

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

José Francisco Matos

Proteção à privacidade e a liberdade de imprensa

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

José Francisco Matos

Proteção à privacidade e a liberdade de imprensa

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca
Examinadora da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
parcial para a obtenção do título de mestre
em Direito (Direito Civil), sob a orientação
do Professor Doutor Renan Lotufo.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

*Ao Professor Renan Lotufo, pela atenção,
incentivo e apoio, sem os quais essa tarefa não teria
sido cumprida.*

Proteção à privacidade e a liberdade de imprensa

Resumo: A dissertação situa a questão da proteção à privacidade frente a liberdade de imprensa, a partir da perspectiva histórica, desde a elaboração e fixação dos direitos fundamentais no mundo ocidental, até os atuais conflitos, envolvendo esses direitos. Analisa esses conceitos, levando em conta os diversos significados atribuídos à palavra privacidade. Demonstra o processo de formação da liberdade de imprensa, desde os primórdios até os nossos dias. Põe em relevo a relação desses dois direitos, com as profundas zonas de colisão existentes. Busca ultrapassar tais conflitos, empregando técnicas de ponderação, com prestígio aos princípios e ideias basilares da Constituição Federal.

Palavras-chave: Privacidade, liberdade, liberdade de imprensa, colisão de direitos.

Abstract: This dissertation situates the question of protecting privacy against press freedom from the historical perspective of its elaboration ranging from the origins of western world fundamental rights to the current conflict between these rights. It analyzes these concepts taking into account the different meanings of the word to privacy. It demonstrates the process of formation of press freedom from the beginning until the present day. It also underlines the relationship between these two rights the deep areas of collision exist. It search overcome these conflicts, using techniques of measurement, with prestige to the principles and basic ideas of the Federal Constitution.

Key-words: Privacy, freedom, press freedom, collision of rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – Direitos da personalidade.....	3
1.1. Origens remotas	3
1.2. A denominação e as suas características	9
1.3. Conceito	11
1.4. A personalização (despatrimonialização) e a constitucionalização do Direito Civil.....	13
1.5. A dignidade da pessoa humana	18
CAPÍTULO 2 – Honra, imagem, privacidade e intimidade	22
2.1. Direito à honra.....	22
2.2. Direito à imagem.....	28
2.3. Direito à privacidade	32
2.3.1. Espaço público e privado: a relevância da distinção.....	38
2.3.2. Direito à privacidade e pessoas públicas	42
2.4. Direito à intimidade.....	44
2.5. Teoria das esferas	46
CAPÍTULO 3 – Direito à informação, direito de informar e liberdade de imprensa.....	49
3.1. Liberdade de expressão em sentido amplo.....	40
3.2. Liberdade de imprensa – alguma história	50
3.3. Liberdade de informar, direito a ser informado e pluralismo de expressão.....	54
CAPÍTULO 4 – Colisão de direitos	57
CAPÍTULO 5 – Tutela civil do direito à privacidade frente à liberdade de imprensa.....	62
5.1. Tutela civil da privacidade	63
5.1.1. Tutela civil preventiva da privacidade	64
5.1.2. Tutela civil corretiva da privacidade	68
CONCLUSÕES	72
BIBLIOGRAFIA.....	77

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se, em linhas gerais, como projeto de dissertação de mestrado, a perquirir e estabelecer a dinâmica relação entre o direito à privacidade e o exercício da liberdade de imprensa.

De fato, apaixona a discussão da liberdade frente à privacidade na tradição do pensamento jurídico. O assunto é frequentemente reavaliado a partir dos seus pressupostos fundamentais, cujo caráter histórico torna-os mutáveis e permeáveis a dados relacionados ao binômio espaço-tempo, abrindo um amplo leque de possibilidades interpretativas.

Vivemos o tempo da socialização dos espaços privados, em que o projeto de felicidade deixou de ser uma experiência individual, passando a ser uma proposta de emancipação coletiva, em que o indivíduo é estimulado constantemente a aparecer, a se mostrar.

De fato, não é possível ignorar a constante espetacularização do dia-a-dia, e para tanto temos *twitter*, *orkut*, *Big Brother*, dentre outros, como exemplos do universo midiático utilizado por pessoas, famosas ou não, que buscam ser reconhecidas.

Há um culto à observação do outro e, ao mesmo tempo, da exposição de si próprio. Essa exposição pessoal é algo novo, pois é certo que sempre houve interesse por parte significativa da população em tomar conhecimento da intimidade alheia, mormente quando se tratava de pessoas públicas, mas, atualmente, o que se vê é que os muitos, famosos ou não, procuram incessantemente expor aos olhos de todos a própria intimidade.

A tecnologia também contribui para a alteração da arquitetura do espaço privado. Assim, tornaram-se mais tênues os limites íntimos do indivíduo, que, no interior do seu lar, quiçá no seu quarto, utilizando-se do seu microcomputador, é capaz de adentrar na intimidade alheia, assim como expor a sua, sem qualquer limitação de tempo e espaço.

Por seu turno, as ditas celebridades vivem e alimentam uma parcela considerável da mídia com assuntos que, no mais das vezes, não possuem conteúdo jornalístico algum; o

que se busca, efetivamente, é a exposição plena e ilimitada da vida privada a um universo de consumidores ávidos por tais informações.

Também não pode ser negada a relevância do exercício da liberdade de expressão e comunicação, enquanto requisito à formação e preservação de uma sociedade democrática e plural. Cabe à imprensa, além de sua função informativa, concorrer para a formação da consciência da sociedade como um todo.

É mister, portanto, estabelecer os limites, a fronteira entre o legítimo exercício da liberdade de imprensa e a preservação de um núcleo mínimo de reserva da privacidade, sempre, a partir de parâmetros interpretativos galgados no direito positivado.

Nesse ponto, sobreleva a importância de serem entendidos e classificados os direitos da personalidade, em especial aqueles que mais se relacionam, ou entrecrocamos com o exercício da liberdade de imprensa, pois, se de um lado há o direito de informar e de ser informado, há também um espaço recôndito do ser humano que deve ser preservado.

Essa aparente colisão de direitos, todos eles de natureza constitucional, ou seja, de mesmo grau hierárquico no ordenamento jurídico, deve ser resolvida através de critérios lógico-jurídicos que permitam estabelecer a prevalência de um direito em detrimento do outro.

Releva, por fim, apontar para as consequências na ordem jurídica positivada da revogação ou não recepção da Lei de Imprensa após o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130/DF.

Ressaltamos, ainda, que a proposição é, a partir dos princípios e valores supremos e transcendentais que contemplam os institutos, buscar uma síntese orgânica, capaz de auxiliar na solução de eventuais colisões entre direitos e orientar a tutela civil do direito à privacidade frente aos abusos no exercício da liberdade de imprensa.

CAPÍTULO I

Direitos da personalidade

1.1. Origens remotas

A partir do estudo da personalidade e dos direitos a ela inerentes estabelecemos o marco inicial de nosso trabalho. A condição humana, hoje inerente a toda pessoa humana, diverso do que se dava nos tempos em que foram concebidas e admitidas a servidão e a escravidão, com a preservação da dignidade que lhe é imanente, só se revela viável a partir do reconhecimento de um núcleo mínimo de direitos sem os quais a aquisição dos outros não é possível. Dentre esses direitos inerentes à personalidade, podemos destacar os seguintes: direito à preservação da vida, à integridade física, à honra, à imagem, à privacidade e à liberdade.

É mister, ainda que breve, incursão pela antiguidade clássica, marco fundamental de todo o pensamento ocidental, berço da filosofia e do direito, ponto de partida de qualquer resumo histórico sobre os direitos do homem.

Faz-se necessário, portanto, iniciarmos essa pequena digressão histórica na Grécia antiga, onde tudo começou. Nesse sentido, o pensador inglês Bertrand Russell já afirmara que “num sentido formal, toda a filosofia ocidental é filosofia grega”¹. Doravante, a origem da civilização ocidental se baseia na tradição filosófica e científica que teve início na Grécia, com Tales de Mileto, há aproximadamente dois mil e quinhentos anos.

Podemos assinalar e identificar algumas características próprias da Grécia antiga. A antiguidade grega pode ser escalonada em três grandes épocas históricas, com conseqüentes diversidades nos ordenamentos jurídicos e na própria forma de hierarquização social: a época arcaica (com predomínio das civilizações cretense e micênica), a época clássica (com predomínio da *polis*, ou seja, daquilo que era comum aos cidadãos livres, em oposição ao que era particular a cada indivíduo – esfera do *oikos*) e a

¹ RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro, Ediouro, 2003, p. 15

época helenística (com abrangência da dominação macedônica, do império de Alexandre e as monarquias resultantes do seu desmembramento)².

Bertrand Russell³ nos diz que os cretenses migraram de Creta, a partir de 1700 a.C., para a vizinha Grécia, sobretudo em razão de terremotos e erupções vulcânicas ocorridas na ilha. Interessante anotar que o artesanato cretense transformou a cultura dos povos continentais, conforme comprovado pelo sítio de Micenas, na Argólida, tradicional berço de Agamenon. Esse é o período micênico, cuja memória é retratada por *Homero*⁴. Tal período se estendeu até 1.400 a.C, quando um grande terremoto pôs fim à supremacia cretense.

Após uma época de obscuridade, cujo início se deu por volta de 1.100 a.C., em razão das chamadas invasões dóricas, a Grécia sofreu uma sequência regular de mudanças, com o poder migrando para a aristocracia, depois para um período de monarcas não hereditários ou tiranos, até chegar às mãos dos cidadãos, donde remonta o sentido literal da palavra “democracia”. A seguir, a tirania e a democracia se alternaram. Em decorrência de tais acontecimentos, na época clássica, na sociedade micênica continental, já se vislumbrava uma profunda divisão de classes, entre a aristocracia, as pessoas livres (camponeses e artesãos) e os escravos.

Na época clássica, a família era do tipo patriarcal, carecendo a mulher dos mesmos direitos atribuídos ao homem. Nessa fase, a fonte de direito era o costume e como Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, socorrendo-se de Jean Gaudemet, observa,

“Homero não menciona qualquer noção abstrata e geral de lei (*nomos*), que já aparece em Hesíodo, embora Homero repetidamente se refira a *themis* (primeiramente tomada num sentido espacial ou material como ‘círculo sagrado’ ou ‘mesa de conselho’ e mais tarde como divindade, serva de Zeus, que reflete a

² SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 40.

³ RUSSEL, Bertrand. Ob. cit., pp. 21-22.

⁴ De Homero, o homem, pouco se sabe, porém, é indiscutível ter sido o mais antigo e o maior monumento literário do mundo grego. Podemos afirmar que ele viveu no século VIII a.C, e que a ele se atribui a autoria dos dois grandes poemas épicos, *Ilíada* e *Odisséia*, que possuem como tema a Guerra de Tróia, que aconteceu pouco depois de 1200 a.C.

estabilidade, a não violência, que deveria inspirar as relações humanas e os julgamentos e que também era entendida por Homero como a regra geral inspirada pela vontade dos deuses) e a *dikê* (o julgamento e mais tarde entendida também com o sentido geral de princípio de direito)”⁵.

Um núcleo comum nos diversos ordenamentos jurídicos vigentes em cada uma das *polis* gregas marcou a época clássica. Essa característica sobreviveu ao período monárquico (exceção feita às normas de direito público) e também influenciou decisivamente o direito romano. Esse núcleo comum era, sobretudo, observável no direito de Atenas. As cidades gregas eram essencialmente a comunidade de seus cidadãos, que eram os homens livres e chefes de família, que tinham acesso à assembléia da cidade, excluídas as mulheres, bem como os filhos sujeitos ao poder paterno, os estrangeiros e os escravos. Nessas circunstâncias é que se desenvolveu o pensamento de Aristóteles, para quem o homem é um animal político, que não vive isolado, mas em sociedade. Mesmo no nível mais primitivo, isto envolve algum tipo de organização e a noção de ordem brota desta fonte. Portanto, a ordem é, antes de tudo, a ordem social⁶.

Necessário salientar, ainda, quanto aos escravos, que na Grécia eles não eram tidos como coisas, mas pessoas, sendo reprovados socialmente a morte e os maus tratos contra eles, mesmo quando cometidos pelo próprio senhor.

Porém, neste momento, o que mais releva assinalar, quanto aos direitos da personalidade, como o faz Capelo de Sousa, é que

“o pensamento jurídico grego tinha como seguro que cada homem tinha personalidade e capacidade jurídicas, que a capacidade jurídica, ativa ou passiva, se definia abstratamente e que as distinções de estatutos entre as classes (v.g. as da lei de Gortina) apenas deveriam estabelecer diferenças quantitativas”⁷.

Disso decorre a constatação de que a noção geral e abstrata de pessoa fixou-se no pensamento grego, sobretudo em virtude do desenvolvimento da sua filosofia.

⁵ Cf. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. Ob. cit., pp. 41-42, nota 47.

⁶ Cf. RUSSEL, Bertrand. Ob. cit., p. 26.

⁷ Cf. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. Ob. cit., pp. 42-43.

Assim, a partir das ideias desenvolvidas por seus filósofos é que os gregos passam a entender na lei (*nomos*) a força para assegurar a ordem interna da cidade, e, mais, a entendê-la não como um capricho dos deuses, mas como obra do homem, da sua vontade, apta a regulamentar as relações entre os co-cidadãos. A autoridade para os gregos decorre da lei, que, como visto, era feita pelos homens e para os homens. Note-se, ainda, que, ao lado da lei escrita (*nomos êngraphos*), os gregos reconheciam também a lei não escrita (*nomos ágraphos*), que poderia tanto designar o costume juridicamente relevante, quanto as leis universais, originalmente de cunho religioso.

Mas, como assinala Fábio Konder Comparato⁸, foi em Atenas, que a preeminência da lei escrita tornou-se o fundamento da sociedade política. Um exemplo clássico desse respeito pela lei é a recusa de Sócrates de escapar à sentença de morte decretada pela corte de Atenas.

Já no Direito Romano, a plena capacidade jurídica, e conseqüentemente todos os direitos da personalidade, era atributo apenas daqueles que possuísem os três status jurídicos: a) o *status familiae* (com qualidade de *pater-familias*), b) o *status civitatis* (a qualidade de cidadão, negada aos estrangeiros e aos escravos, e que os plebeus custaram a alcançar) e c) *status libertatis* (a qualidade de pessoa livre)⁹. Esses *status* podiam ser alterados, sendo possível a perda parcial ou total deles, por meio da *capitis deminutio*¹⁰.

A síntese proposta pelos romanos para os princípios básicos do seu direito encontra-se expressa na sentença: “Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu”¹¹. Porém, no que se refere à tutela da personalidade, o direito romano não cuidou dos direitos da personalidade nos moldes hoje conhecidos, haja vista que, como adverte Carlos

⁸ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

⁹ Cf. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. Op. cit., p. 47.

¹⁰ Vem a calhar, a propósito, a transcrição da doutrina de Carlos Alberto Bittar: “No direito romano previam-se direitos à pessoa correspondentes a: a) ‘status libertatis’ (condição de liberdade da pessoa, em contraposição à situação de escravo, que, como ‘res’, sofria da chamada ‘capitis deminutio maxima’); b) ‘status civitatis’ (situação de nascimento na cidade, de que gozavam os cidadãos romanos, ou ‘cives’, ou ‘quirites’, cuja ausência significava a ‘capitis deminutio media’, própria do estrangeiro); c) ‘status familiae’ (posição do cidadão enquanto chefe de família, cuja falta importava em subordinação a ascendente masculino, na denominada ‘capitis deminutio mínima’).” In: BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 28.

¹¹ ULPIANO, *Digesto 1.1.10.1*: “*Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”.

Alberto Goulart Ferreira, “o status exercido pelos romanos foi significativo no sentido da construção dos direitos da personalidade, mas sempre voltados para a prevalência dos interesses da pátria”¹².

Havia, é certo, os chamados “éditos do pretor”, na época clássica, que ultrapassavam as deficiências da Lei das XII Tábuas em matéria de tutela dos direitos da personalidade. Nesse instrumento jurídico de proteção o pretor exercia o papel de institucionalizador do consenso entre terceiros, e tais éditos passaram a tutelar a pessoa também nas suas relações jurídicas concretas, permitindo ao julgador estimar a injúria e graduar em dinheiro a sua sanção ao *quantum aequum iudici videbitur*¹³. As primeiras leis protetivas dos direitos da personalidade surgem, também, nesse período, dentre elas a vedação às injúrias com agressões físicas e violação do domicílio dos cidadãos (*Lex Cornelia*), a proteção à integridade física dos escravos (*Lex Aquilia*), ou a proteção da liberdade individual (*Lex Fabia*), porém, os éditos continuaram a ostentar a qualificação de principal instrumento de proteção aos direitos da personalidade, mesmo, após a edição de tais leis.

Nesse sentido, Capelo de Sousa¹⁴, com amparo na doutrina de *Jhering e Herrmann*, conclui pelo fundamental papel dos éditos do pretor,

“enquanto a *lex Cornelia* tipificava taxativa e concretamente as injúrias que punia (*pulsatum, verberatumve, domunve introitam* – L. 5 pr. de *injur.*, D. 47,10), o édito do pretor qualificava a sua noção de injúria abstratamente, como cláusula geral (*quid INJURIALE factum sit* – L. 7 pr. de *injur.*, D. 47,10), o que permite sustentar que, com a *hybris* grega, a injúria romana constitui o embrião do direito geral de personalidade.”

Durante a Idade Média, com a fragmentação do Império Romano do ocidente, ocorre uma grande retração na atividade comercial, com a divisão econômica em feudos, o que torna a economia cada vez mais fechada. Aliado a isso, tem-se, ainda um quadro de guerra endêmica e respectiva necessidade de proteção, o que faz renascer o direito romano

¹² Cf. FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. *Espaço jurídico vazio e a tutela da intimidade*. Curitiba, Juruá, 2008, p. 129.

¹³ Cf. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. Ob. cit., p. 53.

¹⁴ Cf. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. Ob. cit., p. 54 e nota 86.

provincial. A organização social revela uma nítida hierarquização e estratificação, com grande diversidade de estatutos jurídicos, não apenas entre as diferentes classes sociais, mas também dentro de cada um dos subgrupos sociais¹⁵. O costume ressurgiu como fonte de direito, com prevalência dos costumes dos povos bárbaros vencedores. Porém, foi sobre a concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, fonte do núcleo universal dos direitos humanos¹⁶.

Todavia, a categoria dos direitos da personalidade, consistente nos direitos próprios e essenciais à tutela da pessoa humana, na sua dignidade e integridade, é uma construção recente e decorre de construções doutrinárias germânicas e francesas havidas na segunda metade do século XIX. Nesse sentido, Carlos Alberto Goulart Ferreira¹⁷ adverte que, embora se reconheça o início da teoria sobre personalidade no direito romano, a maioria dos autores afirma que não havia à época uma teoria protetiva dos direitos da personalidade. Nesse sentido, também, o escólio de Gustavo Tepedino,¹⁸ ao sustentar que a doutrina dominante, apenas nos anos 50 do século XX, passou a admitir a existência dos direitos subjetivos atinentes à personalidade, mesmo que bastante apegada ao modelo dos direitos subjetivos patrimoniais, e, em particular, ao direito de propriedade.

De fato, o surgimento dos direitos da personalidade, como categoria autônoma, no direito contemporâneo se deu ao longo do século XX, mais especialmente, depois de 1945, quando esses direitos passaram a ser inseridos nos códigos editados nos Estados democráticos. Além disso, a partir desse momento histórico é que a ciência jurídica iniciou o desenvolvimento da chamada teoria geral dos direitos da personalidade¹⁹.

Essa elaboração originária da doutrina tedesca e francesa, desenvolvida desde o intermédio do século XIX, relaciona os direitos da personalidade à tutela da pessoa

¹⁵ Cf. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. Ob. cit., p. 57.

¹⁶ Nesse sentido, Fábio Konder Comparato leciona: “E é essa igualdade de essência das pessoas que forma o núcleo universal do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas”. Ob. cit., p. 20.

¹⁷ Cf. FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Ob. cit., p. 133.

¹⁸ Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito civil – A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 29.

¹⁹ Na Lei Fundamental alemã de 1949, a teoria geral da personalidade pela primeira vez foi tratada com amplitude e nitidez, sendo certo, todavia, a existência de previsão anterior, ao menos, desde o Código civil belga de 1907, no seu art. 28: “*Celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser*”, livremente vertido ao português: “aquele que sofrer um atentado ilícito aos seus interesses pessoais pode requerer ao juiz que o faça cessar”.

humana, como leciona Renan Lotufo²⁰, essencialmente quanto a sua integridade e sua dignidade. Doravante, a prevalência da dignidade humana passou a ser a tônica dos sistemas constitucionais, superado o estatismo prevalecente no período anterior.

Pode-se afirmar, ainda, que os direitos de personalidade são, no mais das vezes, direitos fundamentais já inseridos no ordenamento, nas próprias constituições dos países democráticos, o que torna as constituições a fonte normativa primária desses direitos. De fato, os direitos da personalidade e os direitos fundamentais são os mesmos direitos, porém os direitos humanos (ou fundamentais) são os direitos essenciais do indivíduo frente ao Estado, nitidamente relacionados ao direito público, eles nasceram como proteção do indivíduo frente às arbitrariedades do Estado. Nesse pisar, ao examinarmos os direitos da personalidade, verificamos tratar-se dos mesmos direitos, mas vistos sob o ângulo do direito privado, aplicáveis nas relações entre particulares, servindo de instrumento de defesa frente às agressões realizadas por outras pessoas²¹. Tal se dá, por exemplo, com os direitos à honra, à imagem, à intimidade, à privacidade, à integridade física e psíquica, todos eles direitos expressos ou implícitos na Constituição da República de 1988.

1.2. A denominação e as suas características

Quanto à denominação dos direitos de personalidade, Claudio Luiz Bueno de Godoy sustenta que ela não é uniforme e “varia conforme o autor e a tese por ele adotada. Foram já também chamados de direitos essenciais, direitos fundamentais ou individuais da pessoa, direitos personalíssimos e direitos sobre a própria pessoa”²².

No direito brasileiro, a primeira codificação do direito civil, o Código de 1916, não tratou dos direitos da personalidade como categoria autônoma, o que veio a ocorrer apenas no Código Civil de 2002, com a inclusão de um capítulo específico, destinado à disciplina dos direitos da personalidade; isso se deu no Capítulo II do Livro I da Parte Geral (arts. 11 a 21).

²⁰ Cf. LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, pp 48-49.

²¹ Cf. MATTIA, Fabio de. “Direitos da Personalidade II”. In: *Enciclopédia Saraiva*, vol. 28. São Paulo, Saraiva, 1979, p. 150.

²² Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 16.

Comparativamente, no direito português, o art. 70 do Código Civil representa uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, pois protege todos os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa a sua personalidade. Esse artigo opera a distinção entre os conceitos de personalidade de objeto para sujeito de direitos, ao estabelecer a tutela geral da “personalidade física ou moral” dos indivíduos, ou seja, os bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada homem. Diante disso, sustenta o professor português Rabindranath V. A. Capelo de Sousa,

“repara-se, pois, que a personalidade surge aqui imediatizada no ser humano e configurada como objeto de direitos e deveres, não se perspectivando como elemento qualificador do sujeito da relação jurídica, enquanto tal, cuja qualificação nos é dada antes pelas ideias de *personalidade jurídica*, ou seja, pelo reconhecimento de um centro autônomo de direitos e obrigações, e de capacidade jurídica, isto é, pela possibilidade jurídica inerente a esse centro de ser titular de direitos e obrigações em concreto”²³.

Quanto as suas características, Pontes de Miranda²⁴ os considera *absolutos, objetivos, intransmissíveis, irrenunciáveis e inextinguíveis*. *Absolutos* por serem oponíveis perante todos, inclusive o Estado. *Objetivos* porque não são impostos por ordem sobrenatural, ou natural, aos sistemas jurídicos, mas, decorrentes de fatos jurídicos, que se produziram nos sistemas jurídicos, cuja relevância ao direito é consequência da tutela pelo direito objetivo. A *intransmissibilidade* deles resulta da infungibilidade da própria pessoa e da irradiação de efeitos próprios (os direitos da personalidade). A *irrenunciabilidade*, tal como a *intransmissibilidade*, decorre da sua ligação íntima com a personalidade e a eficácia irradiada por ela. Para Renan Lotufo eles são *absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, indisponíveis, vitalícios e necessários*. A *extrapatrimonialidade* é consequência da sua irreduzibilidade a interesses e/ou avaliações econômicas. *Indisponíveis*, por isso mais do que intransmissíveis e inalienáveis, porque o titular não pode privar-se de seus direitos da personalidade, não sendo, portanto, passíveis

²³ Cf. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. Ob. cit., p. 106.

²⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, v. 7, pp. 30-32.

de expropriação. *Necessários*, porque não se admite a ausência de qualquer um deles ao desenvolvimento da vida humana²⁵.

Deve ser ressaltado, por oportuno, que a ligação existente entre a personalidade jurídica e sujeitos de direito encontra uma limitação temporal, haja vista que tal ligação se realiza no ordenamento jurídico de determinado momento histórico²⁶. De fato, é o consenso geral havido em um dado momento histórico que permite a consideração da personalidade jurídica como atributo jurídico. Dado o seu caráter histórico, a consideração acerca da personalidade jurídica como atributo jurídico não é absoluta, porém representa a existência do consenso sobre um tema específico dentro de um dado sistema de valores. De fato, embora o direito brasileiro atribua personalidade jurídica a todos os seres humanos e às pessoas jurídicas, nem todos os sujeitos de direito têm personalidade e direitos da personalidade. Doravante, apenas os seres humanos possuem direitos de personalidade, que não se estendem às pessoas jurídicas. Nessa ordem de significâncias, a personalidade jurídica pode ser conceituada, sob duplo ponto de vista, ora como o conjunto de poderes atribuídos ao homem pelo ordenamento jurídico para figurar nas relações jurídicas, capaz de ter direitos e obrigações, ora, sob uma acepção natural, também chamada vulgar, como o conjunto de atributos e características próprios da pessoa humana, sendo coisa diversa e, bem por isso, independente da capacidade jurídica.

Neste âmbito, dentre as principais características dos direitos da personalidade, destacamos que eles são direitos *subjetivos*, que protegem a identidade e a subjetividade do próprio homem, representam a tutela do ser humano, desvinculados de qualquer apropriação patrimonial, falam do ser, e não do ter. Bem por isso, representam a tutela da singularidade existencial irreduzível, que cada homem ostenta, como centro criador e receptor do próprio ordenamento jurídico, ora criador, ora criatura.

1.3. Conceito

Antes de conceituarmos os direitos de personalidade, devemos perquirir o que seja personalidade, até para evitar qualquer confusão indesejável, haja vista que a

²⁵ Cf. LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 49.

²⁶ Cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 8.

personalidade, ela própria, não configura um direito²⁷, mas é considerada um conceito básico sobre o qual se apóiam direitos²⁸.

A partir do que até aqui foi visto, bem como com espeque na doutrina de *Tepedino*,²⁹ defendemos a possibilidade de se visualizar a personalidade sob dois pontos de vista, tanto como atributo da pessoa humana como o conjunto de características e atributos próprios do ser humano, objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. Assim, sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, a personalidade confunde-se com a capacidade, pois habilita o ser humano a tornar-se sujeito de direito. Este, também, é o ponto de vista estrutural (atinentes à estrutura das situações jurídicas subjetivas), no qual a pessoa, considerada na sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas³⁰. Já como conjunto de características e atributos da pessoa humana, a personalidade é considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. A tutela da pessoa humana, sob este ângulo, se dá contra as agressões que afetam a sua personalidade, em razão do que a doutrina identifica a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*.

Nessa seara, Francisco Loureiro³¹ sustenta que o nosso sistema jurídico, a partir da Constituição Federal de 1988, ao dispor no art. 1º, incisos II e III, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, admitiu de modo aberto a tutela geral da personalidade humana.

No que se refere à natureza jurídica dos direitos da personalidade entendemos que ela é de direito positivo, visto que o próprio direito natural, dado o seu conteúdo histórico-tempo-espacial, é sempre contingente do conteúdo necessário, o direito positivo.

²⁷ Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Ob. cit., p. 15.

²⁸ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 149.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit., p. 27.

³⁰ Dessa vertente extrai-se o escólio de DE CUPIS: “A personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica. Uma tal qualidade jurídica é um produto do direito positivo, e não uma realidade que este encontre já constituída na natureza e se limite a registrar tal como a encontra”. Cf. CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas, Romana, 2004, p. 19.

³¹ Cf. LOTUFO, Renan (coord.). *Caderno de Direito civil constitucional – Caderno 2º*. LOUREIRO, Francisco Eduardo. Artigo: *Direito ao sossego*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 114.

De fato, como observa Renan Lotufo, citando Pietro Perlingieri e Tepedino:

“... podemos concluir com Pietro Perlingieri, o qual lembra de forma incisiva que o denominado direito natural (dever ser) é sempre condicionado pela experiência do direito positivo (ser). De mesma opinião, Tepedino observa que os direitos da personalidade são tidos como inatos unicamente pelo fato de nascerem juntamente com a pessoa humana, mas, ressalta o referido autor, que nascem segundo a disciplina do direito positivo, despido pois de qualquer cunho jusnaturalista. Concluimos assim pela corrente que prega pela natureza positiva destes direitos”³².

Quanto ao conceito dos direitos da personalidade, Renan Lotufo os define como “o mínimo imprescindível para o ser humano desenvolver-se dignamente”³³. Capelo de Sousa, por seu turno, os conceitua como “o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados”³⁴.

1.4. A personalização (despatrimonialização) e a constitucionalização do Direito Civil

Não se pode relativizar a importância do desenvolvimento da filosofia existencialista, na primeira metade do século XX, para a mudança do eixo filosófico do *ser* para o *eu-subjetivo-singular* como pressuposto essencial ao surgimento dos direitos da personalidade. De fato, a filosofia existencialista desenvolveu-se sob a ideia de que a existência individual, revelada pela personalidade, com as suas características irreduzíveis, inigualáveis e irreprodutíveis, deve ser entendida como sinônimo de subjetividade, não mais de *ser*³⁵. Quanto à contribuição da filosofia existencialista ao desenvolvimento do conceito de pessoa, diz Fábio Konder Comparato:

³² Cf. LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 232), vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 54.

³³ Cf. *Idem*, ibidem, p. 49.

³⁴ Cf. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *Ob. cit.*, p. 117.

³⁵ Cf. LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 363-364.

“Confirmando a visão da filosófica estóica, reconheceu-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida. A pessoa não é personagem. A chamada qualificação pessoal (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) é mera exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a de outro qualquer. Por isso, ninguém pode experimentar, existencialmente, a vida ou a morte de outrem: são realidades únicas e insubstituíveis”³⁶.

Com o desenvolvimento da teoria geral dos direitos da personalidade, inicialmente, a preocupação era proteger o cidadão contra os arbítrios do Estado, limitando-se a tutela conferida pelo direito público à integridade física e a outras garantias políticas. Nesse primeiro momento, a preocupação com a pessoa humana não existia nas relações de direito privado. Gustavo Tepedino³⁷ observa que o Estado de modelo liberal não impunha limites ao indivíduo nas suas relações jurídico-patrimoniais, a autoregulação dos interesses era o norte do ordenamento privado, que cuidava, fundamentalmente, de assegurar que a transferência da propriedade fosse realizada livremente, especialmente, com a disciplina dos contratos. Eventuais abusos ou agressões à integridade física e psíquica das pessoas era matéria estranha ao direito privado, sendo objeto do direito público, a quem cabia, com o direito penal, realizar a repressão aos delitos.

Doravante, os direitos de personalidade passam a ser reconhecidos pelo direito privado, mediante a grande onda codificatória verificada no pós-Guerra, ao mesmo tempo em que ocorre a chamada positivação dos direitos humanos fundamentais, podendo-se afirmar, ainda, que o pressuposto necessário à positivação dos direitos da personalidade foi a proliferação dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos que adotaram o constitucionalismo liberal depois de 1945. O marco genuíno desse processo de incorporação aos ordenamentos dos Estados democráticos deu-se com a aprovação, em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A partir de então, aquele documento passou a ser acolhido, segundo a lição de Norberto Bobbio, “como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só de

³⁶ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Ob. cit., p. 27.

³⁷ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit., p. 32.

Estados, mas de indivíduos livres e iguais”³⁸. Os Códigos suíço, o japonês, o grego, o egípcio, o italiano e o de Quebec estão dentre aqueles que disciplinam positivamente os direitos da personalidade³⁹.

Desde quando a pessoa humana torna-se objeto de tutela também nas relações de direito privado, mormente ante o estabelecimento dos direitos subjetivos referentes à tutela dos valores próprios da personalidade, é que ganha força a configuração doutrinária dos direitos da personalidade, num primeiro momento, ainda, ligado ao paradigma do direito de propriedade⁴⁰.

Nesse sentido, a *personalização* ou *despatrimonialização*⁴¹ do direito civil – aqui entendida como a guinada havida, a partir da metade do século XX, da mentalidade particular e patrimonialista, consequência da vitória burguesa operada desde o século XVIII e notavelmente assimilada pelos códigos civis produzidos, especialmente, no século XIX, para a proteção da pessoa, considerada, desde então, como um todo, diverso, complexo e multifacetário, assim como a sua *constitucionalização*, fenômeno que se fez sentir desde o instante em que as constituições deixaram de ser apenas estatutos da organização jurídica e política do Estado e começaram a incorporar, depois de 1945, temas antes afetos apenas ao direito privado – passam a ser os novos paradigmas ao estudo do direito da personalidade⁴².

Com a despatrimonialização, o direito civil realiza a transferência do seu eixo axiológico da proteção patrimonial para a efetiva proteção do ser humano, abrangendo, sobretudo, os elementos da sua personalidade. A partir desse ponto de vista, tornou-se possível o enfrentamento e a superação da questão da individuação do bem jurídico objeto dos direitos da personalidade, que, conforme Gustavo Tepedino leciona, focado na

³⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Campus, 1992, p. 28.

³⁹ Cf. LOTUFO, Renan. Ob. cit., p. 49.

⁴⁰ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit., p. 32.

⁴¹ A expressão despatrimonialização é utilizada dentre outros por Pietro Perlingieri, ao afirmar que tal expressão individua a tendência normativa-cultural que revela a opção entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade, com fim em si mesma, do produtivismo e do consumismo, como valores). Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*, p. 33.

⁴² Cf. MELLO, Cláudio Ari. “Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade”. Artigo inserto na obra coletiva *O novo código civil e a constituição*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70.

doutrina de Giorgio Gianpiccolo, tem como interesse protegido relações jurídicas não-patrimoniais e, por isso mesmo, prescinde da separação entre o sujeito e o objeto do direito, o que não ocorre nas relações jurídicas patrimoniais⁴³.

Por seu turno, Cláudio Ari Mello ao analisar o processo de despatrimonialização e consequente personalização do direito civil, adverte para a importância crescente ao direito dos ditos elementos intrínsecos à pessoa humana que:

“... em toda a sua complexidade natural e histórica, racional e emocional, irrompem como fundamentais para garantir a felicidade humana, e essa fundamentalidade não pode mais ser ignorada pelo sistema jurídico. A honra, a reputação, a imagem, o nome e os atributos humanos que determinam a positividade ou negatividade das relações da pessoa com outros indivíduos e a comunidade em geral; a afetividade, a sexualidade, a integridade física e psíquica, todos os fatores fisiológicos, psicológicos e emocionais que são decisivos para o bem-estar humano compõem, da mesma forma, um conjunto de elementos que, dada a sua fundamentalidade para a felicidade do homem, exigem a atenção incisiva do direito”⁴⁴.

O que se propõe, como adverte Pietro Perlingieri, não é apenas assinalar a importância dos “interesses da personalidade no direito privado”, mas sim reconstruir o Direito Civil, sem a exclusão da tutela das situações patrimoniais, porém, com a alteração qualitativa desta tutela. O foco está no livre e digno desenvolvimento da pessoa, com a busca de um sistema econômico misto, público e privado, “inclinado a produzir modernamente e a distribuir com mais justiça”⁴⁵.

Portanto, ao direito civil, como disciplina positiva da atividade da convivência humana, cabe a tutela dos interesses da pessoa em suas relações com outras pessoas, nos diversos segmentos da vida, onde essas relações ocorrem, todavia, esta tutela deve se realizar a partir de uma nova síntese, sob a perspectiva da autonomia da pessoa no desenvolvimento digno da sua personalidade.

⁴³ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit., p. 31.

⁴⁴ Cf. MELLO, Cláudio Ari. Ob. cit., p. 73.

⁴⁵ Cf. PERLINGIERI, Pietro. Ob. cit., p. 34.

Por sua vez, os princípios expressos na Constituição Federal, por se encontrarem no mais alto nível do ordenamento jurídico, representam verdadeiras normas diretivas, ou normas-guia, que devem orientar à reconstrução do sistema de direito privado⁴⁶. Se não por tal razão, ainda, por se tratarem de valores expressos pelo legislador constituinte tendentes a informar o sistema como um todo, também, princípios como o da dignidade da pessoa humana, devem guardar posição diretriz fundante no ordenamento jurídico.

Dissertando sobre o movimento de constitucionalização do direito civil, Maria Celina Bodin de Moraes afirma:

“Tais valores, extraídos da cultura, isto é da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil”⁴⁷.

As normas constitucionais se encontram em posição de supremacia no ordenamento, o que impõe ao intérprete o dever de considerar a supremacia hierárquica de tais normas, sempre que surja a necessidade de resolver um problema concreto⁴⁸. Sempre que surgir uma colisão entre normas, de origens históricas diversas, devemos considerar a unidade do ordenamento jurídico, e, mais ainda, os seus princípios fundamentais, que expressam, como visto, as opções da sociedade como um todo, não podendo tais opções serem desconsideradas ante a existência de artigos de lei, ou mesmo leis inteiras, surgidos em momentos históricos diversos, quando aqueles valores fundantes ainda não guardavam previsão expressa na Constituição nacional.

Cabe, portanto, à Constituição Federal, e não mais ao Código Civil, exercer o *papel unificador do sistema*⁴⁹, tanto nos aspectos tradicionalmente civilísticos quanto nos publicistas. É nessa ordem de significâncias que se fala em constitucionalização do direito civil, pois cabe ao direito constitucional a representação do conjunto de valores sobre os

⁴⁶ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.) *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

⁴⁷ Cf. Idem, *ibidem*. Ob. cit., p. 5.

⁴⁸ Cf. PERLINGIERI, Pietro. Ob. cit., pp. 4-5.

⁴⁹ Cf. Idem, *ibidem*. Ob. cit. p. 6.

quais está erigido o pacto de convivência coletiva⁵⁰, substituindo nesse particular a função antes exercida pelos códigos civis.

1.5. A dignidade da pessoa humana

Entre nós, o vigoroso movimento de positivação dos direitos fundamentais, consolidado a partir de 1945, foi incorporado pela Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 1º, inciso III, define a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. É desde esse princípio fundante que a Constituição da República estende a proteção a todos os atributos inerentes à personalidade do homem.

Como adverte o professor português Carlos Alberto da Mota Pinto, a personalidade, como qualidade jurídica, não prescinde da dignidade da pessoa humana, de todos e de cada ser humano, e não pode ser tida apenas como uma máscara para que ele se movimente no palco da vida sócio-jurídica⁵¹. Especificamente, em relação aos direitos de personalidade, eles encontram o seu fundamento no princípio da dignidade humana, visto que é ela, dignidade humana, quem coloca o ser humano no centro de toda a ordem jurídica⁵².

Doravante, a transposição dos princípios do direito civil para a Constituição Federal, e a proeminência reservada ao princípio da dignidade da pessoa humana, desde logo foi percebida pelos civilistas não apegados à pretensa divisão entre o direito civil e o constitucional⁵³.

De fato, o princípio da dignidade humana, como princípio fundamental do Estado brasileiro é, mais do que um princípio geral do direito privado, um princípio político da nação, pois, representa, juntamente com os outros princípios gerais, os valores comuns sobre os quais se funda o Estado, derivando daí a sua primazia no ordenamento. A par de tais considerações sobre a dignidade humana, ressaltamos, ainda, a importância da função

⁵⁰ Cf. MORAES, Maria Celina B. de. Ob. cit., p. 5.

⁵¹ Cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. 4ª ed. *Teoria geral do Direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 100.

⁵² Cf. JARASS, Hans, *Die Freiheit der Massenmedien*, Baden-Baden, 1978, 121; Maunz, Dürig, Herzog, *Kommentar von Grundgesetz...*, art. 5º, 72ª, apud CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M., *“Reality shows” e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 44.

⁵³ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit., p. 3.

promocional. Assim, ao direito, ou melhor, ao ordenamento jurídico como um todo, cabe o exercício da função promocional, função essa expressamente adotada pelas constituições pós-liberais⁵⁴, ao lado das funções de tutela ou garantia, em razão do que, entende-se o direito como uma força de transformação da realidade⁵⁵.

O princípio da dignidade humana sobreleva enquanto princípio promocional, no que materializa a adoção da técnica do encorajamento, visto que busca não apenas tutelar, mas também estimular o exercício dos atos conformes, valorizando a possibilidade de fazer tanto quanto a de não fazer.

Quanto à mudança de paradigmas derivada da escolha da técnica de encorajamento em adição à técnica de desencorajamento, que ainda sobrevive na tradicional função repressiva, salienta Norberto Bobbio:

“A introdução da técnica do encorajamento reflete uma verdadeira transformação na função do sistema normativo em seu todo e no modo de realizar o controle social. Além disso, assinala a passagem de um controle passivo – mais preocupado em desfavorecer as ações sociais nocivas do que em favorecer as vantajosas – para um controle ativo – preocupado em favorecer as ações vantajosas mais do que em desfavorecer as nocivas”⁵⁶.

Como já mencionado, foi na Idade Média, ante a forte influência exercida pelo cristianismo⁵⁷, que surgiu a ideia de igualdade essencial entre todos os homens. Todavia, apenas no século XX foi redigida e assinada pela quase totalidade das nações a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual proclama no seu artigo 1º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Dissertando sobre o desenvolvimento do conceito político-filosófico de dignidade, Maria Celina B. de Moraes faz menção ao pensamento de Santo Tomás de Aquino, que

⁵⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamini. Barueri: Manoli, 2007, p. 13.

⁵⁵ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit., p. 5.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 15.

⁵⁷ Fábio K. Comparato afirma que “a partir da pregação de Paulo de Tarso, o verdadeiro fundador da religião cristã enquanto corpo doutrinário, passou a ser superada a idéia de que o Deus único e transcendente havia privilegiado um povo entre todos, escolhendo-o como seu único e definitivo herdeiro”. Ob. cit., p. 18.

entende a dignidade humana sob duplo prisma: a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* apenas no homem como indivíduo, pois reside desta forma na alma de todo ser humano⁵⁸. É essa visão que permite ao homem deixar de olhar apenas para Deus e passar a olhar também a si mesmo, para, a partir de então, cômico de sua dignidade, pautar o seu agir segundo ela. Mais adiante, Maria Celina assinala que para Kant a dignidade funciona como fonte inspiradora da ética maior, consistente no dever de respeitar o outro. A professora titular de direito civil da UERJ informa que para Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*preis*) e a dignidade (*Würden*).

“Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar quaisquer fins”⁵⁹.

Verifica-se, pois, que a dignidade necessita ser entendida como célula-mater de todos os demais direitos do homem, pois é a partir dela que nascem os demais direitos. Não só isso. Para além, é a dignidade que não permite seja jamais o ser humano utilizado como meio para alcançar qualquer fim, pois todo o esforço deve ser feito no sentido de ser alcançado o fim último, qual seja, a realização do valor intrínseco da dignidade humana.

Doravante, o ordenamento jurídico democrático se apóia e constitui-se na dignidade humana, com o escopo proeminente de assegurar a cada ser humano a possibilidade de se desenvolver com liberdade e dignidade, de maneira a ser tratado de forma não degradante. Desde então, hão de ser respeitadas as suas características únicas e diversas, que o tornam humano, e a sua inerente qualificação humana, que o fazem membro da humanidade. Diferente e único porque humano, essencialmente igual porque humano.

O quadro que se apresenta é de renovado humanismo, o que define e propaga a tutela das situações de vulnerabilidade humana, quando ela se manifeste, o que conduz à precedência dos direitos dos grupos mais vulneráveis, que passam a merecer proteção legal diferenciada. É nessa ordem de significâncias que se manifesta a proteção especial

⁵⁸ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit., p. 9.

⁵⁹ Cf. Idem, ibidem, p. 12.

outorgada às crianças e adolescentes, aos idosos, aos portadores de deficiências físicas e mentais, aos consumidores, às vítimas de atentados a direitos da personalidade, aos membros de minorias, dentre outros⁶⁰. Aqui vale a sentença: entre os desiguais o contrato escraviza e a lei liberta.

Esse valor – dignidade – se espraia por todo o ordenamento jurídico, o que dificulta sobremaneira sejam definidos, hermeneuticamente, os bordos e limites do princípio constitucional da dignidade humana. Assim, a abstração genérica em nada contribui à aplicação prática do princípio, longe disso, acaba por inviabilizá-la⁶¹.

Concluindo, é a sua função promocional, enquanto técnica de encorajamento, que outorga ao princípio da dignidade humana papel central no ordenamento. De fato, a tutela dos direitos fundamentais, conquanto seja inegavelmente necessária, por si só, não basta à proteção e promoção do desenvolvimento do homem em sua integralidade. Necessita algo mais. A par de serem desestimuladas as condutas nocivas, sobressai a necessidade de serem estimuladas as condutas ou ações vantajosas, que são aquelas que identificam e postam cada ser humano como ser único, livre e destinado à felicidade. Nessa ordem de ideias, vale transcrever o dizer de Hannah Arendt:

“Em última análise, a vida é o critério supremo ao qual tudo mais se subordina; e os interesses do indivíduo, bem como os interesses da humanidade, são sempre equacionados com a vida individual ou a vida da espécie, como se fosse lógico e natural considerar a vida como o mais alto bem”⁶².

Assim, é o exercício da liberdade, a partir da recuperação e reafirmação do mundo público, o que outorga ao ser humano identidade individual através da palavra e da ação vividas, no contexto de uma comunidade política criativa e criadora⁶³.

A partir de então, é possível ao homem, respeitadas e realizadas a dignidade e a liberdade, que lhe são inerentes, e dentro de uma comunidade política democrática, buscar e alcançar a sua felicidade, enquanto projeto que dá sentido à sua própria condição humana.

⁶⁰ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit., p. 15.

⁶¹ Cf. Idem, ibidem, p. 16.

⁶² Cf. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, pp. 324-325.

⁶³ Cf. a propósito o posfácio de Celso Lafer, *A política e a condição humana*, à obra de Hannah Arendt, *A condição humana*, p. 342.

CAPÍTULO 2

Honra, imagem, privacidade e intimidade

2.1. Direito à honra

Desde a antiguidade clássica, a preocupação com a preservação da honra sempre foi notada nas diversas civilizações. Assim, os romanos, com a *actio iniuriarum*, dentre outras *actiones*, buscavam tutelar a honra. Inicialmente, o sentido de *iniuria* servia para designar delitos de contornos imprecisos, perpetrados contra pessoas, desenvolvendo-se, depois, como a estimação da *inuria* na acepção de *contumelia*, ou seja, ofensa moral⁶⁴. A própria *actio iniuriarum*, então, conversão da expressão da máxima latina, comum à época, *honoris causa et vita aequiparantur* (“a honra e a vida se equiparam”), bem revela a importância desse direito entre os romanos⁶⁵.

Durante a Idade Média, até os séculos XVI e XVII, a honra foi considerada como atributo exclusivo da nobreza, nas realezas europeias, servindo, inclusive, de instrumento na luta contra as transformações do mundo moderno. Todavia, a partir do final do século XVII, o conceito de honra passou a ser associado ao conceito de outros direitos, tais como dignidade, igualdade e mesmo à ideia de um direito natural e necessário do cumprimento de um dever. Bruno Miragem esclarece que nessa fase o conceito de honra ainda não possuía significado individual enquanto atributo exclusivo de cada pessoa, pois ela era entendida como predicado próprio do estado ou condição social da pessoa.

“Assim, por exemplo, afigura-se a honra do militar de pertencer a um determinado exército, ou a de qualquer indivíduo a quem seja permitido ingressar em um determinado grupo social, normalmente de acessibilidade restrita. Nesses casos, e em muitos outros, a expressão característica da distinção tem seu significado traduzido pela noção de honra”⁶⁶.

⁶⁴ Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 121.

⁶⁵ Cf. MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o Novo Código Civil e a lei de imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 118.

⁶⁶ Cf. Idem, *ibidem*, p. 119.

Em razão das variadas possibilidades de utilização da expressão honra, por vezes ela serviu de instrumento à discriminação entre grupos humanos, entendida como elemento apto a acentuar a superioridade de um grupo sobre outro, excluindo das vantagens próprias do grupo de condição superior, os que não fossem detentores dessa qualificação.

De fato, entendido nestes termos, como prerrogativa de determinado grupo social, raça ou credo, o conceito de honra se presta a sustentar agressões ao direito geral de igualdade, a menos que se considere, como de fato por muito tempo se considerou, a ideia de igualdade exclusiva na aplicação do direito⁶⁷.

Segundo tal entendimento, a igualdade vincularia os órgãos aplicadores do direito, não os legisladores, pois caberia àqueles aplicarem o direito sem considerações pessoais, enquanto esses não encontrariam qualquer vinculação ao direito geral de igualdade na elaboração das normas. Portanto, o legislador poderia discriminar como bem lhe aprouvesse, desde que suas normas discriminatórias fossem observadas em todos os casos, pois assim o dever de igualdade na aplicação da lei estaria satisfeito⁶⁸. Não se deve olvidar que essa espécie de interpretação permitiu a utilização do conceito de honra nacional como fator distintivo entre os alemães e outros povos, segundo a retórica nazista de Adolf Hitler e outros líderes do III Reich alemão⁶⁹.

Doravante, qualquer definição moderna de honra, com consistência científica e jurídica, há de fazer menção ao seu duplo viés. De fato, de um lado visualiza-se na honra o seu conteúdo subjetivo, referente à consideração que o indivíduo nutre por si mesmo, a autoestima. Por seu turno, há, também, na honra o seu elemento objetivo, vinculado à consideração social de que goza uma pessoa⁷⁰. Nesse contexto, percebe-se que a honra é um bem jurídico complexo, por incluir tanto o valor pessoal ou interior de cada indivíduo, com fulcro na sua dignidade, quanto a reputação ou consideração exterior que o indivíduo possui⁷¹.

⁶⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 393.

⁶⁸ Cf. Idem, *ibidem*, p. 395.

⁶⁹ Cf. MIRAGEM, Bruno. *Ob. cit.*, p. 120.

⁷⁰ Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Ob. cit.* p. 28.

⁷¹ Cf. NETO, Jayme Weingartner. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 60.

Mercê de ter por fundamento o princípio constitucional da dignidade humana, cujo teor abstrato permite a sua interpretação e aplicação de forma mais ampla, a honra constitui direito amplamente defensável, ante as inúmeras possibilidades de preenchimento de significado daquela cláusula geral.

Conquanto sejam claras as dificuldades na conceituação do que seja o direito à honra, ele está descrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 12, que preceitua: “Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na de sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda a pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. De igual teor é o artigo 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966. Já o Pacto de San José da Costa Rica estabelece no seu artigo 5º que “toda a pessoa tem o direito que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”. Enquanto o artigo 11, § 1º, determina que “toda a pessoa tem direito ao reconhecimento da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

É necessário salientar que o conceito de direito à honra desenvolveu-se em conjunto com outros direitos, como o direito à preservação da vida privada, da intimidade, o direito à imagem e o direito à identidade pessoal. Doravante, o direito à honra pode ser caracterizado como um direito inato, natural e universal da pessoa humana. É, portanto, atributo inerente a qualquer pessoa, independentemente de sua raça, religião, classe social, opção sexual etc. Além disso, é direito absoluto, público e subjetivo⁷², cuja tutela encontra fundamento no art. 5º, X, da Constituição Federal, no art. 953 do Código Civil e nos arts. 138 a 140 do Código Penal.

Rabindranath V. A. Capelo de Sousa propõe a sistematização da estrutura da personalidade, em atenção ao que denomina interioridade somático-psíquica bem como a sua dimensão relacional “eu”-mundo, tendo incluída na sua base os bens especiais da personalidade humana e, a partir de tais bens especiais, o estabelecimento ou a intuição da “teia de interconexões, de projeções e de zonas da personalidade vizinhas desses bens mas ainda não autonomizadas ou não autonomizáveis, de forma a possibilitar uma compreensão

⁷² Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, v. 7, p. 44.

global da personalidade humana”⁷³. Essa proposição, como visto, revela a evidente conexão existente entre alguns direitos da personalidade e a liberdade de imprensa⁷⁴.

Há, também, que se perceber, como o fez Bruno Miragem, a proximidade entre os conceitos de *honra* e *imagem*, expressões essas identificadas, ainda, com um terceiro significado, o conceito de *respeitabilidade*. Ao explicar essa similitude, Miragem sustenta que “a expressão de respeitabilidade, embora não se confunda com o direito subjetivo à honra, é passível de ser identificada como integrante do sentido que assume o mencionado direito no ordenamento jurídico brasileiro”⁷⁵. O conceito de respeitabilidade não possui sentido unívoco, estando por vezes associada à ideia de dignidade ou integridade de determinada função ou investidura, por outras vezes ela se encontra presente em instituições jurídicas que a valorizam como elemento de proteção a determinadas situações sociais e jurídicas. Assim, nas relações familiares sobleva, entre os cônjuges e mesmo nas relações de parentesco, o conceito de respeitabilidade. Porém, como bem assinala Bruno Miragem, a respeitabilidade não encontra previsão de proteção autônoma entre nós, devendo ser considerada como um atributo genérico reconhecido à pessoa, tutelado juridicamente por diversos direitos subjetivos ligados à proteção das diferentes expressões da personalidade⁷⁶.

Porém, no que se refere ao direito à honra, nada obstante as dificuldades quanto à sua conceituação, a honra é reconhecida, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, como um dos bens jurídicos que se reconhece à pessoa⁷⁷. Bruno Miragem define a honra como “um dever jurídico de não lesar, e nesse sentido, não causar diminuição de qualquer espécie à consciência da pessoa de si mesma ou à consideração que terá dos outros”⁷⁸.

⁷³ Cf. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. Ob. cit., p. 203.

⁷⁴ Cf. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Ob. cit. p. 26.

⁷⁵ Cf. MIRAGEM, Bruno. Ob. cit., p. 138.

⁷⁶ Cf. Idem, ibidem, p. 139.

⁷⁷ Cf. Agravo de Instrumento – 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 artigo 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 (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo nº 472.738-4. 4ª Câmara de Direito Privado. Rel. Ênio Zuliani).

⁷⁸ Cf. MIRAGEM, Bruno. Ob. cit., p. 139.

Como já mencionamos, o conteúdo subjetivo da honra se traduz no conceito que a pessoa tem de si mesma, a sua autoestima, o seu amor próprio, seu sentimento da dignidade própria. Tanto quanto o aspecto objetivo da honra (reputação social), esse aspecto subjetivo é juridicamente tutelado, visto que a ninguém é dado atribuir a outrem qualificações que lhe agridam a autoestima ou a reputação⁷⁹.

Todo aquele que tem sua honra subjetiva atingida pela opinião expressada e difundida por outra pessoa pode defender-se da agressão, obtendo ordem judicial de cessação da *injúria*, além da recomposição econômica pelos danos materiais e morais que houver suportado, isto com fundamento no disposto no art. 12 do Código Civil. Nesse ponto assinalamos que não importa seja o conteúdo da opinião verdadeiro ou falso, visto que a ninguém é dado narrar fatos que agravem a estima dos outros, pois isso não interessa à paz social, tampouco ao convívio harmonioso entre as pessoas. Apenas quando a narração dos fatos é de interesse público, e isso ocorre quando os fatos descritos são tipificados como crime pela lei, o agravo à honra da pessoa sobre quem se fala deve ser desconsiderado, privilegiando-se o interesse público na realização da repressão criminal. Assim, a honra objetiva, que se encontra consolidada na reputação social do indivíduo e, como menciona Gilberto Haddad Jabur, “identifica-se pela ressonância das virtudes ou deméritos pessoais na sociedade”⁸⁰, também, ostenta tutela estatal contra as diversas formas de agressão que pode suportar.

A Lei nº 5.250/67, recentemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁸¹, previa, em seus arts. 20 a 32, os crimes de calúnia, injúria e difamação. Assim,

⁷⁹ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito civil – Parte geral I*. 3ª ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 212.

⁸⁰ Cf. JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 273.

⁸¹ STF - ADPF Nº 130 – DF, julg. 30.04.2009; publ. DJe 06.11.2009. Rel. Min. Carlos Britto. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Lei de Imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da ‘liberdade de informação jornalística’, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A ‘plena’ liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. precedência do primeiro bloco. Incidência a posteriori do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e

definia como crimes, no exercício da liberdade do pensamento e de informação, “caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime” (art. 20); “difamar alguém, imputando-lhe falsamente fato ofensivo à sua reputação” (art. 21) e “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro” (art. 22).

Por seu turno, o Código Penal consagra a proteção à honra, tipificando as três formas de agressão como crimes, nos artigos 138 (calúnia), 139 (difamação) e 140 (injúria). A maior lesão descrita naqueles preceitos penais é a calúnia, que, aqui, como na Lei nº 5.250/67, consiste em imputar a alguém fato falso definido como crime. Como visto, se o fato descrito for criminoso e verdadeiro, a proteção à honra daquele a que se imputa a prática criminal cede frente ao interesse público na repressão ao crime. Logo depois, o artigo 130 define como difamação a imputação a alguém de fato ofensivo à sua reputação. Diversamente do que se dá na calúnia, na difamação não há mister seja falso o fato para a configuração do crime. Assim, ofendida a reputação social da vítima ou a sua honra objetiva, está configurado o delito. Já a injúria expressa mero juízo de valor, desvinculada de qualquer fato. Como disserta Gilberto Haddad Jabur:

“É juízo de valor negativo, que causa demérito. É a opinião desfavorável. Basta que o sujeito atingido tenha conhecimento do fato. Porque é seu sentimento de pundonor que foi vilipendiado. Pouco importa a reação social”⁸².

Não há dúvidas quanto a honra ser um dos bens da personalidade mais estimados, pois, na vida em sociedade, o ser humano sempre busca a boa reputação, o que lhe facilita o tráfego social. É o bom nome, o prestígio que lhe permite alcançar o bem-estar social e a tranquilidade para gerir a sua vida. Ao angariar prestígio e estima social, o ser humano forma um patrimônio moral indevassável, capaz de lhe outorgar sossego e confiança para gerir a própria vida, de forma digna e livre, na busca da felicidade. Ao lado da reputação, a

administrativa, entre outras conseqüências do pleno gozo da liberdade de imprensa. peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo a posteriori, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. a imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas periféricamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da lei nº 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação.”

⁸² Cf. JABUR, Gilberto Haddad. Ob. cit., p. 274.

autoestima, consistente nos valores próprios, que repercutem nos sentimentos pessoais do indivíduo, na sua honorabilidade, propiciam-lhe o necessário para a evolução pessoal, seja no campo profissional, no campo familiar e mesmo na seara sentimental. Esse patrimônio representado pela boa reputação e pela autoestima exige, contudo, o decurso do tempo para se formar e, muitas vezes, vê-se ameaçado por um único ato, por uma única palavra. Como adverte Gilberto Haddad Jabur: “Uma única nódoa, porém, pode produzir-lhe desconforto tamanho capaz de diminuir seu avanço vocacional ou até acabar com ele”⁸³.

Doravante, a agressão à honra, à reputação pode ocorrer através da difamação, com a divulgação de um fato que diminui o prestígio social do ser humano, com a calúnia quando se lhe imputa falsamente a prática de crime, ou pela divulgação de um juízo de valor negativo a respeito do indivíduo, agredindo a sua mais profunda intimidade, o que caracteriza a injúria. Essas agressões que resultam na calúnia, difamação ou injúria, na quase totalidade dos casos, é realizada ora com a invasão da intimidade, ora com a supressão da liberdade e ora com a conspurcação da imagem do indivíduo.

Por fim, admite-se, também, seja a pessoa jurídica vítima de agressão à sua honra subjetiva, reputando-se seja ela titular de pretensão indenizatória moral, o que, inclusive, já restou sumulado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 227)⁸⁴. Porém, respeitado o entendimento expresso na mencionada Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, o que se admite, ao menos nas pessoas jurídicas que possuem intuito de lucro, é a maculação de seu bom nome, tão necessário à consecução dos seus fins⁸⁵. No que se refere às pessoas jurídicas que não buscam o lucro, de caráter filantrópico, é que se vislumbra a possibilidade de ocorrência de dano moral puro, pois é a sua imagem filantrópica que é abalada com a agressão⁸⁶.

2.2. Direito à imagem

Cabe agora, dentre os direitos conexos à honra, à privacidade, à intimidade e à liberdade de imprensa, passarmos a tratar do direito à imagem.

⁸³ Cf. JABUR, Gilberto Haddad. Ob. cit., p. 275.

⁸⁴ Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” – DJU 11-10-1999, p. 91.

⁸⁵ Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Ob. cit., p. 34.

⁸⁶ Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Ob. cit., p. 34; JABUR, Gilberto Haddad. Ob. cit., pp. 284-285.

O *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, dentre outros significados que lista, diz que o vocábulo imagem significa a “representação, reprodução ou imitação da forma de uma pessoa ou de um objeto”, ou o “aspecto particular pelo qual um ser ou um objeto é percebido; cena, quadro”⁸⁷. Contudo, essa definição de imagem não interessa ao direito, visto que o ordenamento jurídico é muito mais restritivo na definição da imagem juridicamente tutelada.

Para o direito a imagem tutelada é aquela que consiste na reprodução dos traços físicos da figura humana sobre um suporte material qualquer⁸⁸.

A conexão existente entre esses direitos da personalidade decorre da constatação de que uma única ação pode atingir bens jurídicos diversos, isso em razão da estreita ligação existente entre a privacidade, a intimidade, a imagem e a honra, todos eles bens jurídicos suscetíveis a agressões no exercício da liberdade de imprensa.

De fato, a imagem do indivíduo revela a sua personalidade e através dela o seu decoro e a sua reputação podem ser violados⁸⁹. Confira-se, a propósito, o exemplo ministrado por Edson Ferreira da Silva⁹⁰: uma pessoa tem a sua imagem captada, clandestinamente, por meio de uma câmera fotográfica, durante o banho, em sua residência, e, posteriormente, as fotografias são publicadas em uma revista. Nessa situação, a pessoa suporta justificado agastamento, visto que teve violada a intimidade do seu banho; a exposição da sua nudez ofende o seu sentimento de pudor; teve a sua imagem captada e divulgada sem o seu consentimento; o público a imaginará uma pessoa sem pudor, ante a presunção de seu consentimento à captação e divulgação da sua imagem no estado de nudez; e, ainda, porque nada recebeu pela exploração comercial de sua imagem. Prosseguindo, o monografista assevera, com inteira pertinência, que a partir de uma *única conduta* a vítima teve *vários interesses jurídicos simultaneamente ofendidos*, quais sejam, *a honra, a imagem e a intimidade*⁹¹.

⁸⁷ Cf. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1048.

⁸⁸ Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. Ob. cit., p. 133.

⁸⁹ Cf. MORAES, Walter. *Direito à própria imagem (I)*. RT, São Paulo, RT, vol. 443, pp. 64-81, set. 1972.

⁹⁰ Cf. SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código civil de 2002*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 79-80.

⁹¹ Cf. SILVA, Edson Ferreira da. Op. cit., p. 80.

Acrescemos, desde logo, conquanto a matéria voltará a ser tratada mais detidamente nos capítulos seguintes, que na hipótese citada também outro direito da personalidade viu-se envolvido na questão, precisamente, a liberdade de imprensa, cujo exercício possibilitou a publicação das fotos na revista.

No Brasil, já vimos que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X, declara serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Por seu turno, o Código Civil de 2002 prescreve, no seu art. 20:

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

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

Nessa ordem de significâncias podemos afirmar que a imagem revela o aspecto físico da honra da pessoa, configurando um bem jurídico eminentemente pessoal, que deve permanecer sobre pleno domínio do indivíduo. Assim, cabe à pessoa, com exclusividade, definir o direito de determinar quem pode gravar, registrar, utilizar ou divulgar a sua imagem. Doravante, o direito à imagem surge como expressão concretizada da autonomia pessoal, e, bem por isso, o registro e a divulgação arbitrários da imagem configuram manifestações socialmente danosas e atentam contra a dignidade e autonomia pessoais, tanto quanto as gravações ilícitas⁹². A imagem tutelada pelo ordenamento jurídico não é apenas a do semblante, da face da pessoa, mas de qualquer parte do seu corpo, de forma que a reprodução não autorizada de um pé, de um braço, de uma mão, do cabelo ou mesmo

⁹² Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996, pp. 132-133.

de um sinal distintivo pessoal, como uma tatuagem da sua pele, configuram agressão a esse direito subjetivo autônomo da personalidade⁹³.

Agora cabe assinalar as características próprias que outorgam independência ao direito à imagem frente aos direitos da privacidade e da intimidade.

De fato, não bastasse a Constituição Federal (cf. artigo 5º, inciso X) e o Código Civil (cf. artigo 20) fazerem menção expressa à inviolabilidade da imagem das pessoas, não se pode ignorar que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade humana compreendem o direito à própria imagem e à palavra, e o direito de deles dispor livremente.

Também é fato que a captação da imagem humana pode se dar tanto por meios estáticos de representação (fotografias, pintura, escultura, holografia), como também por meios dinâmicos (cinema, vídeo). Porém, cabe ao indivíduo e, exclusivamente a ele, dispor sobre os limites em que a sua vida ou cenas da sua vida podem ser apresentadas ao público⁹⁴.

Conquanto se reconheça a independência do direito à imagem e a sua conexão com o direito à intimidade, há situações em que a disposição da imagem ocorre sem que se verifique ingerência na esfera íntima do indivíduo. Atentemos ao exemplo que nos é ministrado por Edilsom Pereira de Farias:

“uma pessoa ao autorizar a publicação ou exposição pública de seu retrato para determinado fim, estará dispondo de sua imagem e provavelmente de sua intimidade. Ao permitir, depois, o uso do mesmo retrato para fins e sob condições diversas da primeira publicação, não há que se cogitar nesse segundo momento sobre a intimidade, devassada já com a primeira exposição. 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”⁹⁵.

⁹³ Cf. FARIAS, Edilsom Pereira de. Ob. cit., p. 133.

⁹⁴ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. Ob. cit., p. 137.

⁹⁵ Cf. FARIAS, Edilsom Pereira de. Ob. cit., p. 135.

Atentemos que no exemplo supracitado não se considera a existência de agressão à intimidade, em razão da anterior autorização do titular do direito quando da primeira publicação do retrato, assim, em se tratando de republicação do *mesmo* retrato não haveria nova agressão à intimidade, pois a invasão primeira ocorrera com o consentimento do titular. Hipótese diversa, contudo, se dá quando outro retrato, desautorizadamente, é publicado, o que configura violação do direito à imagem e também da intimidade do interessado, independentemente de ele ter anteriormente autorizado a publicação de outros retratos. Isso porque cada nova publicação demanda uma nova autorização do titular, também porque cada retrato expõe de forma diversa a imagem e a intimidade daquele que é retratado.

Por outro lado, grifamos a independência do direito à imagem em relação ao direito à honra. Embora inicialmente tenha o direito à imagem se desenvolvido a partir do direito à honra⁹⁶, tal subsunção não é legítima, visto que pode haver violação ao direito à imagem sem que ocorra agressão à honra do indivíduo.

Um exemplo esclarecedor nos é dado por Walter Moraes: há violação do direito à própria imagem quando há publicação para exploração comercial da imagem de alguém, que não consentiu a tal publicação, mesmo quando apenas se enalteçam as qualidades daquela pessoa. Assim, caracterizada a violação ao direito à imagem, não se pode falar em agressão à honra do indivíduo⁹⁷.

Portanto, podemos afirmar a existência de um direito independente e autônomo à imagem, consequência da vida em sociedade⁹⁸, que em razão dos avanços tecnológicos pode ser alvo de variadas formas de agressão, tendo em vista a multiplicação das formas de captação, gravação e divulgação de imagens.

2.3. Direito à privacidade

Optamos, na realização deste estudo, por tratar separadamente a privacidade e a intimidade, tendo por fundamento o texto constitucional (art. 5º, X), que expressamente

⁹⁶ Cf. MORAES, Walter. Ob. cit., p. 68.

⁹⁷ Cf. Idem, ibidem, p. 69.

⁹⁸ Cf. JABUR, Gilberto Haddad. Ob. cit., p. 271.

declara invioláveis a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade, bem como em atenção à doutrina abaixo mencionada.

É certo que tal distinção entre vida privada e intimidade não encontra unanimidade entre os doutrinadores, pois, enquanto Elimar Szaniawski filia-se àqueles que defendem a existência de distinção entre esses direitos, afirmando que:

“A Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988, ao incluir no seu texto a proteção dos direitos à intimidade e à vida privada como dois institutos ou tipificações distintas, manteve corretamente as distinções doutrinárias entre proteção à vida privada e proteção à intimidade da vida privada”⁹⁹.

Outros, como Pedro Frederico Caldas, consideram-na inexistente, sustentando que a Constituição visou, ao fazer menção às duas expressões, utilizar a linguagem mais abrangente possível, para evitar qualquer exclusão da proteção constitucional, que poderia ser motivada pela divisão de conceitos existentes na doutrina¹⁰⁰.

Entendemos que a distinção é necessária, porém, mais do que institutos diversos, ela revela a existência de verdadeira relação de gênero e espécie. Assim, a vida privada deve ser considerada gênero, por sua maior amplitude, enquanto à intimidade, dado o seu caráter mais restritivo, reserva-se a qualidade de espécie daquele gênero¹⁰¹. Podemos afirmar, também, que a referência à *vida privada*, constante do texto constitucional (art. 5º, X), foi utilizada pelo constituinte para expressar uma das esferas da intimidade, ou seja, vida privada em sentido estrito. Já a expressão *intimidade* diz respeito à vida privada em sentido amplo, ou seja, no sentido amplo de tutelar aquela parte da personalidade do conhecimento do público¹⁰².

De fato, deve ser evitada a confusão frequente entre os conceitos de intimidade e privacidade (ou vida privada), pois, como visto, as expressões, embora possuam o mesmo

⁹⁹ Cf. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 133.

¹⁰⁰ Cf. CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 42-43.

¹⁰¹ Nesse sentido é a posição de Claudio Luiz Bueno de Godoy, fundada na doutrina de Vidal Serrano. Ob. cit., p. 39.

¹⁰² Cf. FARIAS, Edilsom Pereira de. Ob. cit., p. 131.

objeto, tratam-no a partir de dimensões diversas, mormente tendo em conta o que dispõe o art. 21 do Código Civil, em reforço ao mencionado art. 5º, X, da Constituição Federal. Senão vejamos:

Art. 21. “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Renan Lotufo, também, está entre aqueles que defendem haver distinção entre privacidade e intimidade, por entender que o campo da intimidade é mais restrito do que o da privacidade, o que implica em proteção constitucional e legal¹⁰³.

Esse entendimento se revela, a nosso ver, mais congruente com o que proclama a chamada teoria das esferas ou dos círculos concêntricos, que mais à frente será melhor analisada, e que propõe sejam delimitadas as diferentes esferas dos diversos níveis de proteção, outorgando maior proteção às esferas que se encontrem mais próximas do núcleo da intimidade.

Passamos, pois, a tratar exclusivamente do direito à privacidade, e a seguir trataremos do direito à intimidade.

Palavras impregnadas de forte conteúdo emotivo como “liberdade” e “privacidade” são capazes de suscitar os mais diversos significados e podem ser utilizadas para expressar situações, sentimentos e ideias complexas e contraditórias, o que dificulta definições legal ou doutrinária precisas acerca do termo.

De fato, a expressão *privacidade* por vezes é utilizada com um sentido positivo, revelando a preocupação de resguardo, de direito ao sossego, de reserva da intimidade e da vida privada, de respeito à individualidade de cada um. Porém, a mesma expressão, também, é utilizada para a tutela dos mais variados interesses, da proteção a dados confidenciais de pessoas envolvidas em processos sob sigilo de Justiça, a instrumento de

¹⁰³ Cf. *Código civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 232), Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 82.

proteção de interesses escusos e como subterfúgio contra processos de investigação, de caráter administrativo ou, mesmo, criminal.

Como adverte Jónatas E. M. Machado¹⁰⁴, fazendo referência a Mclean, alguma doutrina chega a falar do *lado negro ou pernicioso da privacidade*, em razão dos obstáculos por ela alocados em desconsideração ao regular e transparente funcionamento dos diferentes subsistemas de ação social, afastando da necessária consideração situações em que comportamentos assumidos na esfera privada e íntima da existência produzem efeitos reflexos, ou externalidades, na vida pública.

Portanto, a palavra “privacidade” em razão de significar muitas coisas diferentes, para tantas pessoas diversas, pode, juridicamente, nada significar, se não for devidamente contextualizada¹⁰⁵. De fato, a maior dificuldade parece residir na dificuldade de estabelecer os limites desse direito, mormente ante a existência do, também, direito fundamental à liberdade de expressão.

No direito estadunidense essa questão a respeito dos limites possíveis a serem estabelecidos ao direito de privacidade em contraposição à liberdade de expressão é fonte de grande polêmica, doutrinária e jurisprudencial, mormente ante a previsão inserta na Primeira Emenda à Constituição que impede o governo, genericamente, de controlar os meios de comunicação, direta ou indiretamente, seja a informação verdadeira ou falsa. Naquele ordenamento, cabe à Suprema Corte, bem como às Cortes inferiores, criar exceções a tal entendimento ou alargar as exceções existentes, sempre com base na violação da privacidade, sendo relevante, portanto, o papel do direito judiciário. Contudo, na nação precursora da liberdade nas Américas, a possibilidade de restrições cada vez maiores à liberdade de expressão causa alarme, mesmo se fundadas tais restrições em supostas agressões ao direito de privacidade.

De fato, a Primeira Emenda à constituição americana não lista qualquer exceção à liberdade de expressão, e se for admitida a existência de exceções, por exemplo, para restringir essa liberdade em razão do direito à propriedade intelectual aos dados pessoais,

¹⁰⁴ Cf. MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 797.

¹⁰⁵ Cf. SOLOVE, Daniel J. *A Taxonomy of Privacy*. Philadelphia: University of Pennsylvania Law Review 154/477 - January, 2006, p. 2.

muitos entendem que poderá estar sendo aberta a porta para que o governo, titulando tal interesse de “interesse público”, passe a controlar tais dados sob o argumento de que isso seja necessário à garantia da segurança da população como um todo¹⁰⁶.

Doravante, expressões como *privacidade* ou *intimidade* devem ser interpretadas sempre em relação ao contexto em que são utilizadas, haja vista a existência de múltiplas variáveis influenciadoras, como a identidade pessoal, a situação espaço-temporal, o contexto social e o estilo de vida dos envolvidos¹⁰⁷.

Surge, portanto, desde logo, uma questão a ser enfrentada. O que as pessoas querem proteger, quando afirmam que a privacidade deve ser tutelada? Essa questão é perceptível, por exemplo, quando o Poder Judiciário se encontra diante de uma dita agressão à privacidade, e decorre da falta de clareza a respeito do que seja agressão à privacidade, ou menos ainda, do que seja propriamente a privacidade tutelada pelo direito.

De outro lado, como adverte o professor norte-americano Daniel Solove, os interesses que se contrapõem à privacidade, dentre eles a liberdade de expressão, a segurança pública e a eficácia das operações de consumo, são muito mais facilmente definíveis¹⁰⁸. Consequentemente o direito à privacidade não se encontra em posição de igualdade frente aos direitos a ele contrapostos, dada a sua dificuldade conceitual.

Percebe-se que o conceito que temos de privacidade se encontra defasado em relação à nossa realidade, mormente porque esse conceito nos foi dado por personagens de um mundo completamente diverso deste em que vivemos, quando a própria tutela da vida privada não era algo significativo, a merecer maior atenção dos juristas e legisladores.

Nessa ordem de ideias, como menciona Danilo Doneda, nas sociedades antigas não havia lugar para a tutela jurídica da privacidade, uma vez que tal regulação era realizada tanto pela rigidez da hierarquia social quanto pela própria arquitetura dos espaços públicos e privados. A ausência de tutela da privacidade também se justificava, pois as eventuais

¹⁰⁶ Cf. VOLOKH, Eugene. *Freedom of speech and information privacy: The troubling implications of a right to stop people from speaking about you*, pp. 1051-1052.

¹⁰⁷ Cf. MACHADO, Jónatas E. M. Ob. cit., pp. 797 -798.

¹⁰⁸ Cf. SOLOVE, Daniel J. *A Taxonomy of Privacy*. Philadelphia: University of Pennsylvania Law Review 154/477 - January, 2006, p. 2.

pretensões a seu respeito eram neutralizadas pelo próprio ordenamento jurídico de cunho corporativo ou patrimonialista, ou, ainda, porque para muitas sociedades a privacidade representava apenas um sentimento subjetivo, indigno de tutela¹⁰⁹.

De fato, o direito à privacidade ou o “direito à reserva da intimidade sobre a vida privada”, no dizer de Jónatas E. M. Machado¹¹⁰, enquanto *direito a uma área de acesso limitado*, ou, ainda, a uma *zona pessoal*, consolidou-se e se generalizou somente a partir final do século XIX, como um perímetro de privacidade pessoal frente à imprensa, intimamente ligado aos nomes dos norte-americanos Samuel Warren e Louis Brandeis, que se insurgiram contra os excessos da chamada “*Yellow Press*”, sustentando a existência de um direito a ser deixado em paz¹¹¹. Esse direito se desenvolveu tendo em vista a tutela de valores como dignidade, individualidade, autonomia, confiança e, ainda, o bem estar físico e psíquico. Jónatas E. M. Machado adverte, ainda, que os fundamentos desse direito residem na ideia de que os indivíduos se relacionam uns com os outros numa base de confiança e privacidade, conceituando-o como “a possibilidade de a pessoa controlar, tanto quanto possível, o grau de contato físico e a massa de informações sobre si mesma a que outros podem ter acesso”¹¹². Originariamente, tal direito buscava a tutela da ideia de o indivíduo poder “estar só”, não sendo por isso molestado por quem quer que fosse, tanto em relação à sua reserva de intimidade quanto em relação ao que não fosse de interesse público.

Contudo, a concepção inicial e individualista do direito à privacidade desenvolveu-se até ser erigida a direito humano fundamental, contudo, traços do egoísmo inicial ainda persistem. De fato, parece que todos buscam ser senhores da própria intimidade, e leis que proíbem a invasão da vida privada, principalmente, quando é a privacidade do próprio cidadão que está sendo alvo da curiosidade alheia, são bem aceitas pela população. Contudo, quando se trata da vida alheia, as pessoas não parecem estar dispostas a deixar de

¹⁰⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

¹¹⁰ Cf. MACHADO, Jónatas E. M. Ob. cit., p. 793.

¹¹¹ Cabe aqui, todavia, ser renovada a advertência de Manuel Medina Guerreiro que, com espede em WHITHMAN, James Q. (*The two western cultures of privacy: dignity versus liberty*”, Yale L. J., vol. 113, april 2004, págs. 1.202 e ss.), sustenta que a contribuição de Warren e Brandeis não pode ser valorizada como uma grande contribuição original estadunidense, mas, sim, como um falido transplante continental, haja vista que aqueles autores demonstraram um bom conhecimento do direito alemão e, sobretudo, francês em matéria de difamação. Cf. GUERREIRO, Manuel Medina. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, p. 11.

¹¹² Cf. MACHADO, Jónatas E. M. Ob. cit., p. 793.

falar da intimidade dos outros, o que bem revela o conteúdo egoístico desse instituto¹¹³. Destarte, as pessoas sempre buscam defender a sua esfera privada de invasões externas, contudo, muitas vezes, não deixam elas próprias de tentar invadir a privacidade alheia.

Por seu turno, a noção de privacidade, que realmente importa à disputa e organização do poder atualmente, encontra-se muito mais ligada ao controle das informações que dizem respeito ao indivíduo do que ao direito “a ser deixado só”. Doravante, as novas formas de coleta e tratamento de informações outorgam aos seus detentores um poder geral e real que, efetivamente, põe em risco a tutela das liberdades individuais e a eficiência administrativa e empresarial¹¹⁴.

Nessa ordem de significâncias, cumpre ressaltar que a discussão acerca da privacidade, sob qualquer ângulo que se vislumbre a questão, só se revela na vida em sociedade, pois sem vida comunitária, na solidão, não existe tal preocupação. É mister indagar, portanto, a respeito da realidade tempo-espacial de dada comunidade para conhecer o alcance e a profundidade da tutela dada por tal sociedade ao íntimo e privado de seus cidadãos. Nesse sentido, assinala Maria Cláudia Cachapuz, que é a experiência que constrói o conteúdo do que é íntimo e privado, e é ela “que, ao final, possibilita a construção e reconstrução (dogmática, jurisprudencial) do Direito”¹¹⁵.

2.3.1. Espaço público e privado, a relevância da distinção

No âmbito público de relacionamento é que surgem as dificuldades de compatibilização entre o interesse particular de reserva do indivíduo e o interesse público, representado pela busca do bem comum. Sempre, o interesse público exige algum sacrifício do interesse individual, pois há necessidade de coexistirem liberdades subjetivas diversas, muitas vezes, colidentes.

¹¹³ Cf. EUGENE, Volokh. Ob. cit., p. 1051.

¹¹⁴ Cf. RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – A privacidade hoje*. Org., sel. e apres. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24.

¹¹⁵ Cf. CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 47.

Desde breve, deve ser assinalada a grande dificuldade em identificar e delimitar os limites precisos entre a esfera pública e a privada, entre o que é público e o que é privado, visto que, conquanto sejam realidades distintas, iniludivelmente, o espaço público e o privado são interdependentes, pois se complementam e, reciprocamente, se limitam. Dificuldade essa que se revela mais aguda, na dicção de Maria Cláudia Cachapuz, “em sociedades que estimulam, especialmente, pela opinião pública, a banalização dos comportamentos sociais, ainda que, por vezes, sob a justificativa de promoção de um compromisso com a verdade e a transparência das coisas”¹¹⁶.

Coloca-se a questão nos seguintes termos: para a moral contemporânea, equivocadamente, tudo que é mantido em sigilo parece não interessar ao bem-comum, por não ser verdadeiro. Ou seja, apenas o que é exposto é real e verdadeiro, e o que permanece em sigilo é falso e mentiroso, e, portanto, contrário ao interesse público, logo, todas as verdades devem ser expostas, ou melhor, cada verdade inexoravelmente acabará por ser exposta. Essa constatação revela que o indivíduo vem sendo estimulado a aparecer, a tornar-se visto, bem como a buscar saber o que acontece com o outro, tudo, em decorrência da publicização dos comportamentos, em um processo de contínua busca pela socialização¹¹⁷.

Portanto, interessa identificar em que medida o indivíduo possui ou não o direito de definir quais informações pessoais podem ser mantidas na esfera privada, sem qualquer exposição ao interesse público, e mesmo se ele é capaz de realizar essa reserva, ante a existência de diversos meios de invasão à privacidade. Nesse ponto, urge assinalarmos que as invasões à privacidade podem ocorrer de formas variadas, não sendo possível falar de um conceito unívoco, invariável, aos diversos tipos de atividades prejudiciais à privacidade.

Por seu turno, temos como certo que a dignidade humana, atributo de cada homem, outorga-lhe autonomia física e moral, particularmente, na condução da sua vida, na auto-atribuição de fins a si mesmo, na escolha, criação e assunção de uma escala de valores próprios, na prática dos seus atos e na condução e recondução do seu comportamento. Assim, essa autonomia pressupõe que cada homem possua uma esfera privada, para, como assinala Rabindranath V. A. Capelo de Sousa,

“recolher-se (*‘right to be alone’*), pensar-se a si mesmo, avaliar a sua conduta, retemperar as suas forças e superar as suas fraquezas, esfera essa que os demais sob pena de ilicitude não devem violar, v.g., intrometendo-se nela e instrumentalizando ou divulgando os elementos que a compõem”¹¹⁸.

Por vezes, fatos da vida privada de determinados indivíduos suscitam o interesse do público, todavia, isso não significa que a divulgação de tais fatos seja de interesse público, em termos normativos. Assim, o direito à privacidade não se relaciona com a verdade ou falsidade das afirmações que sejam feitas, mas com o caráter privado e reservado de tais afirmações¹¹⁹.

De fato, na sua origem, o direito à privacidade foi criado para evitar qualquer forma de *exposição injusta de informação privada*, cujo sentido era evitar a publicidade de certas informações, ainda que verídicas, aliás, o que se pretendia evitar era mesmo a exposição de certas informações verdadeiras.

No mundo pós-moderno, a constante socialização dos espaços públicos têm contribuído para a perda de um espaço reservado, além disso, hoje predomina a crença de que a aproximação entre pessoas é um bem moral. Como assinala Richard Sennett, “a aspiração predominante é de se desenvolver a personalidade individual através das experiências de aproximação e de calor humano para com os outros”¹²⁰. Essa visão do mundo, na qual a aproximação entre as pessoas constitui um bem moral é efeito da credibilidade secular e do êxito do capitalismo, ocorridos no século XIX. De fato, o efêmero, o múltiplo e a velocidade são as marcas do nosso tempo, e um misticismo compensatório parece querer dominar a nossa sociedade. Buscamos, assim, o desenvolvimento da personalidade através das experiências da intimidade, e “a procura pelos interesses comuns é destruída pela busca de uma identidade comum”¹²¹.

Como adverte Maria Cláudia Cachapuz:

¹¹⁸ Cf. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. Op. cit., p. 317.

¹¹⁹ Cf. MACHADO, Jónatas E. M. Ob. cit., p. 793.

¹²⁰ Cf. SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 317.

¹²¹ Cf. Idem, *ibidem*, p. 319.

“A crítica acentuada à forma de pensar na sociedade moderna, como sociedade de massa, é dirigida ao fato de que possa se traduzir essa busca numa equivocada conquista informativa individual, pela crença de que a autenticidade e a verdade das coisas só existem neste mundo compartilhado e de que aquilo que é ocultado está apenas a encobrir o equívoco ou à má intenção do indivíduo”¹²².

Essa busca por tornar público o que é íntimo está diretamente associada à ideia de que a aproximação entre as pessoas é algo que contribui para o bem comum, sobretudo ante a velocidade em que ocorrem as trocas de informação entre as pessoas no espaço público, possibilitando a troca de experiências, mercados, negócios, oportunidades. Essa exposição pública permite um conhecimento instantâneo, conquanto superficial, da realidade, garantido uma aparente igualdade no acesso a bens e serviços¹²³. Todavia, é necessário que seja preservado um espaço reservado, no qual se realize a individualidade, pois é nesse espaço que o ser humano pode dar a sua contribuição, enquanto ser singular, para a descaracterização do mundo das coisas comuns. É esse espaço que o direito à privacidade deve tutelar, preservando do conhecimento público informações que não ostentam qualquer interesse relevante ao bem comum, visto que nascem e se desenvolvem na esfera privada, na intimidade de cada ser humano, e, por isso mesmo, somente a eles interessa perquirir e desvendar o verdadeiro sentido e significado.

Em suma, o acesso da coletividade deve se dar ao que é comum, quando a matéria que se expõe é algo cuja relevância pública afasta o seu caráter, inicialmente, sigiloso, autorizando a sua publicação. Na mesma ordem de ideias, quando a informação não toca à sociedade como um todo, ou seja, quando a matéria diz respeito apenas ao indivíduo, singularmente considerado, não se justifica a sua publicação, devendo ser preservado o sigilo, sob pena de banalização do espaço público de relação. Ou seja, ao espaço público interessam apenas as informações que possuam relevância pública, aquilo que possa se tornar universal, o que se põe em prol do interesse comum¹²⁴.

Nesse ponto, sobreleva assinalar que o direito à privacidade constitui um importante limite à atividade dos jornalistas e das empresas de comunicação social em geral, o que

¹²² Cf. CACHAPUZ, Maria Cláudia. Ob. cit., p. 86.

¹²³ Idem, ibidem, p. 87.

¹²⁴ Idem, ibidem, p. 89.

será objeto de análise oportuna no capítulo seguinte. Porém, desde logo, podemos concluir que, tal qual a liberdade de imprensa, a proteção à vida privada também constitui um interesse público relevante¹²⁵. Naturalmente, a informação concernente a interesses meramente privados possui menor valor jornalístico do que aquela que se refere ao interesse público.

2.3.2. Direito à privacidade e pessoas públicas

No que se refere às pessoas públicas, famosas ou notórias, há que se destacar que elas, em comparação às pessoas ditas comuns, possuem menor proteção em relação a aspectos da sua privacidade. Contudo, isso não significa que a notoriedade, a fama ou a dimensão pública de uma pessoa lhe retirem o direito à privacidade. Exemplificando, a notoriedade ou a personalidade extrovertida de certas pessoas públicas, mesmo em locais públicos, não permitem seja afastado o direito à reserva de intimidade sobre a vida privada, mormente tendo em conta os avanços tecnológicos que permitem a captação e transmissão quase instantâneas de imagens e sons¹²⁶.

Nos Estados Unidos, onde o direito à privacidade foi pela primeira vez expressamente reconhecido em 1882, quando um juiz de Nova York, ao apreciar o caso *Schuyler v. Curtis* utilizou-se das ideias expostas por Warren e Brandeis no artigo publicado dois anos antes, “The right to privacy”. Este precedente estabeleceu uma distinção fundamental: “a proteção da intimidade difere quando se trata de pessoas públicas e quando se trata de pessoas privadas”¹²⁷. Na hipótese, o juiz afirmou que a partir do momento que alguém se coloca diante do público, ou aceita cargo público, ou torna-se candidato a cargo público, ou como artista ou como homem de letras, ele diminui o seu direito à privacidade e obviamente não pode reclamar de nenhuma descrição justa ou de como o expõem¹²⁸.

Percebe-se, desde logo, que o cidadão comum possui suas esferas de privacidade e intimidade mais alargadas do que o homem público, uma vez que o último, a partir do

¹²⁵ Cf. MACHADO, Jónatas E. M. Ob. cit., p. 798.

¹²⁶ Cf. Idem, ibidem, p. 794.

¹²⁷ Cf. Edilson Pereira de Farias. Ob. cit., p. 128.

¹²⁸ Idem, ibidem.

instante em que busca a exposição pública, acaba por abdicar de parte da própria privacidade. Todavia, como já mencionamos, o fato de alguém se tornar uma pessoa pública não lhe suprime por inteiro o seu direito à privacidade, o que ocorre é uma limitação. Nas hipóteses em que o núcleo indevassável da intimidade da pessoa pública é agredido, ela continua com a possibilidade de se valer dos instrumentos legais próprios para fazer cessar tal agressão¹²⁹.

Caso paradigmático no direito continental europeu – *Van Hanover v. Germany* – foi apreciado pela Corte Europeia dos Direitos Humanos (Application 59.320/00, com julgamento final em 24.09.1994)¹³⁰, quando a Corte de Estrasburgo reconheceu o direito à indenização à Princesa Caroline de Mônaco, por entender que esta teve a sua vida privada violada, em razão de a imprensa alemã (revistas *Bunte*, *Fereizeit Revue* e *Neue Post*) ter tirado e publicado, nos anos 1990, fotografias suas. A decisão entendeu configurada a agressão à privacidade, com fundamento no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que cuida do direito à vida privada, em razão de não haver interesse público em tais fotografias, bem como em razão de a princesa não ter consentido com a sua publicação.

Assim, as pessoas públicas, nas quais se colocam os governantes e representantes públicos, administradores de instituições e órgãos públicos, líderes de sindicatos e associações, além das pessoas tornadas célebres ou notórias, seja por qual tenha sido o motivo – por exemplo, o grande atleta, o expoente das artes plásticas ou da literatura, o grande cientista, o astro do cinema, teatro e televisão –, perdem grande parte de sua reserva da privacidade, quando em comparação com os cidadãos comuns. Como assinala Pedro Frederico Caldas,

“este é o ônus de quem goza de uma vida predicada por uma das hipóteses acima ou assemelhadas, exibindo-se como o campo de privacidade mais restrito de todos os

¹²⁹ Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. Ob. cit., p. 129.

¹³⁰ A hipótese trata do julgamento de ação proposta diretamente na Corte Europeia dos Direitos Humanos pela Princesa Caroline Von Hanover contra o Estado alemão, sob o argumento de que, desde o início da década de 1990, por várias vezes ela teria buscado, junto à Justiça alemã, impedir a publicação de fotos em revistas sensacionalistas, que violavam a sua vida privada. Ela alegou, ainda, que além do seu direito à vida privada, também, foi violado o seu direito de controlar o uso da sua imagem.

chamados homens públicos, cujas vidas podem ser uma referência, ou uma advertência, para toda a sociedade”¹³¹.

Todavia, mesmo em relação aos ditos homens públicos o que mais importa a legitimar a publicação é a relevância pública da informação, visto que, conquanto o direito à informação, ordinariamente, seja impulsionado pelo interesse público, hipóteses existem em que, ausente esse interesse, a publicação representa abuso de direito e, como adiante se verá, dá ensejo à reparação civil dos danos causados.

2.4. Direito à intimidade

Como já mencionado, optamos por tratar em momentos diversos os direitos à intimidade e à privacidade, e agora passaremos a tecer considerações a respeito do direito à intimidade.

A intimidade diz respeito a uma reserva mais profunda, um resguardo próprio que a pessoa guarda para si, não revelado sequer na sua vida privada. Por seu turno, a privacidade se relaciona com o viver comunitário, no qual existe convivência, mas, não interferência em certos aspectos da individualidade humana.

Observemos como a doutrina do *Laboratório de Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* conceitua intimidade:

“A intimidade é um âmbito delimitado e especialmente protegido, ao qual se acrescenta um elemento de vontade, de exclusão pretendida. Também é um espaço de plena disposição por parte do indivíduo, de onde exerce liberdades de forma constante. A intimidade é um conjunto íntegro espiritual, um espaço físico e anímico regido pela vontade do indivíduo”¹³².

Já a privacidade possui conceito mais amplo e “comporta tudo aquilo que não é, ou não se quer que seja, do conhecimento geral”. Assim, exemplificando, o *âmbito*

¹³¹ Cf. CALDAS, Pedro Frederico. Ob. cit., p. 104.

¹³² Cf. VIEIRA, José Ribas (coord.). *Direitos à intimidade e à vida privada*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 83.

matrimonial, seus filhos, seus pais pertence à *vida privada* de alguém, já o *configurar esse seu âmbito* pertence à sua *intimidade*. “A situação civil de cada um é conhecida e constitui a sua vida privada. Já suas relações sexuais (intimidade) dependem de cada um dá-las conhecer”¹³³.

Doravante, podemos afirmar que todo ser humano, em cada grupo social, das mais diversas etnias, desde as eras mais primitivas, traz consigo um núcleo mínimo de resguardo, algo que procura preservar do conhecimento alheio. Os valores atinentes a tal sentimento de resguardo variam de acordo com o tempo, o lugar e os costumes de cada comunidade, porém, é a partir de tais valores, que se determinam o que a pessoa quer e o que a pessoa não quer expor ao conhecimento alheio, que se estabelece a base objetiva em que se fundamenta a tutela jurídica da intimidade¹³⁴.

É mister sejam estabelecidos quais aspectos da vida privada necessitam ser protegidos do conhecimento público, tais aspectos precisam ser determinados ou, quando menos, determináveis, a partir dos valores vigentes em cada sociedade. É certo que nem todo acontecimento, pensamento ou sentimento da vida privada merece proteção irrestrita contra o conhecimento alheio, bem como que a medida do que deve ser tutelado não pode partir do subjetivismo de cada um. Isso porque, a par de ninguém estar obrigado a expor qualquer aspecto da sua vida privada, deve-se estabelecer quando a intrusão alheia e em que medida, quando não consentida, fere o direito à intimidade¹³⁵.

Edson Ferreira da Silva, ao conceituar o direito à intimidade, ressalta o seu conteúdo volitivo, sustentando que ele:

“deve compreender o poder jurídico de subtrair do conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da nossa vida privada que segundo um senso comum, detectável em cada época e lugar, interessa manter sob reserva”¹³⁶.

Interessa ao monografista, a partir do que preceitua a sua definição, o senso comum, para ele tido como parâmetro objetivo ao qual se circunscreve o direito à intimidade¹³⁷.

¹³³ Cf. VIEIRA, José Ribas (coord.). Ob. cit., p. 84.

¹³⁴ Cf. SILVA, Edson Ferreira da. Ob. cit., p. 42.

¹³⁵ Cf. Idem, ibidem, p. 49.

¹³⁶ Cf. Idem, ibidem, p. 51.

¹³⁷ Cf. Idem, ibidem.

Nesse sentido, há um fundamento ao direito à intimidade, enquanto exigência moral da personalidade, que pode ser aceito universalmente. Como Edilsom Pereira de Farias assinala, toda pessoa humana possui o “direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ela interessa”; fundamento esse extraído do princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt, a partir da filosofia kantiana¹³⁸.

2.5. Teoria das esferas

A teoria das esferas se desenvolveu, inicialmente, na Alemanha, destinada à proteção e salvaguarda constitucional da “vida privada”, contra os excessos havidos no exercício da liberdade de expressão.

Essa teoria encontra o seu fundamento no direito geral de personalidade, o qual por sua vez, consoante entendimento consagrado no Tribunal Constitucional alemão, fundamenta-se no art. 2.1. combinado com o art. 1.1, ambos, da Lei Fundamental Alemã.

O precursor da teoria foi Heinrich Hubmann, que propôs fossem delimitadas as diferentes esferas dos diversos níveis de proteção, de modo que a classificação de uma determinada informação pessoal em um ou noutro nível seria determinante para resolver a controvérsia a respeito da sua divulgação¹³⁹. Doravante, quanto mais próxima estiver do núcleo intangível da intimidade, maior relevância pública é exigida da informação para considerar a sua difusão constitucionalmente legítima.

Embora não haja unanimidade na doutrina sobre a classificação concreta de tais esferas, há um consenso sobre quais são as principais, a saber, a “esfera do sigilo”, “esfera íntima” e a “esfera privada”.

Das três esferas, a mais fechada é aquela que abrange a reserva, o sigilo, que diz respeito às “mais profundas manifestações espirituais da pessoa”¹⁴⁰, que caracterizam a vida íntima, *strictu sensu*. Nessa esfera encontra-se, por exemplo, o direito ao sigilo das

¹³⁸ Cf. FARIAS, Edilsom Pereira de. Ob. cit., p. 126.

¹³⁹ Cf. GUERREIRO, Manuel Medina. Ob. cit., pp. 13-14.

¹⁴⁰ Cf. JABUR, Gilberto Haddad. Ob. cit., p. 257.

correspondências, cuja violação configura crime (CP, arts. 150 a 152). Deste mesmo teor, encontra-se a interceptação de conversas telefônicas, sem a autorização dos interlocutores, a menos que haja autorização judicial, na forma prevista em lei (Lei nº 9.296/96).

Incidem sobre a “esfera íntima” as informações que dizem respeito ao âmbito vital interno das pessoas, especialmente à vida sexual, ao mundo mental e sentimental e suas formas externas de manifestação. Dentro dessa esfera encontram-se as informações relativas ao ser humano individualmente considerado, o que ele “é” e o que ele “não é”, englobando dados como: saúde, nascimento, morte e sexo. Em razão da dificuldade de se definir abstratamente o que seja íntimo, a jurisprudência constitucional tedesca tem se inclinado por defini-lo apenas em função das peculiaridades do caso concreto¹⁴¹. Essa esfera possui alto nível de proteção, o que a torna capaz de resistir a qualquer intromissão ou ingerência externas, sendo que toda agressão produzida contra ela é tida por ilícita pelo Tribunal Constitucional alemão, sem que ele necessite proceder a qualquer processo ponderativo para alcançar tal conclusão.

Por seu turno, a dita “esfera privada” ou “pessoal” diferencia-se da “esfera íntima”, por se projetar ao exterior, para além da vida interior das pessoas, dela fazendo parte as questões que dizem respeito à vida doméstica, aos familiares e aos amigos. Do ponto de vista material, podemos afirmar que dentro dessa esfera encontram-se, por exemplo, as reflexões pessoais, realizadas sobre si próprio, em seu diário; a comunicação confidencial entre cônjuges; a identidade sexual; os tratamentos médicos; e, até, condutas socialmente marginalizadas, como o consumo de drogas. Por outro lado, do ponto de vista espacial, essa esfera de proteção serve para criar um espaço no qual as pessoas encontram-se livres da observação pública, livres, portanto, de um autocontrole forçado. Esse espaço constitucionalmente concedido ao particular, normalmente, é a sua própria casa, podendo, ainda, os particulares circular livremente da observação pública em espaços naturalmente isolados ou em lugares nitidamente voltados a evitar uma ampla publicidade¹⁴².

Doravante, podemos afirmar que se encontram protegidos perante a imprensa, dentre outros, os assuntos relativos à vida privada, tais como a situação familiar e suas alterações, os problemas de saúde, a crença religiosa, a dependência alcoólica. No mais, informações

¹⁴¹ GUERREIRO, Manuel Medina. Ob. cit., p. 14.

¹⁴² Idem, ibidem, p. 17.

como o endereço residencial, a situação patrimonial, o salário percebido, podem, também, gozar de proteção dentro dessa esfera, quando a sua divulgação possa causar risco ao interessado. A crítica que se faz a essa aplicação da teoria das esferas é a de que ela propõe uma preponderância absoluta do indivíduo, sem atender aos interesses sociais, diretamente, ligados à liberdade de expressão e comunicação.

De fato, a proteção outorgada a essa esfera, embora seja aferível preliminarmente, pode ceder quando a relevância pública do interessado e da própria informação justifiquem a sua divulgação. Assim, um dado catalogado como referente à “esfera privada” deve ser objeto de um processo de ponderação para resolver a colisão entre o direito geral da personalidade, mais especificamente, à privacidade e a liberdade de imprensa.

Nessa ordem de ideias, Manuel Medina Guerrero afirma que a fim de superar as deficiências da teoria das esferas, tem-se defendido a conveniência de relativizar este nível de proteção:

“(...) propugnando-se a seguinte fórmula: quanto mais íntimo seja o âmbito afetado, mais rigorosas devem ser as exigências para justificar tal medida; e quanto mais afetado é o interesse social, será mais factível proteger o interesse ou bem que colida com o direito geral da personalidade”¹⁴³. (tradução nossa)

Concluindo, a teoria das esferas pressupõe o reconhecimento da existência de espaços jurídicos próprios ao desenvolvimento da personalidade no âmbito privado e no âmbito público. Assim, é o chamado critério de visibilidade social de determinado fenômeno (jurídico, sociológico, cultural) que importa para a sua definição como algo que pode ser exibido, visto que é de interesse público. Da mesma forma, ausente o interesse público, convém seja ele mantido em sigilo, dado a sua característica meramente privada¹⁴⁴.

¹⁴³ GUERREIRO, Manuel Medina. Ob. cit., pp. 15-16. O original registra: “progugnándose la siguiente fórmula: cuanto más íntimo sea el ámbito afectado, tanto más rigurosas deben ser las exigencias para justificar la medida; y cuanto más afectado esté el interés social, tanto más factible será proteger el interés o bien que colisione com el derecho general a la personalidad”.

¹⁴⁴ Cf. CACHAPUZ, Maria Cláudia. Ob. cit., p. 105.

CAPÍTULO 3

Direito à informação, direito de informar e liberdade de imprensa

3.1. Liberdade de expressão em sentido amplo

A questão da liberdade de expressão em sentido amplo, cuja abrangência inclui todas as diferentes liberdades de comunicação, tem a sua origem, segundo Jónatas Machado, na modernidade,

“entendida esta como superação da construção teológica de toda a realidade que caracterizou o mundo medieval, a qual conferia um sentido metafísico unitário a todos os domínios da existência individual e coletiva e aos correspondentes espaços discursivos”¹⁴⁵.

De fato, no mundo medieval, todas as esferas da vida social estavam subordinadas à autoridade da igreja romana, fulcrada nos dogmas teológicos e das autoridades eclesiásticas, o que levava todas as instituições e, principalmente, todos indivíduos a um profundo determinismo histórico-social.

Apenas com a modernidade, opera-se a transferência dos domínios da vida social, não mais subjugados a um sistema único de poder, para, a partir de então, como assinala Jónatas E. M. Machado¹⁴⁶, com fundamento na doutrina de Niklas Luhmann (*Die Gesellschaft der Gesellschaft*, I e II – Frankfurt am Main – 1997, p. 16 e ss.), tornar-se um conjunto de subsistemas de ação social funcionalmente diferenciados e comunicativamente estruturados.

Doravante, no moderno Estado constitucional, com a estruturação dos subsistemas sociais como sistemas de liberdade comunicativa, a liberdade de expressão representa a possibilidade de comunicação em todos os domínios da vida social, a partir da autonomia individual e coletiva e da voluntariedade da interação social¹⁴⁷. A liberdade de expressão é, pois, liberdade de conteúdo intelectual e pressupõe a interação do indivíduo com seus

¹⁴⁵ Cf. MACHADO, Jónatas E. M. Ob. cit., p. 13.

¹⁴⁶ Cf. Idem, ibidem, p. 13.

¹⁴⁷ Cf. Idem, ibidem., p. 15.

semelhantes, a partir da qual o homem revela ao mundo exterior as suas crenças, conhecimentos, sua visão do mundo, suas opiniões políticas e seus trabalhos científicos. Caracteriza-se como exteriorização do pensamento em seu sentido mais abrangente, visto que num primeiro momento, quando se forma o pensamento, ela é apenas pura consciência, pura crença, mera opinião, e, por isso, José Afonso da Silva adverte, que, nesse momento, conquanto seja plenamente reconhecida, a liberdade de pensamento não cria problema maior¹⁴⁸.

Como manifestação da liberdade de opinião, a liberdade de pensamento é reconhecida em seu duplo aspecto pela Constituição e é tida, pela doutrina, como liberdade primária e ponto de partida das outras¹⁴⁹. Como pensamento íntimo, há a previsão da liberdade de consciência e crença, que a Constituição declara inviolável (art. 5º, VI), como a de crença religiosa e de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII), como também o direito de manifestar o que se sinta e pense, seja sobre o que for.¹⁵⁰ Vertente que representa o aspecto externo da liberdade de opinião e na qual se inserem o exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento¹⁵¹.

De fato, a liberdade de expressão e comunicação deduz-se da liberdade de manifestação do pensamento, visto que a liberdade de pensamento somente revela o seu verdadeiro valor se ele puder expressar-se ou difundir-se¹⁵².

3.2. Liberdade de imprensa – alguma história

Os Estados Unidos da América e a França foram os primeiros países a alçarem a proteção à liberdade de imprensa ao nível constitucional. Contudo, a noção de liberdade de imprensa nesses dois países nunca coincidiu.

¹⁴⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 31ª ed. São Paulo. Malheiros, 2008, p. 241.

¹⁴⁹ Idem, ibidem, p. 241.

¹⁵⁰ Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Ob., cit., p. 46.

¹⁵¹ Cf. SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 243.

¹⁵² Cf. FARIAS, Edilsom Pereira de. Ob. cit., p. 143.

Nos Estados Unidos, o *Bill of Rights* do estado da Virgínia, em seu art. 12, enunciava que “a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”. Já a 1ª Emenda à Constituição americana, datada de 1791, proclama:

“O Congresso não votará leis que disponham sobre o estabelecimento de uma religião ou sobre a proibição de qualquer outra, ou que cerceiem a liberdade de palavra ou de imprensa ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de dirigir petições ao Governo para reparação de agravos”.

Na França, por seu turno, a liberdade de imprensa foi acolhida pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, declaração essa que passou a integrar as constituições futuras. Contudo, a própria Declaração admitia a possibilidade de a lei estabelecer limites aos abusos da imprensa. A propósito, leia-se o seu art. 11:

“A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode portanto falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelos casos determinados pela lei”.

Luiz Gustavo G. Castanho de Carvalho¹⁵³ defende que a imprensa na França só tornou-se verdadeiramente livre após a revolução de 1848, pois na Constituição de 1791, ainda monárquica, havia a previsão acentuada de censura prévia. A Constituição de 1793, também conhecida como Constituição Jacobina, promulgada após a queda da monarquia, prescrevia a liberdade indefinida, porém, até então, muitas foram as tentativas de amordaçar a imprensa, através de inúmeros processos e pesadas multas¹⁵⁴. Em 1835, após o atentado contra o rei Luís Felipe, novamente a imprensa foi submetida, através da legislação aprovada, a rigoroso controle do Estado, com importante limitação às matérias de natureza política. De fato, ainda em 1863, a ideia de liberdade de imprensa estava ligada ao seu âmbito de atuação. Assim, entendia-se que na esfera pública a imprensa deveria ser

¹⁵³ Cf. CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25.

¹⁵⁴ Vale neste ponto a menção feita por Castanho de Carvalho, citando Giovanni Ponzio (*Le origini della libertà di Stampa in Italia*), de que os responsáveis pelo jornal *La Tribune*, de tendência republicana, responderam a 111 processos, sofreram 20 condenações e suportaram 157 mil francos de multa. CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Ob. cit., p. 25.

livre, enquanto, acerca da vida privada, mesmo as notícias verdadeiras não poderiam ser legalmente publicadas¹⁵⁵.

Essas duas nações, Estados Unidos e França, foram, portanto, cada qual a seu modo e a partir de suas próprias raízes histórico-culturais, o berço da constitucionalização da liberdade de imprensa, constitucionalização que ganhou forte incremento após a promulgação, em 1948, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, em seu artigo XIX, prescreve que todo homem tem direito à liberdade de expressão e de receber e transmitir informações.

Percebe-se, portanto, que o direito à liberdade de imprensa evoluiu na história da humanidade, sendo, por vezes entendido como um direito fundamental e absoluto, por vezes tido como direito fundamental, porém, muitas vezes esteve sujeito a restrições profundas, que lhe suprimiram a liberdade de pleno exercício.

No Brasil, até a chegada da família real, em 1808, a coroa proibia a existência da imprensa. No entanto, logo após a sua chegada, o rei Dom João VI incentivou o estabelecimento da imprensa régia, que, por isso, imprimiu o jornal a *Gazeta do Rio*, o primeiro impresso no Brasil¹⁵⁶. Porém, a liberdade de imprensa só veio a ser conhecida em Portugal, em 1820, com a Revolução do Porto, fortemente influenciada pela Revolução Francesa, e, depois, no Brasil, por força do decreto de 2 de março de 1821, de Dom João VI, que regulou a liberdade de imprensa e aboliu a censura¹⁵⁷.

Após a proclamação da independência, foi aprovado, em 22 de novembro de 1823, o projeto de autoria dos deputados Silva Maia e Rodrigues de Carvalho, que estabeleceu a liberdade de imprensa. A seguir, a Constituição Imperial de 1824, também, tratou do assunto em seu artigo 179, § 5º, prescrevendo a liberdade de imprensa, sem censura,

¹⁵⁵ Cf. VIEIRA, José Ribas (coord.). Ob. cit., p. 89.

¹⁵⁶ A *Gazeta do Rio de Janeiro*, conquanto tenha sido saldada como verdadeira novidade, possuía conteúdo que Hippolyto da Costa considerava anódino, burocrático e totalmente filtrado pela censura. Por seu turno, a revista *O Patriota*, publicada pela Imprensa Régia, a partir de 1813, é considerada pelos especialistas como a melhor publicação literária não só da Colônia, como também do Reino e da Regência. Contudo, *O Patriota* sempre procurou manter-se à margem de qualquer consideração política. A propósito, confira-se o belo artigo de Isabel Lustosa inserto em *Impresso no Brasil, 1808-1930: destaques da história gráfica no acervo da Biblioteca Nacional*. Org. CARDOSO, Rafael. Rio de Janeiro: Verso Brasil, 2009, p. 30.

¹⁵⁷ Cf. CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. Ob. cit., p. 30.

sujeitando, todavia, os abusos às penas da lei. Em 18 de março de 1831 foi editado o decreto, assinado por Regente Feijó, regulamentando o processo dos crimes de imprensa.

Depois da proclamação da República, entrou em vigor o Código Penal de 1890, que manteve a liberdade de imprensa e cujo sistema foi recepcionado pela Constituição de 1891, no art. 72, § 12, que proibia o anonimato. A regulação da matéria ocorreu com a edição do Decreto nº 4.753, de 14 de outubro de 1923.

Já a Constituição de 1934, em seu artigo 113, nº 9, introduziu a censura, para espetáculos e diversões públicas, e tratou do direito de resposta, pela primeira vez, além de proibir o anonimato.

A Carta de 1937, no artigo 122, inciso 15, limitou profundamente a liberdade de imprensa, criando a censura prévia para a imprensa, além de admitir a proibição da circulação e da divulgação, em razão do que, no período compreendido entre 1939 e 1945, a imprensa foi submetida a severa censura prévia, instrumentalizada pelo Decreto nº 1949, de 30 de dezembro de 1939.

A Constituição de 1946 restabeleceu o regime democrático e o seu art. 141, § 5º, aboliu a censura prévia, exceto para espetáculos e diversões públicas, mantendo a proibição de propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Na Constituição de 1967, o artigo 150, § 8º, manteve aquela regulamentação. Porém, como expõe Luiz Gustavo G. Castanho de Carvalho,

“no regime da Constituição de 1967, apesar do texto liberal da Carta, o País testemunhou um dos maiores crimes já praticados contra a imprensa. A ditadura militar impôs uma severa censura prévia, e diversos jornalistas foram perseguidos, processados, quando não presos e torturados sem processo”¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Cf. CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. Ob. cit., p. 33.

Na vigência desta Constituição, foi editada a Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que apenas recentemente foi extirpada do sistema jurídico brasileiro, quando o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130-7, por inteiro, reconheceu que aquela lei não foi recepcionada pela Constituição de 1988. A Emenda nº 1, de 1969, repetiu a mesma regra no seu artigo 153, § 8º, e no artigo 174, § 2º.

Já a Constituição Federal de 1988 trata da liberdade de comunicação, em sentido amplo, como um conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que permitem a coordenação concatenada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação, no art. 5º, incisos IV, V, IX, XII e XIV combinado com os artigos 220 a 224¹⁵⁹. O tema será aprofundado no desenrolar deste trabalho, porém, desde logo, ressalte-se que é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística, sendo, também, vedado o anonimato.

A análise dos diversos documentos internacionais permite conceituar a liberdade de expressão e comunicação como um direito humano fundamental. Esse direito fundamental consiste no poder de manifestar livremente o próprio pensamento, bem como suas crenças e opiniões, por palavras, escrito, gestos ou qualquer outra forma de divulgação, além do direito de emitir e receber informações verdadeiras, sem impedimentos ou discriminações.

3.3. Liberdade de informar, direito a ser informado e pluralismo de expressão

Liberdade de informar e direito a ser informado são expressões distintas, que tratam de objetos jurídicos distintos. O direito à informação ou direito a ser informado constitui um direito pessoal enquanto a liberdade de informação em geral é um direito coletivo.

De fato, a proteção constitucional ao direito fundamental à informação compreende tanto os atos de comunicação quanto os atos de recepção de informações verdadeiras. Nesse sentido, Edilson Pereira de Farias assinala que o objetivo visa a proteger tanto o

¹⁵⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 243.

emissor, quanto o receptor do processo de comunicação, estando no aspecto passivo dessa relação de comunicação o direito do público de ser adequadamente informado¹⁶⁰.

Atualmente, diverso do que se dava na fase germinal, quando o instituto possuía um conteúdo muito mais individualista, a liberdade de expressão e comunicação representa o direito público subjetivo de estar suficientemente e corretamente informado. Superada a dimensão individualista de índole liberal, o instituto passou a representar preponderantemente o instrumento de formação da opinião pública pluralista, requisito fundamental ao desenvolvimento do estado democrático de direito. De fato, essa liberdade de manifestar amplamente o pensamento e a opinião é um dos direitos mais caros e estimados do cidadão¹⁶¹.

Como adverte José Afonso da Silva¹⁶², essa exteriorização do pensamento pode ocorrer entre interlocutores presentes ou ausentes. Entre presentes ela pode ocorrer em forma de diálogo (de pessoa a pessoa) ou em forma de exposição, de conferência, palestras, discursos etc. (de uma pessoa para outras pessoas), quando ocorre interferência com o direito de reunião e de associação. Quando se dá entre ausentes, a exteriorização pode ocorrer entre pessoas determinadas, por meio de correspondência pessoal e sigilosa (carta, telegrama, telefone, ligados ao direito à privacidade), ou expressar-se para pessoas indeterminadas, por meio de livros, jornais, revistas e outros periódicos, televisão, rádio, internet etc.

O direito a manter o pensamento em segredo também é inerente à liberdade de manifestação do pensamento, consistindo na liberdade de o indivíduo não manifestá-lo, mantendo-o na sua esfera íntima. Do mesmo modo que é preservado o direito ao silêncio, inclusive com previsão exclusiva no art. 5º, LXIII, da Constituição, ao ditar que dentre outros o preso tem o direito de permanecer calado, direito não só daquele como de todos; a liberdade de manifestação do pensamento impõe ônus ao manifestante, consistente no dever de ele identificar-se, assumindo a autoria do produto do pensamento manifestado, para, eventualmente, responder pelos danos causados a terceiros. Veda-se, portanto, o anonimato.

¹⁶⁰ Cf. FARIAS, Edilsom Pereira de. Ob. cit., p. 148.

¹⁶¹ Cf. idem, ibidem, p. 143.

¹⁶² Cf. SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 244.

Inclui-se, ainda, dentre as garantias de eficácia do direito à privacidade frente à liberdade de manifestação do pensamento, o direito de resposta, assegurado pelo art. 5º, V, da Constituição Federal, que reza: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. De fato, os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem possuem proteção positiva, enquanto direitos em si mesmos (CF, art. 5º, X), bem como proteção negativa, tendo em vista a ressalva constante do art. 220, § 1º, CF, ao determinar: “nenhuma lei conterà dispositivo que possa embarçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”¹⁶³.

Por outro lado, a liberdade de expressão e comunicação, também, não constitui direito absoluto, devendo ser exercida dentro dos limites fixados pelo próprio ordenamento jurídico, tanto no nível constitucional quanto na legislação ordinária. Há um limite interno, já mencionado, consistente na necessidade de ser verdadeira a informação. Além deste limite interno, o exercício da liberdade de expressão deve se compatibilizar com os direitos humanos fundamentais daqueles que são afetados pelas opiniões e informações. Não só isso, também, devem ser respeitados outros bens constitucionalmente protegidos, tais como a moralidade pública, a segurança pública, a saúde pública etc.¹⁶⁴

É necessário, contudo, assinalar que qualquer pretensão à restrição da liberdade de expressão e comunicação por parte do Poder Público deve se pautar nos limites supramencionados, ou seja, o Poder Público deverá justificar a sua intervenção, que só poderá se dar por meio de lei, haja vista a existência de reserva legal explícita ou implícita, autorizada pela Constituição. De qualquer forma, deve ser respeitada, ainda, a máxima da proporcionalidade, para que remanesça inabalado o núcleo essencial da liberdade de expressão¹⁶⁵.

¹⁶³ Cf. SILVA, Edilsom Pereira da. Ob. cit., p. 141.

¹⁶⁴ Cf. idem, ibidem., p. 151.

¹⁶⁵ Cf. idem, ibidem., p. 151.

CAPÍTULO 4

Colisão de direitos

A colisão entre o exercício da liberdade de imprensa e comunicação e os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade é bastante frequente. A seguir, tendo em vista o escopo do presente trabalho, trataremos especificamente da colisão entre o direito à privacidade e o exercício da liberdade de imprensa.

Inicialmente, cabe assinalar que o sistema constitucional brasileiro, e o próprio ordenamento jurídico como um todo, é um sistema normativo aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, com papel preponderante aos direitos fundamentais¹⁶⁶.

Tendo em conta os estudos sobre direitos fundamentais podemos afirmar não serem eles detentores de um caráter absoluto, quando confrontados com outros direitos fundamentais, eis que atuam conjuntamente e, necessariamente, acabam por se limitarem reciprocamente, o que revela o seu caráter relativo¹⁶⁷. Konrad Hesse, nesse sentido, assinala o caráter relativo dos direitos fundamentais, quando confrontados com outros direitos de mesma natureza: diferentemente do que acontece nas relações dos indivíduos frente ao Estado, em que apenas uma das partes goza da proteção de direitos fundamentais, nos conflitos jurídicos entre particulares *todos* os interessados são titulares de tal espécie de direitos, razão por que nas relações jurídico-privadas ordinariamente se produzirá uma colisão de direitos fundamentais, cuja solução dependerá de um equilíbrio ou da ponderação dos direitos em conflito¹⁶⁸.

Assim, a colisão entre direitos se dá quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito de mesma espécie por parte de outro titular¹⁶⁹. Verifica-se um verdadeiro choque de direitos. Especificamente, no que se refere ao tema deste trabalho, é bastante frequente a ocorrência de colisão entre o exercício

¹⁶⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 30; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional...*, p. 1162.

¹⁶⁷ O caráter absoluto dos direitos fundamentais remanesce, contudo, na sua oponibilidade *erga omnes*, independentemente da preexistência de uma relação jurídica base entre o titular do direito e os devedores da conduta objeto do direito subjetivo.

¹⁶⁸ Cf. HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 2001, p. 60.

¹⁶⁹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ob. cit.*, p. 1270.

da liberdade de imprensa e o direito à privacidade. A propósito, Canotilho, ao apresentar uma melhor sistematização da colisão ou conflito de direitos fundamentais, a partir de uma *tipologia de conflitos* de direitos constitucionais, fornece-nos o seguinte exemplo de colisão entre direitos: “a liberdade de criação intelectual e artística (art. 42º/1) é susceptível de colidir com outros direitos pessoais como o direito ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida familiar (art. 26º)”¹⁷⁰.

Por seu turno, a liberdade de expressão, mercê de ser considerada um requisito fundamental para contribuir para a formação da opinião pública pluralista, instituição indispensável para o funcionamento da sociedade democrática, não deve suportar restrições por parte de outros direitos ou bens constitucionais, sob pena de restar totalmente descaracterizada¹⁷¹. Nesse ponto é que surge a questão essencial, qual seja, garantir o direito à privacidade sem que se suprima a liberdade de imprensa.

Para a solução de tal questão é necessário ter-se em conta que as normas dos direitos fundamentais são entendidas como *exigências ou imperativos de otimização* que devem ser realizadas, o quanto for possível, em conformidade com o contexto jurídico e respectiva situação fática.

O juízo de ponderação e/ou harmonização entre estas posições, perigosamente vizinhas, é indispensável, porém, não se prescinde da utilização de critérios metodológicos abstratos à orientação da tarefa de ponderação e/ou harmonização concretas. José Joaquim Gomes Canotilho, citando Hesse e Lerche, menciona o princípio da “concordância prática” e a “ideia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes”¹⁷².

Também, deve-se ter em mente, como adverte Jónatas E. M. Machado, que é necessária

“(…) a formulação por parte do público de um juízo sobre a idoneidade e dignidade de consideração dos seus principais protagonistas, bem como sobre a legitimidade

¹⁷⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. p. cit., p. 1271.

¹⁷¹ Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. Ob. cit., p. 152.

¹⁷² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., pp. 1274 -5.

dos fins por aqueles prosseguidos e a maior ou menor justiça e transparência das regras que presidem ao seu funcionamento”¹⁷³.

Durante o processo de ponderação proporcional que não prescinde da participação de todos os interesses envolvidos, públicos ou privados, pode acontecer que a agressão à vida íntima, inicialmente tida por gravíssima, por representar uma violação a um bem constitucionalmente protegido, venha a ser afastada. De fato, com já assinalamos, o princípio maior que deve ser observado encontra-se unido à necessidade de garantir a correta formação da opinião pública, tanto quanto possível, sem que ocorra restrição aos direitos de personalidade¹⁷⁴.

Assim, o acesso à opinião coletiva ao que, inicialmente, representava um sigilo pessoal, se justifica quando a relevância pública da informação afasta o seu caráter privado e permite a sua publicação. Porém, não pretendemos aqui afirmar a supremacia absoluta do interesse público à informação frente ao sigilo privado, apenas, defendemos que o acesso ao público de informações que inicialmente se revelavam atinentes ao plano da reserva íntima do indivíduo se justifica quando tais informações possuam relevância pública¹⁷⁵.

Edilson Pereira de Farias sustenta que os tribunais constitucionais vêm adotando o critério utilizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, titulado “*preferred position*”, no qual há prevalência da liberdade de expressão e comunicação, nos conflitos com os direitos da personalidade que a ela se contrapõem (honra, intimidade, privacidade e imagem)¹⁷⁶. Tal posição adotada pelos tribunais constitucionais decorre de a liberdade de expressão ser considerado como valor indispensável ao funcionamento de uma sociedade livre e democrática, bem como ante a grande dificuldade em se conceituar o que vem a ser, efetivamente, a proteção à privacidade. No mais, deve ser assinalada a importância do conteúdo da 1ª Emenda à Constituição americana que, expressamente, veda qualquer possibilidade de cerceamento ao exercício da liberdade de imprensa.

¹⁷³ Cf. MACHADO, Jónatas E. M. Ob. cit., p. 797.

¹⁷⁴ Cf. Idem, ibidem, p. 799.

¹⁷⁵ O Supremo Tribunal Federal vem, constantemente, autorizando a quebra de sigilo bancário, telefônico e fiscal, inclusive por CPIs – Comissões Parlamentares de Inquérito – quando presentes indícios suficientes que demonstrem a existência de fatos relevantes a justificar a necessidade da quebra de sigilo de forma legítima. Cf. BRASIL. STF, MS 23.974-3/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, j. em 03.10.2001 – RTJ nº 179; BRASIL. STF, MS 27.483/DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, j. em 14.08.2008 e BRASIL. STF, ACO 730/RJ. Relator Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DJ 11.11.2005.

¹⁷⁶ Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. Ob. cit., p. 156.

Contudo, o direito à livre manifestação do pensamento, como visto, encontra-se previsto em duas normas constitucionais, no art. 5º, IV, entre as garantias fundamentais, e no art. 220, onde é tratado em capítulo próprio. Também, a proteção à vida privada encontra-se inserida dentre os direitos fundamentais do art. 5º, no inciso X, além de ostentar garantia negativa, tendo em vista o que dispõe a última frase do § 1º, do art. 220.

Assim, a solução da antinomia surgida da aparente colisão entre esses direitos de mesmo escalão hierárquico pressupõe que o intérprete atue com discernimento e ponderação, e ainda, que atue com concatenação e que considere o direito em movimento. Pois, como adverte Gilberto Haddad Jabur, “uma vivência saudável requer a liberdade de expressão, mas reclama o apego ao que se mostra recôndito e assim deve ser conservado”¹⁷⁷.

Doravante, a solução deve tutelar a liberdade de expressão, enquanto direito humano fundamental e requisito do Estado democrático e plural, da mesma forma que não pode deixar à míngua os valores expressos na supervalorização da dignidade humana, enquanto princípio fundamental da República.

O norte que deve orientar o leme da nau interpretativa está na preponderância do interesse público. Deve-se estabelecer preliminarmente, que o direito de informar não deve ser exercido com a violação da privacidade, a menos que haja um interesse público inequívoco na informação. Essa conclusão é bastante óbvia, a partir da constatação de que a ninguém interessa o conteúdo das informações que digam respeito, exclusivamente, ao indivíduo, desde que tais informações permaneçam na sua redoma pessoal indevassável. Todavia, por vezes, o interesse público exige a publicação de uma notícia, mais precisamente quando o seu conteúdo a par de revelar aspectos da vida privada do sujeito possui, também, informações que dizem respeito à comunidade, a seus problemas e valores.

Em suma, o que deve preponderar é o *interesse público* pela informação, não o *interesse do público*, que, muitas vezes, configura-se como mera curiosidade, indiscrição

¹⁷⁷ Cf. JABUR, Gilberto Haddad. Ob. cit., p. 333.

sem sentido ou valor jornalístico algum. Esse interesse público, como assinala Gilberto Haddad Jabur, representa uma necessidade que ultrapassa as raias da curiosidade e alcança legitimidade:

“porque não vem pautada em um desejo simples e isolado de uma comunidade de futriqueiros, especuladores e indiscretos, mas no sólido pressuposto de que a notícia que se pretende veicular é importante ao destinatário: se não lhe acresce cultura louvável, ao menos lhe traz informação útil, proveitosa ou vantajosa à sua interação como ente que participa do desenvolvimento sociocultural”¹⁷⁸.

Assim, cabe ao intérprete solucionar essa relação de tensão ou colisão entre direitos, sopesando os interesses conflitantes, estabelecendo uma relação de precedência condicionada entre os direitos, com base nas circunstâncias do caso concreto, e tendo como critério interpretativo fundamental a presença (ou ausência) do interesse público inequívoco a justificar (ou não) a publicação da notícia.

¹⁷⁸ Cf. JABUR, Gilberto Haddad. Ob. cit., pp. 340-341.

CAPÍTULO V

Tutela civil do direito à privacidade frente à liberdade de imprensa

No nosso ordenamento jurídico, à luz do que prescreve o art. 12 do Código Civil, em se tratando de ofensa aos direitos da personalidade, há possibilidade de se exigir o fim de ameaças ou lesões aos direitos da personalidade sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Essa possibilidade, como anota Renan Lotufo, “demonstra o enquadramento desses direitos na categoria dos direitos privados, principalmente por dizerem respeito à responsabilidade civil do seu ofensor”¹⁷⁹.

Assim, em decorrência do que prevê o mencionado art. 12 do Código Civil – bem como à vista do que reza o art. 5º da Constituição Federal, em sua extensa declaração de direitos e garantias individuais, cuja lista não é exaustiva, haja vista não excluir outros, decorrentes do regime e princípios da Constituição¹⁸⁰ – a proteção dada aos direitos da personalidade é integral, não havendo espaço, aqui, para o desenvolvimento de teorias que fracionam e tipificam os direitos da personalidade, o que se dá, *e.g.*, na Itália.

Os direitos da personalidade, como já salientado, possuem caráter absoluto, sendo oponíveis *erga omnes*, o que impõe a todos, inclusive ao Estado, o dever de respeitá-los. Doravante, todo aquele que desrespeitar os direitos da personalidade de outrem responderá, além de outras sanções, por perdas e danos, uma vez que há lesão a ser humano determinado, que tem tutelada a integridade da sua esfera jurídica, que tem por fundamento sua personalidade, a sua dignidade de ser humano¹⁸¹.

Todavia, para que haja tutela específica aos direitos da personalidade, é mister a existência de um sistema protetivo idôneo, que outorgue efetividade a tais direitos. De fato, é a força coercitiva desse sistema, dotado do que já se chamou “proteção-constrangimento”¹⁸², que assegura a integridade desses direitos.

¹⁷⁹ Cf. LOTUFO, Renan. Ob. cit., p. 56.

¹⁸⁰ Cf. LOTUFO, Renan (coord.). Ob. cit., p. 114.

¹⁸¹ Cf. LOTUFO, Renan. Ob. cit., p. 57.

¹⁸² Cf. PICARD, Edmond. *Le droit pur*. Bruxelas: Veuve Ferdinand Larcier, 1899, par. 17, p. 40, *apud* GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Ob. cit., p. 96.

Assim, os direitos da personalidade possuem toda uma gama de providências que os tutelam, que se estendem a diversos ramos do Direito, bem como a medidas de ordem preventiva ou corretiva¹⁸³. Essa variedade de medidas pode se materializar com a determinação de cessação de práticas lesivas até a apreensão de coisas, submissão do agente a obrigações de fazer e de não fazer, condenação a penalidades, reparação de danos materiais e morais, além de o autor da agressão ser objeto de persecução criminal.

Além disso, os instrumentos de tutela dos direitos da personalidade não se situam apenas na esfera judicial, haja vista a sua presença na esfera administrativa. Assim, abusos ou violação a esses direitos geram a possibilidade de o lesado buscar amparo em órgãos administrativos, tais como o CONAR (Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária), quando se tratar de matéria atinente à publicidade e propaganda, e a ABERT (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão), quando se tratar de matérias veiculadas por emissoras de rádio e televisão.

5.1. Tutela civil da privacidade

Tendo em vista o objetivo deste trabalho, circunscrevemos o estudo à tutela civil do direito à privacidade frente à liberdade de imprensa.

Cabe assinalar, nesse ponto, que a revogada Lei de Imprensa, o seu art. 12, de forma genérica, já buscava coibir o que denominava abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação, sujeitando o agente que extrapolasse os limites normais do direito às penalidades previstas na própria Lei de Imprensa, além do dever de reparar os prejuízos, materiais e morais. Ainda, na esfera civil, a Lei de Imprensa previa, no seu art. 49, incisos I e II, a responsabilização reparatória daqueles que no exercício da liberdade de manifestação e pensamento, com dolo ou culpa, violassem direito, ou causassem prejuízo a outrem. Essa reparação englobava tanto os danos materiais quanto os morais, segundo o disposto nos incisos I e II, do mencionado art. 49.

¹⁸³ Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Ob. cit., p. 96.

O projeto da nova Lei de Imprensa (Projeto nº 3.232/92), na esfera civil, como diz Claudio Luiz Bueno de Godoy,

“optou por remeter à normatização geral, mas com menção específica ao disposto no art. 935 do Código Civil, e arts. 65 a 67 do Código de Processo Penal, que estatuem a independência entre as jurisdições penal e civil, ressalvada a decisão, no crime, nesse caso indiscutível, no cível, sobre a existência do fato e sua autoria (ver art. 27)”¹⁸⁴.

No mais, a tutela civil dos direitos da personalidade e, em especial, do direito à privacidade, pode ser efetivada de forma preventiva ou corretiva, essa, especificamente, por meio das obrigações de fazer e de não fazer, ou de forma reparatória, com a indenização dos danos causados, tanto materiais quanto morais.

5.1.1. Tutela civil preventiva da privacidade

Há algum tempo, os cientistas do processo vêm divulgando a influência dos direitos fundamentais sobre o desenvolvimento da disciplina, em especial ante a preocupação manifestada em relação à morosidade e a efetividade da jurisdição, além do cumprimento do seu papel junto à sociedade, preocupação essa que deu ensejo ao trabalho dos professores Mauro Capelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*¹⁸⁵.

Nessa ordem de ideias, Eduardo de Avelar Lamy, ao dissertar sobre a influência dos direitos fundamentais no processo, aduz que a prevalência do Estado Social sobre o Estado Liberal, fulcrada na ideologia social-democrata, está intimamente ligada ao surgimento e reconhecimento dos princípios e direitos fundamentais, cuja repercussão fez-se sentir junto ao processo¹⁸⁶. Essa influência exercida pelos direitos fundamentais sobre o direito

¹⁸⁴ Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Ob. cit., p. 98.

¹⁸⁵ Cf. CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

¹⁸⁶ Cf. LAMY, Eduardo de Avelar, “Considerações para a reforma da tutela de urgência: análise do esboço de anteprojeto sobre tutela de urgência e as medidas antecipatórias e cautelares”, artigo inserto na obra coletiva: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio, (orgs.). *Bases científicas para um renovado Direito processual*. 2ª ed. Salvador: Bahia, 2009, p. 550.

processual, conforme assinala Nelson Nery Jr., tem contribuído significativamente para a paulatina e profunda modificação de seus elementos essenciais teóricos e operativos¹⁸⁷.

Por seu turno, a tutela preventiva civil do direito à privacidade é realizada basicamente por meio das ações cautelares, dentre as quais se destaca a busca e apreensão do material que, de alguma forma, possa representar vulneração a esse direito da personalidade¹⁸⁸. Existem, ainda, as denominadas ações cominatórias, que podem ostentar tanto caráter reparatório quanto preventivo, e nas quais se busca o reconhecimento de uma obrigação de fazer ou, o que é particularmente relevante quando se trata de direitos da personalidade, de não fazer. De fato, com a utilização de uma ação cominatória de conteúdo negativo – obrigação de não fazer –, muita vez se obsta a publicidade da privacidade violada, o que configura sem dúvida uma forma de tutela preventiva.

Conquanto, ainda, se debata com intensidade acerca da configuração de verdadeira censura à atividade da imprensa, ante a utilização da tutela preventiva, entendemos que o caráter relativo de ambos os direitos – liberdade de expressão e comunicação e direito à privacidade – permite que, uma vez verificada a agressão ou ameaça ao direito da personalidade, passe-se à ponderação dos interesses envolvidos. A partir do que, como já visto, inexistente interesse público inequívoco que justifique a divulgação da informação relativa à privacidade do indivíduo, esse direito deve prevalecer sobre aquele.

De fato, o exercício da liberdade de imprensa, conquanto se revele um dos fundamentos do Estado democrático, não pode servir de supedâneo ao aniquilamento de outros direitos fundamentais, ou mesmo, de instrumento à violação da dignidade humana, visto que, tal qual a liberdade de imprensa, os direitos à privacidade também possuem proteção constitucional.

Especificamente, em relação ao direito à privacidade em confronto com a liberdade de imprensa, a jurisprudência ainda se divide.

¹⁸⁷ Cf. NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo civil na Constituição Federal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 19.

¹⁸⁸ Cf. a propósito, em relação às agressões aos direitos da personalidade em geral, GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Ob. cit., p. 99.

De fato, há uma corrente jurisprudencial que tende a estender os limites do direito constitucional da liberdade de informação e opinião, a ponto de negar a tutela inibitória, sob o argumento de que o abuso na informação deve ser reparado, apenas, mediante ação indenizatória.

Assim, vedada a divulgação da informação, e proibindo o trânsito da publicação, estaria configurada verdadeira censura, o que não estaria em conformidade com o nosso sistema jurídico. Confira-se, a propósito o seguinte julgado:

“Não se pode simplesmente impedir a livre circulação de uma revista pelo território nacional, já que isso implicaria em censura prévia hostilizada pela Constituição Federal. De outro lado, havendo abuso na informação, com violação ao direito de intimidade e privacidade, princípios também protegidos pela Carta Magna, o órgão de informação responde por isso na forma de indenização, cabendo àquele que se sentir ofendido buscar reparação indenizatória”¹⁸⁹.

Contudo, há outra corrente jurisprudencial que admite a possibilidade da tutela inibitória ao fito de fazer cessar ou mesmo impedir a lesão a direitos da personalidade, mormente, ao direito da privacidade.

Nesse sentido, parece encaminhar-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, conquanto tenha negado vigência à Lei nº 5.250/67, não aboliu a possibilidade de medidas cautelares que visem garantir a tutela dos direitos da personalidade, nas hipóteses em que tais direitos encontrem-se ameaçados ante o exercício da liberdade de imprensa. Em 2009, em episódio que envolveu o jornal *O Estado de São Paulo* e Fernando Sarney, o empresário e filho do senador José Sarney conseguiu, junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, liminar, em “ação inibitória de publicação de dados sigilosos”, que proibiu a publicação de informações a seu respeito, decorrentes de investigação da Polícia Federal. A referida investigação transcorria sob segredo de Justiça e culminou com o indiciamento de Fernando Sarney por lavagem de dinheiro, tráfico de influência, formação de quadrilha e falsidade ideológica.

¹⁸⁹ TJ-SP, Agravo de Instrumento nº 439.633-4/0, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 9.05.2006.

O periódico, então, ingressou com reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal, sustentando que, após o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130/DF, com a revogação integral ou não recepção da Lei nº 5.250/67, a referida liminar não mais se sustentaria, pois estaria configurada verdadeira censura à liberdade de imprensa, o que implicaria em flagrante ofensa à autoridade daquele julgado do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal, porém, sufragou, por maioria de votos, o entendimento do relator, segundo o qual não restou configurada hipótese de ofensa ao acórdão proferido na ADPF 130/DF, o que levou ao não conhecimento da reclamação. No seu voto, o relator:

“frisou não ser possível extrair do acórdão da ADPF 130/DF, sequer a título de motivo determinante, uma posição vigorosa e unívoca da Corte que implicasse, em algum sentido, juízo decisório de impossibilidade absoluta de proteção de direitos da personalidade, como a intimidade, a honra e a imagem, por parte do Poder Judiciário, em caso de contraste teórico com a liberdade de imprensa. Acrescentou que essa afirmação não significaria que toda e qualquer interdição ou inibição judicial a exercício de liberdade de expressão fosse constitucionalmente admissível, mas apenas sublinharia não se encontrar, na leitura de todos os votos que compuseram o acórdão paradigma, quer no dispositivo, quer nos fundamentos, pronúncia coletiva de vedação absoluta à tutela jurisdicional de direitos da personalidade segundo as circunstâncias de casos concretos, e que, como tal, seria a única hipótese idônea para autorizar o conhecimento do mérito da reclamação. Vencidos os Ministros Carlos Britto, Cármen Lúcia e Celso de Mello, que conheciam da reclamação por perceber clara relação de identidade entre o conteúdo do ato que se questionava na reclamação e os fundamentos constantes do acórdão invocado como paradigma”¹⁹⁰.

Assim, o melhor entendimento nos parece ser aquele que, em hipóteses em que restar configurada lesão, ou ameaça, a direitos da personalidade, o Poder Judiciário possa tutelar tais direitos, que, tal como a liberdade de imprensa, são direitos fundamentais. Essa tutela jurisdicional, inclusive em conformidade com o que dispõe o art. 12 do Código Civil, pode

¹⁹⁰ STF, Reclamação nº 9.428, DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 10.12.2009.

se dar, tanto de maneira corretiva quanto preventiva, inibitória, o que representa, sem dúvida, evolução da prestação jurisdicional¹⁹¹.

5.1.2. Tutela civil corretiva da privacidade

Como instrumento da tutela corretiva é de grande importância o papel exercido pelas já mencionadas ações relativas aos deveres de fazer e de não fazer, nas quais se visa à satisfação *in natura* dos direitos. De fato, o sistema de tutelas estabelecido nos arts. 461 e seguintes do Código de Processo Civil não se limita às obrigações propriamente ditas, visto que ele se estende a todos os deveres jurídicos cujo objeto seja um fazer ou um não fazer.

De fato, consoante assinala Eduardo Talamini,

“o art. 461 dá suporte a provimentos destinados a cessar ou impedir o início de condutas de afronta a qualquer direito da personalidade ou, mais amplamente, a qualquer direito fundamental de primeira geração”¹⁹².

Dentre tais direitos, juntamente com outros como a integridade física e psicológica, a liberdade em suas diversas facetas (de locomoção, associação, crença, empresa, profissão), a honra, a imagem, insere-se o direito à privacidade.

Doravante, a tutela de um dever de fazer, ou de um não fazer, permite a restituição ao estado anterior, de uma “situação de maltrato a direitos da personalidade”¹⁹³, o que é viabilizado pelas chamadas medidas subrogatórias, previstas no § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil. Esse dispositivo permite ao juiz 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. Vislumbramos, portanto, com base em tal regra, uma grande quantidade de medidas subrogatórias a serem adotadas, não podendo ser esquecidos, ainda,

¹⁹¹ Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Ob. cit., p. 101.

¹⁹² Cf. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 128.

¹⁹³ Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Ob. cit., p. 101.

os chamados meios atípicos de indução psicológica, para situações em que, por exemplo, a multa revelar-se insuficiente ou inadequada. Com a utilização dos meios atípicos, é concebível recorrer a outras formas de pressão, por exemplo, “a divulgação diária em veículos de comunicação de nota emitida pelo órgão jurisdicional, informando ao público que o réu está descumprindo ordem judicial”¹⁹⁴.

Ao lado da tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, como forma civil corretiva há a possibilidade da reparação pecuniária.

Revogada, ou não recepcionada, a Lei de Imprensa, após o julgamento da ADPF 130/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, a reparação pecuniária decorrente da violação ao direito à privacidade pelo exercício da liberdade de imprensa deve ser pautada pelas prescrições contidas na Constituição Federal e no Código Civil.

Assim, não se sustenta mais a antiga divergência, doutrinária e jurisprudencial, quanto à possibilidade de o autor do escrito figurar no pólo passivo da demanda indenizatória, quando a informação tenha ocorrido em publicação periódica¹⁹⁵. De fato, as disposições limitativas da Lei de Imprensa não mais se sustentavam, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que levou o Superior Tribunal de Justiça a sumular, ainda sob a vigência da Lei de Imprensa, o entendimento no sentido de que tanto a empresa jornalística quanto o autor do escrito ostentavam legitimidade a figurar no pólo passivo da ação de ressarcimento de dano.

Confira-se, a propósito, o teor da Súmula 221 do STJ: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.”

Da mesma forma, a exigência de conduta culposa ou dolosa do agente, presente na revogada Lei de Imprensa, como pressuposto à caracterização do dano material e moral indenizável, parece não se coadunar com a ordem constitucional vigente, visto que o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, conquanto preveja a hipótese de dano não descreve a conduta do agente. Desta feita, conforme assinala Pedro Frederico Caldas,

¹⁹⁴ Cf. TALAMINI, Eduardo. Ob. cit., p. 269.

¹⁹⁵ Nesse sentido: RT 744/215 e 646/71.

“é lícito concluir que estamos frente a uma hipótese de responsabilidade objetiva, pois, se de responsabilidade subjetiva tratasse, a norma poderia ser tida como uma demasia, eis que a conduta tipo da responsabilidade fundada na culpa já está prevista no *standard* jurídico no citado art. 159” (do Código Civil vigente à época da publicação da obra)¹⁹⁶.

De fato, esse é o entendimento que se nos afigura mais consentâneo com o disposto na Constituição Federal (art. 5º, inciso X), bem como ante a previsão inserta no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que estabelece a responsabilidade objetiva daquele que exerce atividade passível de produzir, por sua natureza, risco aos direitos de outrem.

Assim, cabe ao intérprete realizar o juízo de ponderação, já mencionado no Capítulo IV, nas hipóteses em que ocorra confronto entre o direito à privacidade e a liberdade de imprensa. Em caso de restar configurada a colisão de direitos e a prevalência do direito à privacidade frente à liberdade de imprensa, inexoravelmente, estar-se-á diante de uma hipótese de responsabilização do autor da lesão, independentemente de ter agido ou não culposamente. De mesma ideia é a opinião de Claudio Luiz Bueno de Godoy, para quem, a hipótese também é de responsabilidade objetiva, em razão da atividade exercida pelo agente responsável pela lesão¹⁹⁷.

Da mesma forma, após a revogação da Lei de Imprensa, não cabe mais discutir a respeito dos limites indenizatórios fixados pelos arts. 51, 52 e 56 daquela lei. De fato, ainda sob a vigência da Lei de Imprensa, a fixação tarifada da indenização por danos, material e moral e a existência de prazo decadencial de três meses, colidiam com o disposto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

Claro, o entendimento conforme a ordem constitucional vigente é aquele que se direciona no sentido de caber ao juiz a fixação do *quantum* indenizatório, fixação essa que deve ser feita de forma equitativa, de maneira que a composição do dano, material ou moral, seja proporcional à ofensa.

¹⁹⁶ Cf. CALDAS, Pedro Frederico. Ob. cit., pp. 123-124.

¹⁹⁷ Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Ob. cit., pp. 104-105.

Por fim, a própria Lei de Imprensa revogada trazia no art. 53 recomendações que permanecem úteis à fixação do *quantum*, como a situação econômica do lesado; a intensidade do sofrimento; a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa; o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, bem como as circunstâncias que envolveram os fatos.

CONCLUSÕES

Ao final deste trabalho, são estas as nossas conclusões:

1. A conquista e preservação da dignidade humana só se revelam viáveis a partir do reconhecimento de um núcleo mínimo de direitos inerentes à personalidade, dentre os quais destacamos: o direito à preservação da vida, à integridade física, à honra, à imagem, à privacidade e à liberdade.

2. O início histórico do reconhecimento dos direitos humanos se deu na Antiguidade clássica. Foi nas cidades gregas que surgiu, pela primeira vez, a noção geral e abstrata de pessoa, sobretudo em razão do desenvolvimento da sua filosofia. Foi, também, na Grécia que a preeminência da lei, como obra dos homens e não dos deuses, tornou-se o fundamento da sociedade política.

3. A tutela do direito geral da personalidade, instrumentalizada por interditos, espocou na Grécia, com a *hybris*, e em Roma, com a *injuria* ou *actio injuriarum*.

4. Na Idade Média se desenvolveu o princípio da igualdade essencial de todo ser humano, inspiração maior do núcleo universal dos direitos humanos.

5. Ao final da Segunda Grande Guerra, os ordenamentos jurídicos democráticos do Ocidente passaram a inserir nas próprias constituições os direitos fundamentais, o que as tornou a fonte normativa primária desses direitos.

6. A principal característica dos direitos da personalidade é seu caráter subjetivo, visto que eles representam a tutela da singularidade irreduzível que cada pessoa ostenta, como centro criador e receptor do próprio ordenamento jurídico, ora criador, ora criatura.

7. A natureza jurídica dos direitos da personalidade é de direito positivo, pois o direito natural é sempre contingente do conteúdo necessário, o direito positivo.

8. Os direitos da personalidade podem ser conceituados como o mínimo necessário para o ser humano desenvolver-se dignamente em sociedade, formando um conjunto autônomo, único, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e psíquica.

9. O desenvolvimento da filosofia existencialista permitiu o reconhecimento da essência da personalidade humana como algo único e insubstituível, inconfundível com a de qualquer outro. Essa essência não se confunde com a qualificação particular da pessoa (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio), a função ou papel exercidos por cada pessoa.

10. O marco genuíno de incorporação aos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos dos direitos fundamentais foi a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas.

11. A personalização ou despatrimonialização do direito civil representa a mudança, ocorrida a partir da metade do século XX, da mentalidade particular e patrimonialista para a proteção da pessoa, então, considerada como um todo, diverso, complexo e multifacetário.

12. Os princípios expressos na Constituição Federal por se encontrarem no nível mais alto do ordenamento jurídico representam verdadeiras normas diretivas, que devem orientar a reconstrução do sistema de direito privado.

13. Quando houver colisão entre normas, devemos considerar a unidade do ordenamento jurídico e os seus princípios fundamentais que representam as opções da sociedade como um todo.

14. A partir da dignidade humana, fundamento da República, a Constituição Federal estende a proteção a todos os atributos inerentes à personalidade do homem.

15. O princípio da dignidade humana é um princípio político da Nação, pois representa os valores comuns sobre os quais se funda o Estado, derivando daí a sua primazia no ordenamento.

16. O princípio da dignidade humana, enquanto princípio promocional, materializa a adoção da técnica de encorajamento, pois além de tutelar os direitos da personalidade busca estimular o exercício dos atos conformes.

17. O direito à honra é inato, natural e universal da pessoa humana, cujo conteúdo se entrosou com a consciência que a pessoa tem de si mesma e à consideração que possui dos outros.

18. O direito à imagem é a expressão concretizada da autonomia pessoal, em razão do que, o registro e a divulgação arbitrários da imagem configuram manifestações socialmente danosas e atentam contra a dignidade e autonomia pessoais.

19. O direito à privacidade representa uma área de acesso limitado, outorgando ao indivíduo a possibilidade de controlar o grau de contato físico e a quantidade de informação sobre si mesmo a que os outros podem ter acesso.

20. A publicação da informação de caráter inicialmente sigiloso só se justifica quando ela ostenta relevância pública, quando ela se qualifica como algo que por seu valor pode se tornar universal, enfim, quando a matéria se projeta em prol do interesse comum.

21. As pessoas públicas, célebres e notórias perdem grande parte de sua reserva da privacidade, quando em comparação com os cidadãos comuns, contudo, mesmo em relação a elas, o que mais releva à legitimidade da publicação é a relevância pública da informação.

22. A intimidade possui conteúdo mais profundo que a vida privada, constituindo um âmbito delimitado e especialmente protegido, regido pela vontade do indivíduo.

23. A Teoria das Esferas, inicialmente, desenvolvida na Alemanha, propõe sejam delimitadas as diferentes esferas da privacidade, a partir do núcleo intangível da intimidade.

24. A liberdade de expressão, direito humano fundamental, significa a possibilidade de comunicação entre os domínios da vida social, é, pois, liberdade de conteúdo intelectual

e pressupõe a interação do indivíduo com seus semelhantes, e se caracteriza como exteriorização do pensamento, que pode se dar por palavras, escrito, gestos ou qualquer outra forma de divulgação, além do direito de emitir e receber informações verdadeiras, sem impedimentos ou discriminações.

25. O direito fundamental à informação compreende tanto os atos de comunicação quanto os atos de recepção de informações verdadeiras, e abrange o direito público de ser adequadamente informado.

26. O direito a manter o pensamento em segredo também se insere na liberdade de manifestação do pensamento, configurando-se na liberdade de o indivíduo não manifestá-lo, mantendo-o na sua esfera íntima.

27. A liberdade de manifestação do pensamento impõe ao manifestante o ônus de ele identificar-se, assumindo a autoria do produto do pensamento manifestado, sendo vedado, portanto, o anonimato.

28. O direito de resposta, constitucionalmente garantido, constitui garantia da eficácia do direito à privacidade frente à liberdade de manifestação do pensamento.

29. O sistema constitucional brasileiro é um sistema normativo aberto, de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, cujo papel predominante é atribuído aos direitos fundamentais.

30. Não há direitos fundamentais absolutos quando confrontados com outros direitos fundamentais, visto que eles atuam conjuntamente, limitando-se reciprocamente.

31. A colisão entre direitos ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito de mesma espécie por parte do outro titular.

32. A solução da aparente colisão entre o direito à privacidade e a liberdade de imprensa deve ser pautada pela preponderância do interesse público, visto que o direito à

privacidade deve ceder, apenas, quando a publicação da informação ostente inequívoco interesse público.

33. A tutela civil do direito à privacidade frente à liberdade de imprensa pode ocorrer de forma preventiva ou corretiva.

34. A tutela civil preventiva do direito à privacidade se materializa através de ações cautelares, dentre as quais se destaca a ação de busca e apreensão, bem como com as ações cominatórias, nas quais se busca o reconhecimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer.

35. Quando restar configurada lesão, ou ameaça, a direitos da personalidade, o Poder Judiciário pode tutelar tais direitos, tanto de forma corretiva quanto preventiva, inibitório, sem que isso represente qualquer forma de censura.

36. A tutela civil corretiva é realizada pelas ações cominatória, relativas aos deveres de fazer e de não fazer, bem como pelas ações de reparação pecuniária.

37. Com a revogação da Lei de Imprensa, após o julgamento da ADPF 130/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, a reparação pecuniária decorrente da violação ao direito à privacidade em razão do exercício da liberdade de imprensa deve ser pautada pelas prescrições contidas na Constituição Federal e no Código Civil.

38. A indenização por danos, material e moral, em razão do abuso da liberdade de imprensa, deve ser fixada por arbitramento judicial, podendo ser demandados tanto a empresa jornalística quanto o autor do escrito, sem tarifação do *quantum* nem prazo decadencial especial.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997.
- _____. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamini. Barueri: Manoli, 2007.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *“Reality Shows” e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (colab.). *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARDOSO, Rafael, (org.). *Impresso no Brasil, 1808-1930: Destaques da história gráfica no Acervo da Biblioteca Nacional*. Rio de Janeiro: Verso Brasil, 2009.

- CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio, (orgs.). *Bases científicas para um renovado Direito processual*. 2ª ed. Salvador: Bahia, 2009.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito civil – Parte geral 1*. 3ª ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do Direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
- FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. *Espaço jurídico vazio e a tutela da intimidade*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GUERREIRO, Manuel Medina. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 2001.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LOTUFO, Renan (coord.). *Cadernos de Direito civil constitucional – Caderno nº 2*. Curitiba: Juruá, 2001.
- _____. *Cadernos de Direito civil constitucional – Caderno nº 3*. São Paulo: Malheiros, 2002.

- _____. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232), Volume 1.* São Paulo: Saraiva, 2003.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública do sistema social.* Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MATTIA, Fabio de. *Direitos da personalidade II*, in: *Enciclopédia Saraiva*, vol. 28. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: O Novo Código Civil e a lei de imprensa.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.) *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MORAES, Walter. *Direito à própria imagem (I)*. *RT*, São Paulo, RT, vol. 443, pp. 64-81, set. 1972.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2000.
- NETO, Jayme Weingartner. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito civil – Introdução ao Direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. 4ª ed. *Teoria geral do Direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, v. 7.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – A privacidade hoje*. Org., sel. e apes. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24.
- RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.
- SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- SILVA, Edson Ferreira. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o Direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 31ª ed. São Paulo. Malheiros, 2008.

- SOLOVE, Daniel J. *The Virtues of Knowing Less: Justifying Privacy Protections Against Disclosure*. Durham: Duke Law Journal, 53/967 – December, 2003.
- SOLOVE, Daniel J. *A Taxonomy of Privacy*. Philadelphia: University of Pennsylvania Law Review 154/477 - January, 2006.
- SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito civil – A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004.
- VIEIRA, José Ribas (coord.). *Direito à intimidade e à vida privada – Laboratório de Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2008.
- VOLOKH, Eugene. *Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking about You*. Stanford: Stanford Law Review, vol. 52, n. 5. May, 2000.
- WARREN, Samuel. BRANDEIS, Luis. *Derecho a la intimidad, El*. Madrid: Civitas, 1995.