

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO, PROLATADO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AGRV. N.: 472.738-4, DA COMARCA DE SÃO PAULO, DA 4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

*Antonio Darienzo Martins**
*Fábio Luis Franco***

EMENTA: 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.

O CASO

Foi ajuizada uma ação cominatória buscando a impedir a circulação e divulgação de fotografias e filmes, de cenas íntimas, envolvendo os dois autores: Daniella Cicarelli Lemos e Renato Aufiero Malzoni Filho, com pedido de tutela antecipada, que negado em primeiro grau de jurisdição, foi objeto de recurso de agravo, sob n. 472.738-4, cujo relato esteve a cargo do Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, que acabou concedendo a tutela inibitória, para impedir que os provedores de conteúdo; INTERNET GROUP DO BRASIL LTDA., ORGANIZAÇÕES GLOBO DE COMUNICAÇÃO e YOUTUBE INC., continuassem a fazer a divulgação, pública, das referidas imagens.

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

* Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNIPAR – Campus Paranavaí; Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá - CESUMAR; Docente do Curso de Direito da UNIPAR – Campus Paranavaí; Advogado na região de Paranavaí e Nova Londrina-Pr. E-mail: darienzo2@hotmail.com

** Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Unipar-Paranavaí; Mestre em Direito pelo CESUMAR-Centro Universitário de Maringá; Docente do Curso de Direito da Unipar – Campus Paranavaí, Advogados na região de Paranavaí e Nova Londrina-Pr. E-mail: fabio-franco@vspmail.com.br

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 a 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.

Cumprido, 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.

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. 2. ed. Rio de Janeiro: 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 discrição 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” [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 expresso 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 seria 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.

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 vênia 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 n. 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.

Daí porque, a princípio, a conduta dos agravantes bem se aproxima daquilo que o MM.Juiz Alcides Leopoldo e Silva Junior, anotou como renúncia ao direito a privacidade e intimidade. Aliás, sobre isso, entende-se que significa “viver de forma independente com um mínimo de ingerência alheia”. (cf. A pessoa pública e seu direito de imagem, Ed. Juarez de Oliveira, pág.85

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.

Também e ainda à primeira vista, os argumentos utilizados acerca da possibilidade de prejuízos de ordem profissional não convencem para o que, no momento, se pretende. Com efeito, seria suficiente apenas uma notícia escrita ou mesmo uma simples fotografia do episódio, para justificar algum tipo de inconveniência desse proceder com aquilo que antes possa ter interessado em termos de associação da imagem pública dos agravantes com algum tipo de publicidade, aliás, o que já ocorreu, sem a interferência tirada da conduta dos agravados, de um outro tipo dessa exposição.

Dáí porque, a meu ver, 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, pelas circunstâncias, à agravante, uma pessoa pública e desse meio da mídia, 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 sequencial e progressiva, fica evidente que os protagonistas também se descuidaram desse elemento tempo de exposição e, por óbvio, maiores conseqüências.

Logo e na busca de um limite, transferindo para o exame do mérito da ação eventual separação dos aspectos individuais dos litisconsortes nesse episódio, mesmo porque se o agravante, que não é uma pessoa pública, teve ou poderá ter algum tipo de bônus, conseqüentemente, experimenta o ônus dessa sua opção, 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 autorizada divulgação dessa cena 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 necessidade é colocar um limite 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 Excelência.

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, ousou 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, pelo que não há como obrigar os agravados ao exercício de 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

COMENTÁRIOS:

SUMÁRIO: *1 O Direito a informação em face aos direitos da personalidade: aspectos protetivos da legislação constitucional e infraconstitucional e da doutrina nacional e estrangeira; 2 Conclusão; Referências.*

1 O DIREITO A INFORMAÇÃO, EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: ASPECTOS PROTETIVOS DA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL E O POSICIONAMENTO DA DOCTRINA NACIONAL E ESTRANGEIRA.

O direito de informação é uma expressão do direito à liberdade, que abrange a liberdade de locomoção, de expressão, de escolha de uma profissão ou de uma religião, dentre outras.

Assinala o renomado autor Jose Afonso da Silva que informação, designa o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou aquilo que é colocado à disposição do público) sob formas apropriadas, por meio de notícias, elementos de conhecimento, idéias ou opiniões.

Por sua vez, Jorge Miranda, adota a terminologia “liberdade de informação”, afirmando que esta consiste em apreender ou dar a apreender fatos e notícias, prevalecendo o elemento cognitivo.

O emprego do termo direito de informação, em lugar de liberdade, é justificável, diante da necessidade de se sistematizar esse complexo de direitos, liberdades, garantias e limites inerentes à informação, sendo por isso, mais adequado referir-se a direito de informação.

O direito de informar corresponde a outro direito coletivo: o direito de ser informado sobre os fatos do dia a dia.

O papel dos veículos de informação vai além de, simplesmente, manter a sociedade informada. Exercem uma função de controle dos atos dos agentes do Estado. Por isso, podemos dizer que a imprensa, em seu conceito amplo, representa os olhos e ouvidos do cidadão comum, contribuindo para o fortalecimento da democracia.

Daí a grande importância da difusão da informação no mundo moderno.

A informação pode abranger, não só fenômenos físicos (chuvas intensas em São Paulo, por exemplo); fenômenos políticos ou fofocas de artistas. Entretanto, as notícias mais comuns, são aquelas envolvendo a pessoa humana como foco principal.

Direitos da Personalidade compreendem, assim, os direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade.

Os direitos da personalidade têm natureza polêmica. A Escola do Direito Natural os vê como direitos inatos ou originários, focalizando os seus titulares em seu estado natural, tendo existência, muito anterior ao direito legislado.

Contrariamente, De Cupis, afirma que os direitos da personalidade se firmam como produto do direito positivo, do qual retira uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento.

Em nosso país, as teorias positivadoras, logo foram encampadas por grande parte dos nossos doutrinadores, que discursaram sobre o tema. Presentemente, o tema deve ser tratado sob o ponto de vista civil-constitucional, tendo em vista, que a fonte normativa da matéria está disciplinada na Constituição Federal.

A questão dos direitos da personalidade ganhou maior relevo dentro do ordenamento jurídico pátrio, no momento em que o constituinte de 1988, considerou a cidadania e a dignidade da pessoa humana como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, no qual se constituiu a República Federativa do Brasil (art.1º, II e III, CF).

Dentre eles, figura o direito à intimidade, como a esfera de que o indivíduo necessita, vitalmente, para poder livre e, harmoniosamente, desenvolver sua personalidade. Quando se fala em direito à privacidade no lugar de direito à intimidade, não se está tratando da mesma figura, mas de direitos semelhantes, mas não iguais. O direito à intimidade representa uma esfera mais profunda do direito da personalidade da pessoa humana, enquanto o direito à privacidade indica uma esfera mais superficial. A Constituição Federal no inciso X do art.5º trata, expressamente, da proteção à intimidade, o que não quer dizer que deixe, ao desabrigo, o direito à privacidade, uma vez que ambas (a intimidade e a privacidade), fazem parte do patrimônio subjetivo da pessoa humana.

Após a vigência da Constituição de 1988, veio a lume o Código Civil de 2002, que por intermédio de seus arts. 11 usque 23, passou a dar proteção, também, ao tema dos Direitos da Personalidade.

A ação proposta pelos Agravantes, certamente, também estava fundamentada nos arts. 12 e 21 da lei substantiva civil, sendo certo de que a questão do pedido de indenização por danos morais, o desembargador relator, deixou de apreciar, levando-se em conta que a tutela que foi concedida, visava apenas, assegurar a cessão da divulgação da informação das fotografias e do vídeo e que os demais temas, ficariam sob a responsabilidade do pronunciamento do juízo de primeiro grau de jurisdição.

Tendo em vista tudo o que foi mencionado, devemos buscar um meio de conciliá-lo com os direitos da personalidade. Caso isto não seja possível, perquirir qual destes direitos constitucionalmente assegurados deve prevalecer, quando houver conflito entre eles, como se vê no acórdão, cujo inteiro teor reproduzimos acima.

Na vigente Constituição, ao estabelecer um capítulo dedicado, exclusivamente, aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, em nenhum momento conferiu-se, a qualquer deles, um caráter absoluto, prova disso, é que nem o direito à vida, que é um bem supremo, ostenta tal qualidade, como se vê no que dispõe o inciso XLVII, alínea “a”, do art. 5º, que admite, excepcionalmente, a pena de morte.

Assim o direito de informação encontra limitações, tratando-se do respeito ao direito à intimidade uma delas.

Deve-se ter em mente que a informação transmitida deve ter algum interesse público, algo que acrescente ao seu destinatário.

O que pode gerar polêmica são as restrições ao direito de informar, quando aquele que for focado pela notícia se tratar de pessoa pública. Tanto políticos como artistas, não podem pretender ficar, totalmente, longe do foco dos órgãos de informação.

Quanto aos primeiros, o fato de serem detentores de um mandado, tem o cidadão direito de saber se eles estão valorizando o voto que lhe foi conferido nas urnas.

Quanto aos segundos, ter o seu nome lembrado pela imprensa ou serem assediados nas ruas pelo público, significa valorizar a sua atividade profissional.

Por isso, tanto os primeiros, quanto os segundos, mais do que qualquer do povo, deve suportar a imprensa em geral ou mesmo o cidadão comum. Isto não quer dizer que o direito de informar é absoluto, porque a pessoa pública possui uma esfera privada, que tem o direito de manter a salvo da curiosidade alheia. A única exceção a esta regra é quando um ato da vida privada tiver reflexos relevantes na sua vida pública.

O direito à imagem constitui outro dos direitos da personalidade, e talvez, o mais violado pela imprensa. Quase que, diariamente, a imprensa escrita ou os noticiários televisivos, mostram a imagem de pessoas, por vezes, suspeitas de terem cometido alguma espécie de prática delituosa ou contrária a moral e aos bons costumes.

Não estamos aqui, defendendo o cerceamento do direito de informação nem a censura prévia, procedimentos inteiramente incompatíveis com o Estado de Direito. A questão é apenas, de exigir maior responsabilidade daqueles que lidam com o direito de informar, sem que com isso haja a exploração, inadequada, da imagem ou da informação transmitida.

2 CONCLUSÃO

Diante do exposto é possível afirmar que o direito à intimidade deveria prevalecer sobre o direito de informar?

A princípio, entendemos que sim, posto que o direito à intimidade constitui a manifestação de um dos direitos da personalidade, e este deve ser assegurado em nome da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

De outro vértice, o direito de informação, constitui apenas um dos componentes do rol de direitos fundamentais - art. 5º da Carta Magna.

O fato de que não existem direitos absolutos, abrange os direitos da personalidade, também, podendo por isso, sofrer restrições em determinadas situações.

Como o constituinte de 1988, não estabeleceu qualquer hierarquia entre os direitos fundamentais, na hipótese de conflito entre eles, a solução mais segura é a ponderação de interesses, por meio da qual se irá valorar qual bem jurídico deverá prevalecer. É importante observar, que tal ponderação deverá ser feita diante do caso concreto, já que as hipóteses podem ser semelhantes, mas não totalmente, iguais.

No caso versado no Acórdão acima, o comportamento inadequado, contrário aos bons costumes, adotado pela artista e seu namorado, como pessoa pública que é, atriz famosa, não se pode censurar àqueles que divulgam, pelo simples fato de divulgar, sem explorar a imagem para qualquer outro fim, arcando ela com os efeitos de suas atitudes desvairadas e que deveriam, não só por ela, como por qualquer outro cidadão, serem adotadas, reservadamente, em local próprio.

A consciência de que não existem direitos absolutos é fundamental para que eles coexistam, lado a lado, em um mesmo ordenamento jurídico, permitindo a manutenção da paz no seio da sociedade.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Imprensa Oficial, 2006.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Moraes, 1961.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV - Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo VII. Parte Especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

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