimento” implícito (aí estando um factor de ponderação em caso de colisão deste direito fundamental com outro direito: cfr. Nota VI ao art. 18º). Esta dimensão de publicidade legitimadora de algumas restrições ao direito à imagem não deve, porém, transferir-se para a esfera da intimidade (cfr. nota X).”

Outro jurista lusitano [MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, parte geral, Tomo III, Almedina, 2004, p. 211] admite que a notoriedade de políticos e celebridades implica em restrição da privacidade e adverte: “nunca ao ponto de atingir as esferas secreta e íntima”. Portanto, há um equívoco na defesa de

eventual liceidade da exibição de cenas íntimas do casal, que o próprio coletor das imagens admitiu ter obtido de maneira clandestina [cf. entrevista do fotógrafo espanhol Miguel Temprano às fl. 841], por ser DANIELLA CICARELLI apresentadora de TV. Em um dos primeiros ensaios sobre o que os italianos chamam de “Diritto Ala Riservatezza”, BRUNO FRANCESCHELLI [Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1960, página 70] afirma não encontrar razão jurídica válida que justifique o fim da preservação da esfera de reserva por “una distinzione tra persona celebre e comune mortale”. O raciocínio do jurista decorre do sentido de que o direito de personalidade acompanha a pessoa por toda a sua existência, de modo que restringir esse direito representaria negar a integralidade desse direito.

A tutela inibitória deverá alcançar os dois protagonistas das cenas captadas, transcrevendo-se o que foi deliberado pela Turma Julgadora, quando do julgamento do agravo de instrumento nº 488.184-4/3.

“Portanto, a r. sentença, embora com respeitáveis argumentos, não prevalece no capítulo em que revogou a tutela antecipada. A tutela antecipada interdita deferida no agravo nº 472.738-4 continua em vigor, até que ocorra o trânsito em julgado da sentença de 1º Grau.

No velho livro de “Practica Civil e Commercial”, do Professor Barão de Ramalho [Typ. Imparcial, São Paulo, 1861, p. 201], constava que, “na execução do julgado é que consiste principalmente o exercício da justiça”. As sentenças são proferidas para serem cumpridas, e não cabe tergiversar sobre esse princípio, sob pena de comprometimento da credibilidade da instituição, com reflexos desastrosos para a segurança jurídica, principalmente em tutelas mandamentais, nas quais há direta associação com o conceito de imperium, ou seja, da função do juiz em expedir ordens e fazê-las cumprir mediante as medidas necessárias para obtenção do resultado equivalente ao que seria obtido em caso de cumprimento voluntário [art. 461, § 5º, do CPC].

Discute-se, nesse agravo, como cumprir a decisão do Tribunal, emitida em favor de Renato e Daniela, o que obriga enfatizar a impropriedade de rediscutir a questão relacionada com o direito material tutelado, como pretende o YOUTUBE. O sistema jurídico permite que se emita tutela antecipada sem oitiva do réu [e foi o que

ocorreu], e isso implica afirmar que o destinatário da antecipação deverá, caso não se conforme com o que foi decidido, interpor os recursos constitucionais adequados para desconstituir o julgado. Aliás, essa referência é oportuna para rejeitar a arguição de nulidade da citação, porque a sentença que se executa foi expedida inaudita altera parte, representando uma exceção ao princípio do art. 5º, LV, da Constituição Federal, coisa que torna irrelevante a eventual irregularidade da citação. Portanto, os supostos vícios da convocação do YOUTUBE são apropriados para a ação que tramita em Primeiro Grau e não necessariamente para desfecho do presente agravo, tirado para encontrar o meio de cumprir uma decisão passada em julgado [art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal].

Apesar da ressalva sobre a impertinência de impugnar o Acórdão, cabe uma palavra sobre o direito de Renato e da própria Daniela que, ao contrário do que foi reproduzido pela mídia, continua perseguindo a exclusão do vídeo, conforme ela própria menciona na petição de fl. 662/663. A sentença é muito transparente ao estabelecer um limite para a transgressão do direito de imagem dos jovens que foram flagrados fazendo sexo na praia. É necessário acabar com essa exposição e tudo o que se escreveu sobre uma suposta legalidade de se punir libertinagem, retransmitindo o vídeo ad aeternum e sem cortes, encarna o fútil propósito de uma significativa parcela de opiniões em defesa do sacrifício de valores dos culpados pelos erros de conduta. Não se justifica perpetuar esse castigo moral que está sendo impingido aos autores, porque não é justo ou jurídico manter, indefinidamente, uma parte da vida deles exposta ao público, como se estivessem expiando um pecado digno da execração pública.

O Acórdão atentou para um valor fundamental da dignidade humana [art. 1º, III, da CF], optando pela consagração de um enunciado jurídico que estabeleça um basta contra essa atividade criminosa e que se caracteriza pela retransmissão, contra a vontade das pessoas filmadas clandestinamente, de imagens depreciativas e que humilham os protagonistas, seus conhecidos, os parentes e suas futuras gerações. De todas as manifestações que foram emitidas em jornais e revistas, com o sensacionalismo imprudente dos jejunos do direito, não há uma voz que aponte uma boa razão para que a intimidade do casal permaneça devassada, como foi, até

porque são cenas delituosas. A quem interessa isso, perguntei, quando relatei o Acórdão, e não foi dada resposta. Não é, que fique bem claro, preocupação com essa ou outra pessoa, notória ou simples, mas, sim, defesa de uma estrutura da sociedade, na medida em que a invasão de predicamentos íntimos constitui assunto que preocupa a todos, até porque a imprevisibilidade do destino poderá reservar, em algum instante, esses maus momentos para nós mesmos ou pessoas que nos são próximas e caras.

O relator não determinou que fosse bloqueado o site YOUTUBE, tendo isso ocorrido por uma equivocada interpretação do Juízo de

Primeiro Grau, que, traduzindo de forma errada o que constou do despacho, expediu ofícios para que se interditasse o site por completo. O nome desse juiz foi citado, indevidamente, como defensor da censura, o que constitui uma leviandade, porque contraria tudo o já escrevi sobre o assunto [Ênio Santarelli Zuliani, Comentários à Lei de Imprensa, RT, coordenação de Luiz Manoel Gomes Júnior, 2007, p. 54]:

“Censura é a restrição indevida da consciência cívica, que, pela sua extraordinária capacidade de interação, verdadeiro espetáculo da evolução humana, é irrestringível. Cancelar o que é ilícito, no entanto, não ofende o valor relevante da liberdade de pensamento e de comunicação; pelo contrário, consagra a sua eficácia”.

O YOUTUBE articula-se, para justificar a inserção do vídeo e o acesso irrestrito, com a analogia, pretendendo convencer de que determinadas situações, mesmo que teoricamente ofensivas a direitos da personalidade, ganham licitude quando conhecidas [domínio público das obras literárias]. Uma coisa é esvaziar o direito autoral de um poema ou canção centenária festejada pelo povo como se fosse patrimônio da humanidade; outra, bem diferente, é pretender que o banalizar da vulgaridade conquiste a legalidade. Não. Ainda que testemunhemos a mediocridade e com ela nos resignemos, jamais poderemos admitir que o enfraquecimento dos costumes transforme o ilícito em assunto de rotina dos lares, o que anima escrever que a multiplicidade do replay do filme do casal não imuniza os infratores que teimam em divulgá-lo.

Nesse contexto, é hora de enfrentar o grande dilema do processo: o que

fazer diante de um site que se diz impotente no controle dos conteúdos lançados on line para deleite de milhões de pessoas?

O bloqueio do site, como sugerido pelo agravante, fica fora de cogitação. Embora o art. 461, § 5º, do CPC, permita que o juiz escolha, entre as medidas adequadas, uma solução drástica e radical, essa decisão somente será recepcionada pelo sistema no caso de a interdição solucionar uma crise pontual,

sem prejudicar terceiros. O site que permite que o vídeo do casal seja visto hospeda esse e milhares de outros, termina prestando um serviço social de entretenimento porque aproxima o contato quando os filmes servem para encurtar a distância entre as pessoas e, principalmente, revela talentos que não despontariam para a profissão caso não existisse essa forma alternativa de apresentar roteiristas e cineastas amadores. A grande audiência é uma ótima referência para artistas, cantores e bandas; enfim, o YOUTUBE não produz somente banalidades e pornografias.

Apagar o sinal para preservar a imagem do casal não guarda razoabilidade, ainda que possa antever um certo desafio da empresa, que reafirma, em todos os seus pronunciamentos, a impossibilidade técnica de eliminar dos links o vídeo do casal, porque a sua ideologia é o de justamente facilitar o ingresso desses vídeos. Segundo os elementos dos autos, a dificuldade estaria em criar um mecanismo que identificasse todos os vídeos armazenados, porque os usuários burlam qualquer esquema de segurança aplicando diferenciais que sabotam os filtros. Não existe certeza de que é possível impedir, com absoluto sucesso, a retransmissão, até porque, como explicado, a repetição acontecerá por meio de acessos internacionais e que escapam do controle das empresas que atuam no Brasil.

O Tribunal considera que o YOUTUBE está lidando com a sentença de forma parcimoniosa e até desrespeitosa, limitando-se a excluir o vídeo dos links conhecidos ou identificados, quando essa identificação é facilitada pelas denúncias. Não fez prova de ter tentado criar um programa capaz de rastrear o filme do casal, com outros ingredientes, para sua localização, o que implica que está se omitindo ou, no mínimo, agindo passivamente, como se não lhe coubesse alguma responsabilidade pelo impasse que coloca em cheque a eficácia da coisa julgada.

Não é convincente a assertiva de que o provedor de hospedagem é como se fosse um sujeito inalcançável em termos de obrigação

pela ilicitude dos que são admitidos a fazer uso do espaço concedido. A ordem jurídica foi idealizada e aperfeiçoada para se tornar invulnerável contra as ofensas aos direitos das vítimas, tendo o fenômeno da responsabilidade social evoluído para acompanhar o fantástico mundo tecnológico. A Internet desafia os juristas, e a comunidade reclama legislação que fortaleça a defesa das vítimas dos danos injustos, valendo acrescentar que de nada adiantará o Código Civil disciplinar e proteger os direitos da personalidade, em se admitindo que provedores de hospedagem permaneçam imunes ao dever de fiscalizar os abusos que são cometidos diante de seus olhos. Não custa lembrar que a rede de relacionamentos na Internet MYSFACE, controlada pela News Corp, está fornecendo informações aos promotores estaduais de Mississippi sobre as mensagens de usuários condenados por abusos sexuais, para controle das abordagens deles sobre menores [Jornal Valor. 22.5.2007, B-3].

Embora seja duvidosa a responsabilidade do provedor de hospedagem sobre ilicitudes de conteúdo, quando desconhecidas, a responsabilidade é incontroversa quando toma conhecimento da ilicitude e deixa de atuar em prol da restauração do direito violado. Nesse sentido, está a posição de MARCEL LEONARDI [Responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet, SP, Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 178]. Na obra de SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO [A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela Internet, Coimbra, Almedina, 2000, p. 92] foi reportado o julgamento, na Corte de Apelação de Paris, contra um provedor, por permitir que um utilizador anônimo colocasse fotografias digitalizadas de Estelle Hallyday, modelo muito conhecida, em que “ela aparecida total ou parcialmente desnuda, sem autorização da mesma”, sendo que, por sentença de 10.2.1999, aquele tribunal condenou o fornecedor de acesso a pagar uma elevada indenização à autora pelos “danos sofridos pela violação de seus direitos à imagem e à privacidade”.

O autor é titular de um direito independente do direito de sua namorada. Ele não é figura pública, tanto que está reclamando de constrangimentos em seu ambiente de trabalho. O art. 20, do Código Civil, garante a ele a tutela de que necessita para ter paz, o que não significa, necessariamente, a reparação de danos

[art. 5º, V e X, da CF]. Portanto, é legítimo, sem que se reconheça qualquer forma de censura [art. 220, § 1º, da CF], estabelecer que a YOUTUBE deverá providenciar, em trinta dias, todos os vídeos do casal que se encontram nos links admitidos, para, a partir daí, impedir, a partir da identificação do IP [inclusive lan house], o acesso dos usuários que retornarem o vídeo para o site, sob pena de pagar, ao autor, a multa de R\$ 250.000,00, como estabelecido. Não custa lembrar que, para o usuário instalar o vídeo deverá ser identificado, o que facilita a diligência a ser concretizada pelo YOUTUBE para que a sentença seja cumprida.

A questão do vídeo do casal ultrapassou o campo da individualidade e ganhou notoriedade pelo questionamento que se fez da capacidade de o Judiciário resguardar o direito de intimidade e de honra das pessoas, quando há violação pela Internet. Assim, na forma do art. 20, do CC, e porque se confirmou a inviabilidade de o site ser bloqueado na integralidade, caberá ao provedor atuar de forma a cumprir o que se decidiu, por ser o único com vínculo direto com a ilicitude e aquele que lucra com o negócio de risco. O YOUTUBE deverá provar que não se comporta como um negligent controller “assumindo ou endossando passivamente o conteúdo das publicações realizadas pelos usuários nos espaços privados”, conforme anota DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO [Responsabilidade por publicações na Internet, Forense, 2005, p. 215]:

“Nos ambientes eletrônicos, em razão do papel intermediário dos controladores de sistema, que tomam parte de uma certa forma nas atividades que neles são desenvolvidas, embora nem sempre exerçam um controle real sobre o conjunto das informações que neles circulam (como acontece em relação à hospedagem de páginas e armazenamento de arquivos), essa participação poderia ser interpretada como implicando um conhecimento presumido do caráter ilícito da informação que se encontra em seu sistema. Por essa razão, o controlador que tem conhecimento da natureza ilegal da informação tem o dever de tomar as medidas necessárias para preveni-la ou retirá-la do sistema, sob pena de ser responsabilizado. Essa exigência de conduta, no entanto, deve ser interpretada mais como uma obrigação de manter-se diligente, de tomar providências que sejam consideradas próprias para fazer cessar a publicação ilícita, do que o dever de intervir diretamente no conteúdo da página eletrônica hospedada em seu sistema”.

Renato poderá, em trinta dias, executar a multa, desde que confirme a

permanência dos vídeos, sendo que não há motivo para diminuir o montante da multa. O YOUTUBE é uma empresa de poderio econômico e que fatura alto com o acesso dos usuários, no Brasil e no mundo; portanto, quantia inferior a essa que foi arbitrada não atingiria o objetivo de conscientizá-la de cumprir o que se decidiu. Afinal, consta do Jornal Folha de São Paulo, seção Dinheiro, edição de 21.1.2007, B-11, o seguinte:

“GOOGLE QUER DOMINAR TODA A PUBLICIDADE. Nos últimos 12 meses, o Google se expandiu para o vídeo (com a aquisição do YouTube, por US\$ 1,65 bilhão, para criar um veículo de publicidade em vídeo; áudio (com a aquisição, por até US\$ 1,24 bilhão, da dMarc, uma rede automatizada de venda de publicidade em rádio); e mídia impressa (com um acordo para vender publicidade em 66 jornais americanos. O grupo negocia há meses para fechar acordo com um grande conglomerado de mídia que permita o YOUTUBE se integre à mídia convencional, com a exibição de conteúdo protegido pelos direitos autorais no site em troca de uma participação nas receitas publicitárias que isso possa vir a gerar”.

É interessante observar que a mesma cifra foi mencionado na nota do Herald Tribune, de 22 de abril último [<http://www.iht.com/bin/print.php?id=5389504>], no título “When Youtube is a threat”, de Eric Pfanner, quando veio a público a seguinte opinião: “Alan Johnson, the British Education Secretary, called on Youtube not to carry videos of students insulting each other or their teachers, apparently an increasingly popular genre of video in Britain. In several countries, individual schools have blocked access to Youtube over similar issues.

Embora tal fato tenha sido colhido da imprensa, não deixa de ser relevante para manter o valor arbitrado diante do poder financeiro do ré, sob pena de a sentença ser descumprida e, a multa, ridicularizada. É inadmissível que o Youtube nada faça e crie, com isso, um clima de insegurança social pela falsa impressão de que tudo é possível ou permitido na Internet, quando, na verdade, devesse pregar uma ideologia oposta. O seu dever é o de limpar o site do material que ofende direitos da personalidade ou pagar a multa por não fazê-lo.

Isso posto, indefere-se o pedido para que se declare prejudicado o agravo e dá-se provimento, em parte, ao agravo, determinando que a YOUTUBE promova, em trinta dias, medidas concretas de exclusão do vídeo do canal, dos links

admitidos, advertindo e punindo, com exclusão de acesso de hospedagem, todos os usuários que desafiarem a determinação com a reinserção do filme, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 250.000,00.

O ilustre Desembargador Teixeira Leite sugere que os requeridos IG e GLOBO fiquem isentos dos ônus da sucumbência, devido a ter se demonstrado que não desafiaram a tutela antecipada e não opuseram resistência que justificasse a responsabilidade por honorários. Concorde-se que a postura dessas duas partes não é igual a do Youtube, que insiste em desafiar a sentença, criando obstáculos com base em dificuldades técnicas, o que fez com que o processo ganhasse a litigiosidade que o identifica como paradigma de uma polêmica de valores [Internet *versus* intimidade]. No entanto, em todas as suas manifestações, inclusive nas contra-razões, essas empresas defendem a legalidade da exibição e afirmam que os autores não teriam razões, jurídicas e morais, na defesa de predicamentos da personalidade, o que anima concluir que não fosse o poder de coerção estabelecido não existia o que agora se afirma de não resistência. Porém, a intervenção do digno Revisor não é totalmente infundada, porque, diante de situações diversas, caberia lavrar capítulos distintos na distribuição dos ônus. As custas serão pagas proporcionalmente, sendo que os honorários serão arbitrados em cifras variadas.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso, para julgar a ação procedente, acolhido o pedido dos autores, executando-se tal como decidido no agravo de instrumento nº 488.184-4/3, mantido o valor da multa. Ficam invertidos os ônus da sucumbência, respondendo as requeridas pelas custas do processo e honorários de advogados, sendo que em relação ao Youtube são arbitrados em R\$ 20.000,00 para os advogados de RENATO e R\$ 10.000,00 para os advogados de DANIELLA, na forma do artigo 20, § 3º, do CPC, em reconhecimento ao trabalho desenvolvido e a dedicação à causa. A diferença de valores é explicada pelo fato de os advogados de DANIELLA CICARELLI terem assumido o patrocínio nas vésperas da emissão da r. sentença. Para a IG e a GLOBO os honorários são fixados, para ambos, em R\$ 3.000,00, sendo R\$ 2.000,00 para os advogados de Renato e R\$ 1.000,00 para os advogados de Daniela Cicarelli, com atualização monetária a partir do presente julgamento.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores
TEIXEIRA LEITE [Presidente] e FABIO QUADROS.

São Paulo, 12 de junho de 2008.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI
Relator