

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

RAQUEL BRODSKY RODRIGUES

A TUTELA INIBITÓRIA DO DIREITO À INTIMIDADE FRENTE À LIBERDADE DE
COMUNICAÇÃO: UM ESTUDO A PARTIR DO CASO CICARELLI

CURITIBA
2008

RAQUEL BRODSKY RODRIGUES

**A TUTELA INIBITÓRIA DO DIREITO À INTIMIDADE FRENTE À LIBERDADE DE
COMUNICAÇÃO: UM ESTUDO A PARTIR DO CASO CICARELLI**

Monografia apresentada como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

RAQUEL BRODSKY RODRIGUES

A TUTELA INIBITÓRIA DO DIREITO À INTIMIDADE FRENTE À LIBERDADE DE
COMUNICAÇÃO: UM ESTUDO A PARTIR DO CASO CICARELLI

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Departamento de Direito Civil e Direito Processual Civil

Prof.

Prof.

Curitiba, de novembro de 2008.

À minha mãe, cuja voz é minha música preferida desde a infância, cujos braços são meu porto seguro, cujos olhos são sempre compreensão, cujo sorriso é todo ternura e em cujo peito bate, com intensidade, o coração mais nobre que já conheci.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Manoel Caetano Ferreira Filho, que com suas aulas brilhantes, seu incentivo e sua amizade, despertou-me a paixão pelo processo civil.

Ao professor Sérgio Cruz Arenhart, referencial exemplar – ainda que inatingível – nos âmbitos acadêmico e profissional, pela confiança, atenção e orientação imprescindíveis para os acertos desse trabalho.

Ao doutor Guilherme Döring Cunha Pereira, que generosamente cedeu seu tempo, em meio aos inúmeros compromissos como grande administrador e professor, para me auxiliar de maneira essencial na elaboração desse trabalho.

Aos professores Luiz Guilherme Marinoni, Clèmerson Merlin Clève e Rodrigo Xavier Leonardo, pelas indicações fundamentais para a compreensão do tema ora abordado.

À Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, inspiração cotidiana de justiça, inteligência, dedicação e bondade, pelos valiosos ensinamentos jurídicos e de vida.

À Promotora de Justiça Terezinha de Jesus de Souza Signorini, modelo de força, dedicação, superação e sucesso, pela amizade e pelas preciosas lições que sempre levarei comigo.

Ao Procurador Regional da República Dilton Carlos Eduardo França, pelas gentis palavras de estímulo das quais jamais esquecerei.

Ao Umberto Paulini, que para além de me auxiliar de maneira valiosa durante todo o curso de Direito, ao longo desses últimos cinco anos deu colorido à minha vida. Ao responsável por grande parte dos sorrisos que trago no rosto, minha gratidão não cabe nessas linhas.

Ao Leonardo, que sempre me respeitou e admirou, com a ingenuidade típica dos irmãos mais novos.

Ao meu pai, Paulo Cesar, a quem devo muito da minha dedicação – seja porque provavelmente muitas aulas teriam sido perdidas se não fosse o seu auxílio matinal indispensável, seja por ter me transmitido a eterna busca pela perfeição.

À minha mãe, Rebeca, a quem devo o melhor de mim, já que todas as minhas virtudes nasceram por primeiro, em superlativo, nos olhos dela.

Por fim, a todos aqueles a quem tributo, de alguma forma, tudo de melhor que consta nessas linhas: meus amigos – alguns conquistados nas salas de aula, outros nos ambientes de trabalho, ou ainda aqueles que pareço conhecer desde sempre –, que tanto me compreenderam e apoiaram, e meus professores – os quais, no decorrer desses dezoito anos de vida escolar, foram verdadeiros heróis para mim.

*“O maior pecado, depois do pecado, é a
publicação do pecado.”*

MACHADO DE ASSIS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – LINHAS GERAIS SOBRE O CASO CICARELLI	5
1.1. Relatório dos fatos e do trâmite processual	5
1.2. Repercussão social do litígio.....	11
1.3. A relevância do caso Cicarelli para o Direito	15
CAPÍTULO II – DIREITO À INTIMIDADE, LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
2.1. Direito à intimidade e direitos conexos.....	18
2.2. Liberdade de comunicação como manifestação da liberdade de expressão.....	24
2.3. Colisão de direitos fundamentais em breve estudo: juízo de ponderação e abuso de direito	28
CAPÍTULO III – A BUSCA DO MODELO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE	34
3.1. A tutela específica dos direitos e a superação da concepção tradicional do processo	34
3.2. Tutela jurisdicional do direito à intimidade: mecanismos tradicionalmente utilizados	42
3.3. Tutela inibitória: fundamentos, pressupostos e características em síntese	47
CAPÍTULO IV – A UTILIZAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA DO DIREITO À INTIMIDADE A PARTIR DO CASO CICARELLI: LIMITES E POSSIBILIDADES FRENTE À LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO	54
4.1. Manejo da tutela inibitória no caso Cicarelli: análise do ponto de vista processual	54
4.1.1. Pressupostos da tutela inibitória e características distintivas.....	54
4.1.2. Antecipação da tutela inibitória: verossimilhança e perigo da demora	57
4.1.3. Multa coercitiva: finalidade, arbitramento, forma e momento de imposição, destinatário	62
4.1.4. Eficácia da tutela inibitória antecipada face à sentença de improcedência.....	67
4.2. A concreta colisão de direitos fundamentais ocorrida no caso em tela	69
4.3. Restrição à veiculação em prol da intimidade: censura indevida ou proteção adequada?	78
CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	93
ANEXOS	99

INTRODUÇÃO

O percurso da liberdade de expressão ao longo dos tempos é inegavelmente tortuoso. Tomando a história brasileira como referência, encontra-se um passado permeado por golpes e quebras de legalidade sucessivas. Nesses períodos, a intolerância política tomou as vestes de segurança nacional, ordem pública ou bons costumes, a fim de cercear temas e ideologias que fossem considerados óbices ao domínio pretendido.

Diante de tal cenário, a interdição da liberdade de expressão e informação é vista, no mínimo, com desconfiança. Muitas vozes manifestam verdadeira repulsa contra quaisquer mecanismos que possam trazer à lembrança os tempos de censura. BARROSO reconhece que uma ordem judicial, precedida do devido processo legal, é indiscutivelmente diferente da censura promovida por policiais nas redações de jornais, como já ocorrera na época referida. Mas alerta para o fato de que aquela situação, ainda que distinta, traria consigo riscos semelhantes¹ – como a abertura de espaço para o autoritarismo nas relações de poder e para a repressão à imprensa.

Todavia, a preservação da esfera de intimidade dos cidadãos é também imprescindível. Como “âmbito absolutamente intangível de proteção da vida privada”², o direito à intimidade exige tutela adequada, a fim de que a própria dignidade humana seja preservada.

Diante de tal quadro, o estudo da tutela jurisdicional do direito à intimidade mostra-se extremamente relevante, já que esse direito fundamental somente pode ser efetivamente protegido se for possível evitar sua violação – e não meramente repará-la pecuniariamente. Isso porque a indenização por dano moral – medida ofertada pela doutrina dominante – jamais poderá desfazer o achaque à vida privada de determinado sujeito. Nem mesmo o direito de resposta revela-se adequado, já que “o impacto causado pela divulgação do fato ofensivo na mídia dificilmente

¹ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 4, vol. 16, p. 59-102, out. a dez. 2003, p. 99.

² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 463.

abandona a mente do público, mesmo após os necessários esclarecimentos do ofendido”³, conforme leciona ARENHART.

Devido à evidente influência exercida pelos meios de comunicação em nossa sociedade, optou-se, dentre as diversas modalidades de liberdade de expressão, pelo estudo da liberdade de comunicação. Outros dois aspectos também justificam a escolha: a) a mídia exerce importante função social ao promover a livre circulação de idéias – engrenagem essencial ao funcionamento do regime democrático⁴; b) a abordagem adotada pelos meios de comunicação social, acompanhada da evolução da tecnologia de que dispõem, é o principal fator causador das constantes violações do direito à intimidade.

A importância do tema proposto, portanto, reside na investigação dos limites e das possibilidades de aplicação da tutela inibitória para a defesa da intimidade do indivíduo, perante o importante papel exercido pela liberdade de comunicação. O sacrifício injustificado de quaisquer desses direitos fundamentais é inaceitável.

No que tange à tutela inibitória, especificamente, a necessidade de estudo é flagrante, visto que grande parte da comunidade jurídica demonstra resistência em utilizar esse mecanismo – motivada, principalmente, por uma interpretação equivocada dos dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro, como se verá mais à frente.

A fim de melhor analisar os problemas propostos acima, bem como vários outros que serão enunciados no desenvolvimento desse estudo, tomou-se como ponto de partida uma situação concreta: o conhecido “caso Cicarelli”. Trata-se de um dos litígios mais recentes e famosos no país em que se pleiteou a tutela inibitória para a proteção da intimidade. A popularidade de Daniella Cicarelli certamente reforçou a polêmica que esse tipo de conflito de interesse naturalmente geraria, mas foi principalmente a repercussão gerada com o bloqueio do *site Youtube* que atribuiu ao caso destacada relevância. Isto porque a medida judicial acabou por impedir a visitação de uma página de *internet* que conquistava mais e mais freqüentadores,

³ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 234.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 4, vol. 16, p. 59-102, out. a dez. 2003, p. 81.

alarmando a sociedade brasileira – que associou o episódio à idéia de censura dos meios de comunicação.

Há também outras razões que reforçam a pertinência do caso – como seu interessante trâmite processual, que trouxe à luz uma incomparável riqueza de argumentos e perspectivas diversas sobre o tema.

Ressalta-se ainda que o caso diz respeito a uma relação extremamente vulnerável, mas que adquire cada vez mais destacada importância: o diálogo entre o Direito e a *internet*. As problemáticas repercussões do ciberespaço no mundo real revelam o quão insuficiente e inadequado é o ordenamento jurídico vigente para a tarefa de regular esse novo “território”.

A presente escolha metodológica – partir de um caso concreto – norteou-se pela crença de que essa abordagem possibilita um exame mais dinâmico, completo e realista da utilização da tutela inibitória para a proteção da privacidade. O método indutivo viabiliza a necessária aproximação entre o mundo do Direito e a realidade fática, vez que diversos aspectos que poderiam ser menosprezados, incompreendidos ou mesmo esquecidos em um exame meramente teórico do assunto saltam aos olhos na análise de caso. Observa-se ainda que a tomada do caso concreto exige um enquadramento interdisciplinar do objeto de estudo – o qual é extremamente salutar para o exame do tema escolhido.

Resta nítido, portanto, que o desenvolvimento desse trabalho parte da premissa de que um jurista deve atribuir grande relevância às variáveis sociais, políticas, culturais, econômicas do contexto no qual está inserido⁵ – sem se esquecer da contemplação da lei, em suas múltiplas acepções e interpretações, bem como de considerar os variados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Para efetuar a referida abordagem, primeiramente, far-se-á uma rápida exposição dos fatos que deram ensejo à propositura da demanda por Daniella Cicarelli e Renato Aufiero Malzoni Filho, do curso tomado pelo processo judicial em questão, bem como da repercussão social das decisões judiciais proferidas sobre o litígio. Vale ressaltar que os autos desse processo estão sob sigilo de justiça – logo não foi possível obter acesso às peças processuais, documentos e algumas decisões judiciais referentes ao feito. Apesar dessa restrição, acredita-se que as

⁵ HIDALGO, Luís Bates. Enseñanza de la práctica profesional en ambiente académico: algunas implicancias. *Revista Chilena de Derecho*. Chile: Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, v. 9, n. 2, ago. 1982, p. 218-219.

matérias jornalísticas publicadas sobre o caso e as decisões judiciais disponibilizadas na *internet* (cujas cópias constam na seção ANEXOS do trabalho) compõem uma versão suficientemente completa para o estudo pretendido.

No capítulo II, o direito à intimidade e a liberdade de comunicação serão analisados separadamente, cada qual relacionado aos seus direitos conexos, a fim de proporcionar uma clara exposição de suas características particulares. Passar-se-á, então, para a análise dos meios de resolução de conflitos entre direitos fundamentais.

A seguir, o novo modelo processual da tutela específica dos direitos será apresentado. Serão enfatizadas as características que a realidade atual exige do direito processual civil, em contraste com os comportamentos conservadores que ainda são adotados pelos juristas quanto a essa seara. No capítulo III ainda serão objeto de uma análise rápida: a) os mecanismos tradicionalmente utilizados para a tutela do direito à intimidade – como a indenização por dano moral, o direito de resposta, dentre outros; b) os fundamentos, pressupostos e características da tutela inibitória.

Na última parte do trabalho será efetuada a análise do caso concreto: em primeiro lugar serão enfocados os mecanismos empregados pelos magistrados para manejar a tutela inibitória no caso em tela. O conflito entre o direito à intimidade e a liberdade de comunicação ocorrido no caso Cicarelli também será observado nesse capítulo IV. Por derradeiro, seguir-se-á ao cerne dessa pesquisa, que consiste no enfrentamento da seguinte pergunta: o uso da tutela inibitória para restringir a atuação dos meios de comunicação é adequado, ou implica censura indevida? Para tratar da questão, será necessário examinar o que é censura, e em que medida a tutela inibitória pode coincidir ou se aproximar dela.

Os frutos dessa pesquisa, por certo, não esgotam a temática, pois o estudo expõe algumas perspectivas – dentre muitas outras possíveis – sobre os assuntos acima referidos. Se o presente trabalho contribuir para fomentar, mesmo que minimamente, a discussão sobre tais temas reconhecidamente fundamentais, seu objetivo terá sido atingido.

CAPÍTULO I – LINHAS GERAIS SOBRE O CASO CICARELLI

1.1. Relatório dos fatos e do trâmite processual

Daniela Cicarelli⁶ e Tato Malzoni foram filmados em uma praia espanhola do Município de Tarifa, na Província de Cadiz⁷, trocando beijos e carícias. As preliminares, que se iniciaram ainda na areia, foram se tornando cada vez mais intensas à medida que o casal se dirigia para o mar. Os abraços e carinhos lá trocados sugeriram que eles teriam mantido relações sexuais dentro da água.

A cena foi exibida pela primeira vez no dia 17 de fevereiro de 2006, no programa *Dolce Vita*, da rede de televisão espanhola Telecinco. Alguns minutos depois, as imagens podiam ser vistas na rede mundial de computadores.

No dia seguinte, a gravação já estava disponível no Youtube, um dos *sites* de compartilhamento de vídeos mais conhecidos na *internet*. A popularidade dessa página de *internet* é impressionante: as filmagens colocadas nos seus servidores são vistas 100 milhões de vezes por dia, em média. O *site* foi comprado no ano de 2006 pela empresa americana Google pelo valor de US\$ 1,6 bilhões (cerca de R\$ 3,5 bilhões)⁸.

Por volta das 11 horas e 30 minutos do dia 18 de setembro de 2006, o *site* Youtube retirou os vídeos de Cicarelli do ar, sob a alegação de que o material havia

⁶ Daniella Cicarelli Lemos é modelo, atriz e apresentadora de televisão brasileira. Trabalhava na emissora MTV Brasil na época em que ocorrera a filmagem em questão, tendo sido recentemente contratada pela Rede Bandeirantes. Tornou-se mundialmente famosa ao casar-se com o jogador de futebol Ronaldo Nazário, cujo sucesso e notoriedade no esporte legaram-lhe o apelido de “O Fenômeno”. O matrimônio, que foi celebrado no dia 14 de fevereiro de 2005 no Castelo de Chantilly, na França, durou apenas três meses. No período em que os fatos narrados ocorreram, ela namorava Renato Aufieri Malzoni Filho, empresário paulista e executivo do banco Merrill Lynch, mais conhecido como Tato Malzoni. In.: *Wikipédia*: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Daniella_Cicarelli#cite_note-1>. Acesso em 29 mar. 2008.

⁷ O balneário fica próximo ao Estreito de Gibraltar. Divide o Mar Mediterrâneo do Oceano Atlântico e fica a apenas 14km da África, a meia hora de barco do Marrocos. Daniela Cicarelli afirmou que se tratava de um local de difícil acesso, exigindo inclusive a passagem por um condomínio particular. Entretanto, comentou-se que havia cerca de 200 pessoas no local durante o ocorrido.

⁸ Disputa entre Youtube e Cicarelli repercute no exterior. *Folha Online*, BBC Brasil, 05 jan. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u59763.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

“violado os termos de uso”. Entretanto, outros *sites* (inclusive páginas de conteúdo pornográfico) a essa altura também exibiam as imagens⁹.

Conforme veiculado, o vídeo totaliza 4 minutos e 38 segundos; já a cena inteira durou aproximadamente 23 minutos, segundo o autor da filmagem, o *paparazzo*¹⁰ espanhol Miguel Temprano – famoso na Espanha pela obtenção de “flagrantes” de pessoas notórias, bem como pela freqüente participação em programas de fofocas e *reality shows*^{11/12}.

Em 19 de setembro de 2006, Daniella Cicarelli e Tato Malzoni propuseram medida judicial, que foi distribuída à 23ª Vara Cível de São Paulo, em face de IG Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc., com o objetivo de impedir a divulgação das imagens não autorizadas por meio dos *sites* e/ou *links*¹³ dos réus. Afirmaram que seus direitos de personalidade – intimidade, privacidade e imagem – estavam sendo violados, em desobediência aos artigos 5º, inciso X e 220, § 1º, da Constituição Federal, bem como aos artigos 12 e 21 do Código Civil.

⁹ Vídeo com "cenas quentes" de Cicarelli e namorado cai na web. *Folha Online*, Ilustrada, 18 set. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u64446.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

¹⁰ A palavra italiana *paparazzo* é utilizada para designar aqueles que se especializam em captar imagens de celebridades sem consentimento para alienar as fotografias e/ou filmagens a meios de comunicação.

¹¹ Paparazzo espanhol conta como filmou "romance" de Cicarelli. *Folha Online*, Ilustrada, 20 set. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u64506.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

¹² Curiosamente, o *paparazzo* desagradou-se da divulgação das cenas pelos meios de comunicação brasileiros, que "não pagaram pelo que exibiram". Temprano assim afirmou ao jornal Folha de S. Paulo: "Estou muito bravo com os meios de comunicação brasileiros, que não agiram eticamente. Aquelas imagens são fruto de muito suor, de trabalho honrado. Não pagaram por essas imagens, isso é roubo!" O fotógrafo ainda rechaçou o site Youtube, que considera "100% ilegal". "Eles usam as imagens sem nenhum *copyright*. Vou denunciá-los, eles terão que me pagar direitos de autor" – disse ele. LORES, Raul Juste. Paparazzo de Cicarelli cobra "ética" da mídia. *Folha Online*, Ilustrada, 08 out. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u64963.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

¹³ Faz-se pertinente esclarecer a diferença entre *site* e *link*: o primeiro consiste em um conjunto de páginas localizadas na internet – mais especificamente, na World Wide Web (WWW) –, organizadas a partir de um URL básico (endereço de um recurso – arquivo, impressora, *site* etc. – disponível em uma rede, como a Internet). Já o *link* (ligação, *hiperlink* ou hiperligação) é um mecanismo que permite que um determinado documento eletrônico tenha referência a outro documento ou a outro recurso. Analogicamente, corresponderia a uma citação em um texto. O *link*, entretanto, vai além: pode permitir o acesso direto a essa outra fonte a que se quer remeter. In.: *Wikipédia: a enciclopédia livre*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Link>>, <<http://pt.wikipedia.org/wiki/URL>> e <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Site>>. Acesso em 16 mai. 2008.

Os autores pleitearam a antecipação dos efeitos da tutela inibitória, a qual foi liminarmente indeferida pelo Juízo *a quo*, sob o fundamento de que a captação de imagens de banhistas que se beijam e trocam carícias ousadas em público não consiste em ato ilícito. Contra essa decisão interlocutória, interpuseram agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O recurso foi distribuído à Quarta Câmara de Direito Privado, sob o número 472.738-4. O relator nomeado, Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, entendeu que a restrição do direito à imagem “é legítima quando a figura da pessoa não é destacada com insistência”¹⁴. No presente caso, entretanto, as imagens expunham especificamente os autores, causando-lhes depreciação por serem veiculadas com forte apelo sexual e sentido obsceno.

O Desembargador Zuliani concedeu medida liminar, determinando a antecipação da tutela pleiteada, sob o argumento de que se decidisse em sentido contrário premiaria a atuação dos *paparazzi* e legalizaria o sensacionalismo. Explicou que a tutela inibitória encontra respaldo legal no artigo 461 do Código de Processo Civil, e que foi introduzida no sistema processual pátrio para contornar os efeitos da crise do processo de conhecimento, já que a tutela ressarcitória, em razão da morosidade comumente presente em sua prestação, pode até mesmo recrudescer ou majorar o dano que se busca reparar.

Ordenou que as empresas demandadas cumprissem a ordem de abstenção, sob pena de multa diária de R\$ 250.000,00. Justificou o valor arbitrado aludindo às vantagens que as requeridas obteriam com a divulgação – as quais poderiam tornar inócua a providência judicial – e à probabilidade de que a culpa dos meios de comunicação fosse considerada grave.

Os advogados de Renato Malzoni reiteraram o pedido, uma vez que as imagens continuaram sendo divulgadas no *site* Youtube, a despeito do mandamento judicial. Em primeiro grau de jurisdição, o pleito foi novamente negado.

Então a parte autora interpôs novo agravo de instrumento (n. 488.184-4/3), cujo provimento deu-se no dia 03 de janeiro de 2007: o Desembargador Zuliani reafirmou o que já havia determinado, concedendo nova liminar em favor da retirada

¹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Voto n.º 10.448. Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos *versus* Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Relator: Des. Ênio Santarelli Zuliani. Julg. 28 set. 2006. Ver: ANEXOS: ANEXO 1 – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. VOTO DO DES. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (RELATOR).

das imagens não autorizadas, a fim de preservar “resíduos dos direitos de personalidade dos envolvidos”¹⁵.

Entre 8 e 9 de janeiro de 2007, foi obstado acesso de mais de cinco milhões de internautas brasileiros ao *web-site* de vídeos Youtube. O magistrado que concedeu o provimento, entretanto, em decisão posterior, esclareceu que a antecipação de tutela foi interpretada equivocadamente, pois limitou-se a determinar “o emprego de mecanismo que bloqueasse o acesso a endereços eletrônicos que divulgam o vídeo”¹⁶, e não todo o *site*.

Deixou claro nessa nova decisão, contudo, que impedir divulgação de notícias falsas, injuriosas ou difamatórias não constitui censura judicial. Ressaltou, por fim, que a questão não mais diria respeito ao vídeo de Cicarelli, mas à respeitabilidade de uma decisão judicial – o que faria com que o Youtube incorresse em ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV, CF.

O Desembargador Relator ordenou o restabelecimento do sinal do Youtube e solicitou informações das razões técnicas que inviabilizaram a colocação de filtro que impedisse acesso às imagens do casal no Brasil. Manteve, portanto, o bloqueio do acesso ao vídeo de filmagens do casal – desde que tal medida não ocasionasse a completa interdição da referida página de *internet*.

A Embratel, a Telecomunicações, a Impsat Comunicações e a Brasil Telecom apresentaram informações nos autos, sustentando, em síntese, que a tarefa de bloqueio seria irrealizável pelas diversas possibilidades de manipulação dos inúmeros associados que publicam vídeos; e que os interessados conseguem, até mesmo com facilidade, furar os bloqueios e acessar o vídeo por fontes internacionais. O Comitê Gestor da Internet do Brasil solicitou sua admissão como *amicus curia* – a qual foi recusada pela Turma Julgadora.

O réu Youtube LCC contestou, aduzindo que não tem qualquer relação com os co-réus, e que os direitos da personalidade de pessoa pública, como a co-autora,

¹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Renato Aufiero Malzoni Filho *versus* Youtube Inc. Relator: Des. Ênio Santarelli Zuliani. Julg. 28 jun. 2007. Ver: ANEXOS: ANEXO 6 – MANUTENÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. VOTO DO DES. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (RELATOR).

¹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Renato Aufiero Malzoni Filho *versus* Youtube Inc. Relator: Des. Ênio Santarelli Zuliani. Julg. 09 jan. 2007. Ver: ANEXOS: ANEXO 4 – CONTRA-ORDEM – DESBLOQUEIO DO YOUTUBE. DESPACHO DO DES. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI.

sofrem restrições em local público. Teceu considerações acerca da colisão de direitos e de censura. Sustentou ser tecnicamente impossível cumprir integralmente a obrigação de fazer pleiteada, uma vez que a responsabilidade do provedor de serviço sobre o conteúdo exposto por seus usuários é limitada – até mesmo por força do que prescreve o artigo 15 da Diretiva 2000/31 da Comunidade Européia¹⁷. Defendeu ainda que o bloqueio do *site* poderia provocar o *periculum in mora* inverso, na medida em que comprometeria expectativas legítimas de milhares de interessados nos serviços de entretenimento prestados pela rede.

A ré Globo Comunicação e Participações S/A, na contestação, explicou que, ainda que tenha cumprido a ordem judicial, não acredita que tenha praticado ato ilícito, pois o local dos fatos não assegurava a privacidade do casal. Repetiu a alegação do Youtube, no sentido de que seria inviável a filtragem de milhões de informações de internautas a fim de buscar eventuais mensagens difamantes.

O réu Internet Group do Brasil Ltda. destacou que os autores são pessoas conhecidas, e que inclusive já haviam sido acompanhados por órgãos de imprensa em viagem anteriormente feita à praia de Mikonos, na Grécia – destarte deveriam saber que igual interesse seria despertado por nova viagem. Explicou que a praia onde foram filmados e fotografados tratava-se de local badalado, que contava com mais de duzentas pessoas naquele momento, o que faria supor até mesmo consentimento tácito do casal. Argüiu ilegitimidade passiva *ad causam*, pois se limitou a disponibilizar *link* que direcionava ao vídeo, não tendo exposto a filmagem ou fotos da cena.

Daniella Cicarelli apresentou petição, na qual manifestou expressamente seu interesse em que as requeridas fossem compelidas a deixar de exibir o filme em que aparece com seu namorado, Tato Malzoni.

¹⁷ A Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno, assim prescreve em seu art. 15, que trata da ausência de obrigação geral de vigilância: “1. Os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12.º, 13.º e 14.º, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar ativamente fatos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes. 2. Os Estados-Membros podem estabelecer a obrigação, relativamente aos prestadores de serviços da sociedade da informação, de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as atividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem.”

Em 18 de junho de 2007, o juiz de direito Gustavo Santini Teodoro julgou improcedente o pedido dos autores realizado no processo de n.º 583.00.2006.204563-4. Rejeitou as preliminares argüidas pelos co-réus. Revogou o segredo de justiça que havia imposto, em razão de que a ampla divulgação dos atos processuais acabou ocorrendo de qualquer sorte.

No que tange ao mérito, utilizou como referência precedente da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 595.600 – SC, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 18 de março de 2004. Nesse julgado ponderou-se, de um lado, o direito à própria imagem, o qual, personalíssimo e absoluto, sempre exigiria o consentimento expresso para divulgação; de outro, a inexistência de dever de abstenção de veiculação da imagem se ela é exibida pela própria pessoa em local público. O magistrado reconheceu as diferenças entre os fatos sobre os quais versam o acórdão tomado como paradigma e o caso Cicarelli, mas sustentou que “o estrépito resultou da conduta (casal conhecido, trocando carícias íntimas na praia) e não propriamente da divulgação do vídeo no *site* do co-réu Youtube e das fotos e *links* nos *sites* dos co-réus Globo e IG”.

Por fim, considerou que “a utilização dos mecanismos jurídicos tradicionais, como o desta ação, é completamente inócuo e até mesmo cômico”¹⁸ diante da multiplicação exponencial a que qualquer informação está submetida na *internet*.

A referida sentença ainda revogou expressamente as medidas concedidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, tomando por fundamento a idéia de que a apreciação da tutela antecipada em segundo grau é sumária e provisória – destinada, portanto, a ser substituída quando do julgamento definitivo. Julgou prejudicada a aplicação da multa cominada.

Na data de 09 de novembro de 2007, foi proferido acórdão no agravo de instrumento n. 488.184-4/3. Participaram do julgamento os Desembargadores Teixeira Leite, Fábio Quadros e Ênio Santarelli Zulliani – figurando esse último como relator do julgado. A decisão defendeu a prevalência da decisão do Tribunal até o trânsito em julgado da sentença de primeiro grau, sob os seguintes argumentos: a) princípio da hierarquia dos poderes; b) inalterabilidade no quadro fático quando da

¹⁸ SÃO PAULO. Poder Judiciário do Estado de São Paulo. 23ª Vara Cível Central de São Paulo. Sentença n. 1440. Ação Ordinária n. 583.00.2006.204563-4. Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos *versus* Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Juiz de Direito Gustavo Santini Teodoro. Julg. 18 jun. 2007. Ver: ANEXOS: ANEXO 5 – SENTENÇA. JUIZ DE DIREITO GUSTAVO SANTINI TEODORO.

antecipação de tutela; c) precedentes do STJ nesse sentido (Resp. 742.512, DJ de 21.11.05 e Resp 765.105 TO, publicado em 30.10.2006).

Os julgadores consideraram injustificada a perpetuação de um castigo moral aos autores, pois não seria justo ou jurídico manter indefinidamente uma parte de suas vidas exposta ao público.

Reconheceram a importância do Youtube, entretanto, externando que o *site*:

...termina prestando um serviço social de entretenimento porque aproxima o contato quando os filmes servem para encurtar a distância entre as pessoas e, principalmente, revela talentos que não despontariam para a profissão caso não existisse essa forma alternativa de apresentar roteiristas e cineastas amadores. A grande audiência é uma ótima referência para artistas, cantores e bandas; enfim, o Youtube não produz somente banalidades e pornografia¹⁹.

Admitiram a impossibilidade de se obstar a retransmissão do vídeo de forma absoluta, mas afirmaram que cabe ao Youtube, como ente com vínculo direto com a ilicitude e que lucra com o negócio de risco, o dever de diligência de tomar providências próprias à cessação da publicação ilícita.

Os autores interpuseram recurso de apelação, o qual foi conhecido e provido. A Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo reiterou vários dos argumentos utilizados no julgamento dos agravos de instrumento, sustentando, em síntese, que a falta de consentimento para a publicação e a ausência de interesse público na veiculação impunham a cessação da divulgação das imagens do casal. A votação foi unânime, da qual participaram os Desembargadores Teixeira Leite, Fábio Quadros e, como relator, o Desembargador Ênio Santarelli Zuliani.

Passa-se agora a uma rápida análise das conseqüências que esse litígio produziu no meio social.

1.2. Repercussão social do litígio

Durante as primeiras vinte horas em que as cenas ficaram disponíveis no Youtube, no dia 18 de setembro de 2006, o vídeo contou com mais de 18 mil

¹⁹ Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Manutenção da Tutela Antecipada. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

acessos – o que o fez ingressar, no dia de sua estréia, no ranking dos mais vistos do *site*²⁰.

Ao final do mês de setembro desse mesmo ano, evidentemente em razão desse episódio, o Youtube ganhou 1,4 milhão de usuários brasileiros de *internet* residencial. Ou seja, o número de freqüentadores do *site* pulou de 2,6 milhões para 4 milhões. Em agosto, 19,1% dos internautas que usavam *internet* em casa no Brasil acessaram a rede de vídeos. Em setembro, após a veiculação das carícias entre Cicarelli e Tato Malzoni, esse percentual passou para 29,8 pontos.

O jornal *Folha de S. Paulo* acredita que o polêmico caso fez com que mais usuários descobrissem o *site* de hospedagem de vídeos. Mesmo com as tentativas de retirada do vídeo, os internautas contornaram as restrições colocando nomes falsos ou trechos da cena de Cicarelli em outros arquivos²¹.

O episódio deu ensejo a várias sátiras, dentre as quais se destaca uma campanha da Secretaria de Saúde do Rio Grande do Sul, que utilizou dois atores fantasiados de mosquitos da dengue em uma praia para mostrar que o inseto “se reproduz em qualquer lugar”²².

O bloqueio do *site* Youtube – que, conforme já se afirmou, impediu o acesso de aproximadamente 5,5 milhões de internautas em janeiro de 2007 – repercutiu inclusive na imprensa internacional. Jornais de grande circulação nos Estados Unidos, como *USA Today* e *The New York Times*, veicularam reportagens sobre o caso. Houve reprodução desses relatos por outros meios de comunicação, como jornal argentino *Clarín* e as revistas americanas *Forbes* e *Business Week*.

No *BBC News*, um dos *sites* jornalísticos na língua inglesa de maior audiência no mundo, a notícia sobre a disputa entre a modelo brasileira e o *site* Youtube foi a

²⁰ ALEIXO, Ailin. Daniella Cicarelli faz sexo na praia. Reportagem de Daniel Marcusso, Carolina Camargo e Luciane Ângelo. *Revista Quem*, edição n. 315, 20 set. 2006. Disponível em: <<http://revistaquem.globo.com/Quem/0,6993,EQG1278670-6129-1,00.html>>. Acesso em 29 mar. 2008.

²¹ Após vídeo de Cicarelli, YouTube ganha 1,4 milhão de usuários no Brasil. *Folha Online*, Informática, 20 out. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20823.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

²² “É algo superdolorido de falar”, diz Cicarelli sobre vídeo. *Folha Online*, Informática, 10 jan. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u67454.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

mais lida pelos internautas durante a maior parte da manhã do dia 05 de janeiro de 2007²³.

Retornando à realidade brasileira, de acordo com notícia publicada no G1²⁴, a *MTV Brasil* – emissora na qual Cicarelli trabalhava na época do ocorrido – teria recebido mais de 80.000 *e-mails* de protesto contra o bloqueio do *site* Youtube.

Houve até mesmo manifestações públicas de repúdio ao bloqueio da página do *site* referido. Em frente ao edifício *Victor Civita*, onde opera a MTV em São Paulo, dez jovens e 21 jornalistas se aglomeraram às 13 horas do dia 13 de janeiro de 2007. Empunhando cartazes, os manifestantes posaram por quase meia hora para a imprensa. Em uma das cartolinas, lia-se: “Que exemplo! Transou sem camisinha”. E em outra: “MTV! Escolha: Ou ela ou nós”.

Em resposta ao protesto, um dos funcionários da emissora criticou: “Isso é ridículo. Eles falam do AI-5 (Ato Institucional n.º 5, de 1968), mas não viveram o AI-5, não viveram a Ditadura”²⁵.

A polêmica criada pelo caso na sociedade brasileira pode ainda ser observada em resultados de pesquisas de opinião, realizadas por periódicos nacionais. O jornal *Folha de S. Paulo* revelou que a estréia da TV digital (29%), o lançamento do *iPhone* (23%) e o bloqueio do Youtube (15%) foram, nesta ordem, os fatos mais importantes no mundo da tecnologia em 2007²⁶. Com 27% dos votos, o vídeo de Daniella Cicarelli na praia foi eleito o maior “mico” de 2006 no mundo dos famosos, de acordo com os resultados de outra enquete realizada pela *Folha Online*²⁷.

²³ Disputa entre *Youtube* e Cicarelli repercute no exterior. *Folha Online*, BBC Brasil, 05 jan. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u59763.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

²⁴ MIRANDA, Débora. MTV recebe ameaça de boicote caso não demita Cicarelli. Portal G1, Notícias, Tecnologia, 09 jan. 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,AA1414176-6174,00.html>>. Acesso em 29 mar. 2008.

²⁵ MUNIZ, Diógenes. "Peço desculpas aos usuários do YouTube", diz Daniella Cicarelli. *Folha Online*, Informática, 13 jan. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u21380.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

²⁶ TV digital e iPhone marcaram tecnologia em 2007, dizem leitores. *Folha Online*, Informática, 03 jan. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u359850.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

²⁷ Cicarelli, Clô, Vanucci e "senhora do orgasmo" são eleitos "micos do ano". *Folha Online*, Informática, 20 dez. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u67098.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

O jornal *O Globo Online*, nas 20 horas que abriu para que internautas externassem suas opiniões sobre o vídeo Cicarelli, recebeu mais de mil comentários. A maioria acredita que o casal não teve sua privacidade violada. Muitos ainda conjecturam que Daniella teria se deixado flagrar intencionalmente na praia espanhola, em busca de autopromoção.

Dentre os comentários da corrente minoritária, houve quem destacasse a má intenção do *paparazzo*, que apelativamente teria “dado zoom” na sunga de Tato Malzoni²⁸.

A polêmica criada com o presente caso foi reconhecida até mesmo nas decisões judiciais proferidas no processo de Cicarelli. Na decisão da data de 09 de janeiro de 2007, no Agravo de Instrumento n.º 4888.184-4/3, o Desembargador Relator Ênio Santarelli Zuliani assim afirmou:

O bloqueio do site está gerando uma série de comentários, o que é natural em virtude de ser uma questão pioneira, sem apoio legislativo. O incidente serviu para confirmar que a Justiça poderá determinar medidas restritivas, com sucesso, contra as empresas nacionais e estrangeiras, que desrespeitarem as decisões judiciais. Nesse contexto, o resultado foi positivo²⁹.

Já no acórdão proferido nesse mesmo Agravo de Instrumento, pela Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, pretendeu-se esclarecer a real dimensão do caso.

Não é, que fique bem claro, preocupação com essa ou outra pessoa, notória ou simples, mas, sim, defesa de uma estrutura da sociedade, na medida em que a invasão de predicamentos íntimos constitui assunto que preocupa a todos, até porque a imprevisibilidade do destino poderá reservar, em algum instante, esses maus momentos para nós mesmos ou pessoas que nos são próximas e caras³⁰.

Ainda com o objetivo de demonstrar a pertinência do estudo desse conflito de interesses, segue-se ao último ponto desse capítulo, no qual serão destacados aspectos de grande importância para o campo jurídico suscitados nesse caso.

²⁸ LETTIERE, Giovanni. Vídeo Cicarelli: leitores não consideram invasão de privacidade. *O Globo Online*, Cultura, 20 set. 2006. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2006/09/20/285743208.asp>> . Acesso em 29 mar. 2008.

²⁹ Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Contra-ordem: desbloqueio do Youtube. Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

³⁰ Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Manutenção da Tutela Antecipada. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

1.3. A relevância do caso Cicarelli para o Direito

Parece evidente que o caso Cicarelli reveste-se de grande importância jurídica. Nesse mesmo acórdão mencionado ao final do tópico anterior, houve a delimitação de várias questões relevantes para o Direito que teriam de ser enfrentadas nesse processo. Destacam-se abaixo os trechos pertinentes.

Nesse contexto, é hora de enfrentar o grande dilema do processo: o que fazer diante de um site que se diz impotente no controle dos conteúdos lançados on line para deleite de milhões de pessoas?

(...)

A *Internet* desafia os juristas, e a comunidade reclama legislação que fortaleça a defesa das vítimas de danos injustos, valendo acrescentar que de nada adiantará o Código Civil disciplinar e proteger os direitos da personalidade, em se admitindo que provedores de hospedagem permaneçam imunes ao dever de fiscalizar os abusos que são cometidos diante de seus olhos.

(...)

A questão do vídeo do casal ultrapassou o campo da individualidade e ganhou notoriedade pelo questionamento que se fez da capacidade de o Judiciário resguardar o direito de intimidade e de honra das pessoas, quando há violação pela *Internet*³¹.

O caso ainda inspirou importante discussão em seminário promovido pelo Conselho Superior de Tecnologia da Informação da Federação do Comércio (Fecomercio), em São Paulo. Na mesa de debates, abordou-se o risco de que a *internet* seja transformada em um território sem lei, em razão da dificuldade que os usuários têm de diferenciar a manifestação da liberdade de expressão de uma ofensa que viole direitos na *web*, bem como da falta de legislação específica no país.

Constatou-se nesse seminário que os *sites* de compartilhamento e redes sociais constantemente violam direitos. Renato Opice Blum lembrou que a Justiça brasileira já registrou pelo menos oito mil decisões judiciais relativas a casos que versam sobre mau uso da *web*³².

Rubens Decoussau Tilkian – advogado de Tato Malzoni na demanda analisada nesse estudo – citou uma série de mecanismos que podem ser utilizados

³¹ Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Manutenção da Tutela Antecipada. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

³² DANTAS, Agnes. Sem controle, internet pode virar território sem lei, dizem especialistas. *O Globo Online*, Tecnologia, 17 mai. 2007. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/tecnologia/mat/2007/05/17/295793695.asp>>. Acesso em 29 mar. 2008.

para evitar a republicação de materiais no ciberespaço, como o mapeamento e bloqueio de vídeos. Ele acredita que não se pode partir do pressuposto de que os *sites* foram criados sem qualquer controle de segurança.

Nessa exposição ainda se discutiu a importância do projeto de lei do Relator Eduardo Azeredo (PSDB-MG), que tipifica crimes cibernéticos – prevendo, dentre outras penalidades, a responsabilização dos provedores que não armazenam *logs* (identificações) de usuários ou que se abstêm de tomar quaisquer medidas em relação a conteúdos ofensivos publicados, conhecidos previamente. A aprovação do projeto colocaria o Brasil na lista de mais de 40 países signatários da Convenção de Budapeste, o que facilitaria a resolução das lides que envolvem servidores hospedados no exterior³³.

O presidente da Google no Brasil, Alexandre Hohagen, considera que o caso do vídeo da Cicarelli é um exemplo tradicional de que as celebridades não sabem ainda lidar com os meios eletrônicos. Ele relatou que a partir do momento em que ela e o namorado obtiveram a primeira decisão favorável na Justiça triplicou o número de “views” do vídeo em questão³⁴.

Regina VENDEIRO fala sobre o tema sob outra perspectiva: acredita que desde a popularização da *internet*, que ocorreu há cerca de dez anos, os operadores do Direito carecem de subsídios técnicos para regulá-la. Diante da distância entre o Direito e a tecnologia da informação, a colunista defende a importância da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, pois o bloqueio do Youtube fomentou discussões fundamentais, abarcando até mesmo os limites da territorialidade das decisões judiciais, já que o *site* de compartilhamento de vídeos é hospedado no exterior.

Dessa forma, espera que polêmica possa incentivar os juristas a encontrar alternativas de regulação que se enquadrem nesse novo cenário que a *internet* ocupa na vida das pessoas – o qual não só diz respeito à difusão desenfreada de imagens, como também a conteúdos racistas e pornográficos, a ladrões

³³ *Idem.*

³⁴ MUNIZ, Diógenes. “Ninguém pode mais se esconder”, diz presidente do Google Brasil. *Folha Online*, Informática, 06 mar. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/informatica/ult124u379135.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

cibernéticos, à defesa dos consumidores nas compras eletrônicas e a outros problemas específicos da *web*³⁵.

De acordo com o caminho definido na introdução desse ensaio, segue-se ao estudo do direito à intimidade e da liberdade de comunicação, bem como dos instrumentos de resolução da colisão entre direitos fundamentais.

³⁵ VENDEIRO, Regina. Internet e justiça, um novo desafio. *O Globo Online*, Opinião, 10 jan. 2007. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/mat/2007/01/10/287362908.asp>>. Acesso em 29 mar. 2008.

CAPÍTULO II – DIREITO À INTIMIDADE, LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. Direito à intimidade e direitos conexos

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, inciso X, estabelece que a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas são invioláveis. O inciso V do mesmo dispositivo assegura direito de resposta proporcional à dimensão da ofensa a essas garantias, bem como a indenização por dano material, moral ou à imagem^{36/37}. Importante notar que o direito à intimidade e à vida privada foi primeiramente tutelado pela Lei de Imprensa (mais precisamente, no art. XX da Lei n.º 5.250/1967) – o que permite inferir que o desenvolvimento desse direito no Brasil partiu do pressuposto de que a intimidade deveria ser protegida dos meios de comunicação³⁸.

Segundo André Ramos TAVARES, o direito à intimidade, o direito à vida privada e o direito à imagem formam, juntos, o direito à privacidade. Ou seja, a privacidade em sentido amplo engloba o direito à intimidade, à vida privada, à honra

³⁶ Tais direitos são também reconhecidos como direitos da personalidade, uma vez que consistem em atributos inerentes à condição humana. O Código Civil de 2002 faz menção expressa a eles em seu art. 21, o qual diz que: “A vida privada da pessoa é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. A categoria dos direitos de personalidade é estudada no âmbito do Direito Civil, com foco nas relações interprivadas. As decisões judiciais proferidas no caso Cicarelli fazem menção à classificação dos direitos de personalidade, conforme resta explícito em excerto do Voto n. 10448, proferido em decisão referente ao Agravo de Instrumento de n. 472.738-4: “*Em seguida, não custa realçar a importância dos direitos da personalidade no estágio atual do Direito. O direito à imagem, antes do Código Civil, era protegido graças ao empenho dos doutrinadores, como CARLOS ALBERTO BITTAR, que sempre defendeu o conceito de resguardo da intimidade e da imagem retrato, ainda que em se cuidando de pessoas famosas, como artistas, que, igualmente, não merecem testemunhar agressões de sua imagem em revistas de sexo, de pornografia e ilustrações de textos indecorosos [Os Direitos da Personalidade, 2ª edição, Forense Universitária, 1995, p. 91]*”. Entretanto, em razão dos limites do presente ensaio, que pretende primordialmente abordar a tutela, sob a perspectiva processual, do direito à intimidade face à liberdade de expressão, optou-se por visualizar o direito à intimidade e direitos conexos como direitos fundamentais, uma vez que seu embate com a liberdade de expressão e comunicação pode consistir em um caso de colisão de direitos fundamentais.

³⁷ No plano internacional, esse direito encontra expressão em importantes diplomas legais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (arts. 5º e 12), o Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civil e Políticos (art. 17), a Convenção Americana de 1969 sobre os Direitos do Homem (art. 11) e a Convenção Européia de 1950 sobre os Direitos do Homem (art. 8º).

³⁸ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Direito à intimidade e à vida privada e direito à informação: uma análise para além do aparente conflito entre público e privado*. Monografia (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 6-7.

e à imagem das pessoas³⁹. Para melhor explicar como se dá a gradação entre esses direitos, vale aludir à doutrina alemã, que notavelmente analisou o assunto.

Os juristas germânicos sustentam que são três os círculos concêntricos que abrangem o resguardo do ser humano: a) a esfera privada⁴⁰, de maior latitude, diz respeito a aspectos específicos da pessoa que devem ser excluídos do conhecimento de terceiros; b) a intimidade, a qual é mais restrita, é constituída por informações confidenciais ou valores atinentes a determinados aspectos íntimos do indivíduo; c) a esfera do segredo, que seria formada por características de foro notadamente pessoal e sigiloso, por isso merecedora de proteção específica^{41/42}.

É possível visualizar, portanto, a vida privada⁴³ como um espaço que concentra, em escala decrescente, direitos relativos à restrição da vida de cada um – dentre os quais o direito à intimidade, que diz respeito à “esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”⁴⁴, segundo a lição de René Ariel DOTTI.

³⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 571.

⁴⁰ Segundo Gilberto JABUR, a esfera privada, conhecida como *privatsphäre* pelos alemães e como *sphere of privacy* pelos norte-americanos, corresponde na Itália ao *diritto alla riservatezza* ou *diritto alla privatezza* e ao *diritto al rispetto della vita privata*. JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2000, p. 256.

⁴¹ Como exemplos de informações que gozariam de tal proteção específica, tem-se o sigilo de correspondência e o sigilo médico-paciente.

⁴² JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 256-257.

⁴³ Consoante os ensinamentos de Gilberto Haddad JABUR, o reconhecimento da vida privada como direito digno de tutela não remonta a tempos antigos. Louis Branden e Samuel Warren, em 1890, ao evocarem *the right to be let alone* (o direito de ser deixado só) deram alicerces ao direito à privacidade. O autor não despreza, entretanto, as informações de Paul Schwartz e Joel Reidenberg, no sentido de que essa conhecida expressão apareceu pela primeira vez uma década antes – em 1879, mais precisamente – no *Treatise on the law of torts 29*, do juiz Thomaz Cooley. JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 256-257.

Em sentido contrário, ARENHART assevera que o Direito Romano já se preocupava com a idéia de privacidade, ao estabelecer regras atinentes ao direito de vizinhança. Enfocando o direito brasileiro, ressalta que o Código Civil Brasileiro de 1916 já atribuía ao proprietário de certo imóvel as faculdades de cercar, murar, tapar de qualquer forma seu prédio (art. 588). Também na esfera penal o cuidado com a vida privada revelava-se presente, estabelecendo a tutela da honra (arts. 138 a 145 do Código Penal brasileiro), do domicílio (art. 150) e das correspondências (arts. 151 e 152). ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 47.

⁴⁴ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1980, p. 69.

É possível visualizar quatro faces no direito à intimidade, de acordo com LORENZETTI. São elas: a) a reserva dos atos e dados pessoais e familiares, referentes ao âmbito sentimental, da conduta sexual, da saúde, da fé religiosa, de idéias políticas, de memórias etc.; b) segredo de correspondência e documentos privados; c) inviolabilidade de domicílio; d) inaceitabilidade da interceptação de conversas⁴⁵.

A importância da inviolabilidade da intimidade do homem é evidente, já que esse direito é reconhecidamente imprescindível para o livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana. Nesse sentido, COSTA ANDRADE é categórico: acredita que “o organismo humano seria pura e simplesmente destruído se o Estado e a sociedade pudessem permanentemente intervir nos espaços mais recônditos e últimos da existência”⁴⁶.

Explica o jurista que “a avalanche de ruídos e estímulos” da sociedade contemporânea faz com que a garantia de uma “margem necessária ao cultivo da liberdade e da emotividade, da contracultura e da ‘desmodernização’⁴⁷ seja ainda mais necessária, a fim de afastar o perigo de exaustão física e psicológica⁴⁸.

Contudo, por se tratar de direito que envolve a esfera íntima das pessoas, há quem sustente que ele só existe enquanto se está no seu próprio jardim – uma vez

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998., p. 492-493.

⁴⁶ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 90.

⁴⁷ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Op. cit.*, p. 89.

⁴⁸ Em entrevista ao jornal Folha de S. Paulo, o filósofo Gilles Lipovetski assim descreveu os tempos atuais: “Pois as sociedades anteriores eram sociedades de tradição, em que os indivíduos eram enquadrados, ora pela família, ora pela região, ora pela igreja – por todo um dispositivo que dava força aos indivíduos. Já a sociedade de mercado, juntamente com a liberação dos costumes, fez tudo isso em pedaços, e o indivíduo se encontra subitamente só, não tem mais nenhuma força exterior a ele.

Isso Durkheim já havia analisado no século 19 [em “O Suicídio”, ed. Martins Fontes], quando explicou o aumento das taxas de suicídio – e não por causa da técnica, mas porque os indivíduos estavam perdidos e não dispunham mais de nenhuma socialização forte. Dito de outra maneira, o grande problema da hipermodernidade não é tanto a disfuncionalidade, mas a fragilização dos indivíduos – suicídio, ansiedade, depressão, medo dos desastres ecológicos, medo dos pais, medo da Aids, medo de envelhecer, medo do desemprego, do futuro. A modernidade tinha confiança no futuro, havia a idéia de progresso incessante; agora temos a dúvida, não confiamos mais no progresso automático em direção ao melhor.

Uma sociedade complexa e paradoxal porque se, de um lado, se estimula o prazer – o hedonismo, o consumo, as férias, a moda – de outro, é uma sociedade que produz muita ansiedade e psicopatologias”. PERES, Marcos Flamínio. O caos organizador. *Folha de S. Paulo*, Mais!, 14 de março de 2004. Disponível em: <www.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1403200404.htm>. Acesso em 03 mai. 2005.

na praça, não mais se poderia falar em direito à intimidade, pois a pessoa teria se exposto a público⁴⁹. Em outras palavras, segundo essa visão, só poderia ser protegido pelo direito à intimidade o comportamento humano levado a efeito em local privado, a fim de que não se albergasse uma contradição em termos.

Há outros autores que visualizam o direito à intimidade de forma diversa, considerando que os dias atuais exigem uma concepção diferente de intimidade, a qual seria exigível em qualquer ambiente ou situação. A casa, por certo, persiste como referência física e emocional indicativa da vida privada, mas a intimidade “poderia ser indiscutivelmente fruída na rua, no interior de um automóvel, e até mesmo quando a pessoa se confunde – embora não participe – com a multidão, assim como a moldura onde o homem se coloca abandonando a sua máscara”⁵⁰. A intimidade, para René Ariel DOTTI, deve ser compreendida como sentimento que também se projeta ao exterior, pois somente então poderá ser plenamente assegurada a liberdade de amar, pensar, sorrir, chorar, rezar e, em último grau, de viver a própria vida.

Nesse mesmo sentido, ARENHART acredita que o avanço dos meios de comunicação, ao invés de criar a presunção de que qualquer exposição é descuidada – gerando disposição tácita da intimidade –, exige interpretação em sentido precisamente oposto, já que a vida dos indivíduos fica cada vez mais à mostra. Assim, afirma:

As inovações tecnológicas, sem sombra de dúvida, implicam a mutação completa da noção de vida privada, bem como de sua lesão. A diminuição de fronteiras que elas acarretam permite um contato mais próximo das pessoas e a violação mais freqüente da esfera íntima do ser humano. Em nome do direito à informação, a pessoa é devassada em sua vida particular e revirada do avesso, na busca pela melhor notícia, ou por aquela de maior impacto.

(...)

Surge, então, a necessidade de o Direito se preocupar com estas situações, no afã de preservar o mínimo da esfera de privacidade da pessoa humana, impedindo sua confusão com o ente social.

Este aparato legal, contudo, tornou-se flagrantemente obsoleto diante das inovações tecnológicas e da evolução da dinâmica social. A proteção civil antes mencionada – pode-se observar com razoável facilidade – cinge-se à tutela da casa, sem se preocupar com a inviolabilidade da pessoa nuclearmente considerada⁵¹.

⁴⁹ A contraposição entre os termos “jardim” e “praça” para aludir a privado e público, respectivamente, foi inspirada no título da obra “O jardim e a praça”, de Nelson SALDANHA.

⁵⁰ DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, n. 66, abr./jun.1980, p. 126-127.

⁵¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 47.

Nesse mesmo sentido, opina Ricardo LORENZETTI, que igualmente atenta para a alteração do conceito de intimidade:

O direito à privacidade foi vinculado originariamente com o lar. Trata-se do direito à privacidade que surge no âmbito anglo-saxão, ou o direito à reserva no âmbito continental europeu.

Legítima o estar só, o viver tranqüilo e em paz.

Esta esfera de intimidade pessoal foi um muro limitativo, um dique diante das intromissões, uma obrigação de não fazer frente aos demais.

Não se relacionava a privacidade com condutas em lugares públicos.

A situação atual é que a privacidade não é só um direito-limite. O direito a viver como se deseja não se refere unicamente ao lar, mas à atuação social, e se transforma em um direito que pode ser imposto aos demais⁵².

A mudança do âmbito de proteção da intimidade defendida por esses autores parte da idéia de que os contornos do direito à vida privada variam conforme as características de seu titular (notoriedade, capacidade econômica etc.), a época a que dizem respeito e as demais peculiaridades relevantes na situação fática em questão⁵³. Evidencia-se, portanto, que por mais que se tente definir aprioristicamente o direito à intimidade, tal noção é imprecisa em sua essência, uma vez que somente no caso concreto deve-se e pode-se caracterizá-la⁵⁴.

Mas a dificuldade na delimitação da intimidade também decorre de sua indissociável ligação aos direitos à honra, à imagem, à reputação, entre outros. A constante confusão na identificação desses direitos acaba por inviabilizar a adequada proteção da personalidade do indivíduo.

Tome-se como exemplo a lesão à imagem. Frequentemente, essa violação também atinge a honra e a intimidade do sujeito. Entretanto, é muito comum que se procure optar pela defesa de um desses direitos somente – quando, em verdade, dever-se-ia outorgar a mesma espécie de proteção jurisdicional a todos eles, considerando-os, ao menos para o fim de proteção processual, como similares^{55/56}.

⁵² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.*, p. 229-230.

⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 50.

⁵⁴ COSTA ANDRADE, a esse respeito, tece interessante consideração: “a privacidade/intimidade é sempre função da conduta, do papel e do estatuto social do respectivo portador (...) o que prejudica qualquer pretensão de encarar o privado e o público como domínios substancializados e como tais contrapostos e extremados entre si. A mesma experiência ou vivência pode gravitar ao mesmo tempo na órbita do privado e do público”. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Op. cit.*, p. 94.

⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 52-53.

Por tais razões, considera-se imprescindível fazer rápida menção ao direito à imagem e ao direito à honra, bem como analisar sua ligação à intimidade das pessoas.

A Constituição Federal de 1988 garante a proteção do direito à imagem nos incisos V, X e XXVIII de seu artigo 5º. Na abordagem feita nos dispositivos mencionados, a Carta Magna oferece três concepções do direito: a imagem-retrato, que decorre da expressão física do indivíduo (inc. X), a imagem-atributo (inc. V), concernente ao conjunto de características pessoais apresentadas pelo sujeito perante a sociedade e a proteção da imagem como direito do autor (inc. XXVIII) ⁵⁷.

Vale destacar que o direito à imagem não se restringe à forma plástica da pessoa: a tutela atual também abrange as hipóteses em que a imagem da pessoa é violada sem que haja sua reprodução gráfica, como nos casos em que atributos comportamentais da pessoa são atingidos – ensejando a violação do direito à imagem enquanto projeção e exteriorização de sua personalidade ⁵⁸.

JABUR chama a atenção para o fato de que é evidente que a imagem pode ser violada sem que a conduta alcance a esfera de intimidade da pessoa. Entretanto, sustenta que a imagem tende a se confundir com a intimidade quando ausente a índole publicitária da divulgação, como no caso em que uma imagem da vida íntima de uma pessoa é divulgada a título de informação ⁵⁹.

O direito à honra, positivado no art. 5º, inciso X, goza de dupla feição: quando diz respeito ao renome, é considerada honra objetiva; já quando se refere ao sentimento pessoal em relação à consideração em seu meio, trata-se da honra subjetiva. A confusão com o direito à imagem faz-se possível nestas duas dimensões, mas a honra objetiva costuma ser mais sobreposta à imagem. TEPEDINO, BARBOZA e MORAES asseveram, contudo, que a multiplicação das

⁵⁶ Gilberto Haddad JABUR, sobre esse tema, alerta para o fato de que tais direitos não se confundem ou dependem reciprocamente uns dos outros. São direitos autônomos, com conteúdos diferentes. Tampouco há sucessividade entre eles, rechaçando a idéia de que o direito à intimidade, por exemplo, derive do reconhecimento do direito à imagem. JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 268.

⁵⁷ GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 56-63.

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 50.

⁵⁹ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 271-272.

formas de divulgação da imagem humana e a alteração da feição do direito à intimidade tendem a acarretar a retração desta feição da honra⁶⁰.

Outra circunstância que dificulta a identificação desse direito é o fato de que a devassa da intimidade costuma ser o meio utilizado para caluniar, difamar ou injuriar a vítima. Tem-se, portanto, outra circunstância que demonstra a importância da proteção da intimidade, pois “sem essa tutela, a da honra seria inócua. Nada representa a proteção parcial da moral, atinente ao prestígio e à auto-estima, se os elementos que os constroem estão à margem de proteção”⁶¹.

COSTA ANDRADE propõe a utilização do seguinte critério para identificar se é a intimidade ou a honra que está em questão: “o que acima de tudo lesa a honra é a imputação de factos não-verdadeiros; diferentemente, o que propriamente atinge a privacidade/intimidade é a verdade dos factos devassados ou revelados”⁶². O próprio jurista português, entretanto, reconhece que nem todos os casos podem ser resolvidos com esse critério, pois a divulgação de fatos verdadeiros pode lesar a honra – basta pensar em dados corretos descontextualizados: sua divulgação possivelmente pode macular a honra do alvo da notícia.

Após essa sintética exposição sobre o direito à intimidade, ruma-se à análise do outro direito fundamental que figura em destaque nesse estudo: a liberdade de comunicação.

2.2. Liberdade de comunicação como manifestação da liberdade de expressão

A liberdade de comunicação pode ser definida como um conjunto de direitos, formas, processos e veículos que viabilizam a criação, a expressão e a difusão do pensamento e da informação. Os incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º, combinados com os artigos 220 a 224 da Constituição, estabelecem as diretrizes para o desenvolvimento e a veiculação do pensamento e da informação, bem como para a organização dos meios de comunicação, sujeitos a regime jurídico especial pelo desempenho da função acima descrita⁶³.

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 56.

⁶¹ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 275-276.

⁶² COSTA ANDRADE, Manuel da. *Op. cit.*, p. 105.

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 243.

Vale esclarecer que a liberdade de comunicação constitui-se em espécie do gênero liberdade de expressão, o qual abarca também outros direitos conexos, tais como a liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de informação, a liberdade de acesso à informação, a liberdade de opinião, a liberdade de mídia, a liberdade de divulgação e a liberdade de radiodifusão⁶⁴.

E por liberdade de imprensa, o que se deve entender? Em verdade, precisamente da margem de atuação dos meios de comunicação é que se pretende falar nesse estudo. Ocorre que parcela da doutrina tem atentado para a inadequação da locução “de imprensa” para representar o complexo processo de comunicação de informações presente na vida social atual⁶⁵.

Dentre os que defendem essa ordem de idéias, destaca-se o jurista Edilsom FARIAS, que atenta para o fato de que a expressão liberdade de imprensa já havia sido abandonada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 1948⁶⁶. Defende ainda o uso do vocábulo comunicação por etimologicamente expressar a idéia de transmitir algo a alguém, de compartilhar com outrem algo de que dispõe⁶⁷.

É possível visualizar duas dimensões na liberdade de comunicação: ora ela apresenta caráter eminentemente pessoal-individual, como valor indispensável para a proteção da dignidade da pessoa humana e para o livre desenvolvimento da personalidade⁶⁸; ora funciona como instituição basilar e irrenunciável em um Estado Democrático de Direito, na medida em que propicia a participação dos cidadãos no debate público e na vida política, prevalecendo seu caráter comunitário-institucional⁶⁹.

⁶⁴ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 534-535.

⁶⁵ FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 279.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 53.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 54.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 64.

⁶⁹ Nesse sentido, leciona ARENHART: “O exercício da democracia passa, necessariamente, pela liberdade de manifestação do pensamento. Sem ela – livre – o povo não tem informação, e, sem informação, não pode escolher o destino de sua comunidade. A posição estratégica da imprensa, e a necessidade de sua liberdade, portanto, são elementos cruciais para a manutenção da democracia e do regime republicano”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 92-93.

Esse último caráter também se subdivide em dois ramos, uma vez que a liberdade de comunicação cumpre duas funções na democracia: uma função informativa, capaz de possibilitar melhor conhecimento e maior capacidade de avaliação dos assuntos de relevância pública como fruto do livre fluxo das informações, e uma função crítica, já que a liberdade de comunicação assegura aos cidadãos a importante faculdade de criticar o poder público⁷⁰.

Todas essas esferas da liberdade de comunicação, entretanto, não podem ser visualizadas de forma apartada – há entre elas uma relação de implicação recíproca, facilmente visível em se constatando que a participação livre e esclarecida no debate público é, igualmente, exigência decorrente da dignidade da pessoa humana⁷¹.

Assim, é possível considerar que a concessão de um amplo espaço de atuação à liberdade de comunicação oferece os seguintes pontos positivos: a) aumento da coesão social, uma vez que a imprensa fomenta discussões públicas; b) exposição de diversas perspectivas sobre um mesmo tema, o que facilita o juízo e a decisão do cidadão; c) estabelecimento de um canal de comunicação e controle entre o povo e os representantes eleitos; d) garantia da transparência da Administração Pública; e) promoção de valores estéticos, científicos e culturais; f) denúncia da discriminação contra minorias⁷².

Todavia, a liberdade de comunicação também traz consigo aspectos indubitavelmente negativos, tais como: a) sacrifício de direitos tão basilares quanto a expressão, como os direitos à honra, à privacidade, à intimidade, ao segredo, à ressocialização e outros; b) perturbação da comunicação humana originária⁷³; c) generalização do medo e do individualismo⁷⁴; d) oligopólio dos detentores dos meios

⁷⁰ FARIAS, Edilson. *Op. cit.*, p. 70.

⁷¹ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Op. cit.*, p. 42-43.

⁷² *Ibid.*, p. 52-53.

⁷³ Tal fenômeno roubaria da pessoa um de seus elementos essenciais, concernente à possibilidade de comunicar-se com outros com base na confiança, pois quaisquer palavras poderiam ser registradas e retiradas de contexto, de forma a adquirir conotação completamente diversa, depondo contra aquele que as proferiu.

⁷⁴ Sobre os efeitos perversos dos meios de comunicação de massa, vale recorrer às palavras de Manuel da COSTA ANDRADE: “Temos sobretudo em vista a experiência da comunicação de massa operada através da televisão, reconhecidamente o mais poderoso e eficaz meio de informação. E, acredita-se, também o intrinsecamente mais democrático: tanto por alargar sem limites o universo dos seus destinatários; como por privilegiar a menos críptica e iniciática das linguagens: a imagem do

de comunicação, submetendo a veiculação das notícias a uma racionalidade econômica⁷⁵; f) queda da credibilidade do discurso do homem comum, face à grandiosidade dos meios de comunicação⁷⁶.

Porque os meios de comunicação são hoje indiscutivelmente poderosos instrumentos de formação da opinião pública é que se adota a idéia de que eles devem procurar desempenhar, acima de tudo, uma consistente função social. Esses veículos podem funcionar como uma ponte entre o Poder Público e a população, transmitindo às autoridades o pensamento e a vontade popular e, simultaneamente, controlando a atividade político-administrativa⁷⁷.

Há que se atentar, entretanto, que a idéia de que a liberdade de comunicação deve atender à sua função social não pode desnaturar o fim último da expressão humana. Assim, não parece prudente submeter todo e qualquer veículo de comunicação ao exame do Estado, a fim de verificar se ele está ou não cumprindo a sua função. Guilherme Döring Cunha PEREIRA sustenta que esse tipo de controle somente seria tolerável se os meios de comunicação estivessem sujeitos a um pleno regime de serviço público. Por isso o jurista sugere que a defesa do cumprimento da função social seja feita de forma mediata, controlando os atos disfuncionais de maior gravidade, abusos que constituem em negação da própria natureza da atividade exercida. Ou seja, “a disciplina da função social dos *mass media* há de ser necessariamente fragmentária e predominantemente negativa”⁷⁸, para PEREIRA.

mundo, das pessoas, e dos eventos. Mas, precisamente por isso, também a que dispõe de mecanismos mais poderosos e incontroláveis (porque mais subliminares e insidiosos) de manipulação. Acresce que só aparentemente a televisão reúne as pessoas: ela induz ‘na realidade, o isolamento mais extremado de todos nós, bem como uma enorme perda de liberdade, uma perda ditada pela inevitável relação de dependência face à política dos media’”. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Op. cit.*, p. 58.

⁷⁵ Esse fenômeno encontra justificativa essencialmente em duas circunstâncias. A primeira concerne ao fato de que vários veículos de comunicação são, em verdade, apenas um dos negócios desenvolvidos por grandes grupos econômicos. Assim, esses meios acabam se desvirtuando de suas funções primordiais, passando a visar ao lucro e servir ao crescimento dos demais investimentos. A outra razão, por certo mais freqüente, encontra bases no capital utilizado por esses veículos: frequentemente os anunciantes e outros investidores exigem como contrapartida do aporte de capital que sejam privilegiados pontos de vista consonantes com os seus interesses, literalmente encurralando uma imprensa que necessita desses valores para subsistir. *Ibid.*, p. 62-63.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 54-65.

⁷⁷ SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, p. 247.

⁷⁸ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: RT, 2002, p. 40-41.

É indiscutível que a transmissão de informações por meio de computadores, telefones celulares e outros dispositivos eletrônicos certamente atribui feição diversa à liberdade de expressão. Pretender-se-á abordar essa nova faceta, ainda que de forma incidental, mediante a análise do caso Cicarelli.

Para empreender o estudo almejado, entretanto, faz-se mister efetuar uma breve excursão sobre o tema da colisão de direitos fundamentais, já que é nessa posição que parece figurar a liberdade de comunicação, ao lado do direito à intimidade e outros direitos conexos, na situação enfocada para o estudo da tutela inibitória.

2.3. Colisão de direitos fundamentais em breve estudo: juízo de ponderação e abuso de direito

A pretensão que o Direito tem de regular a vida em sociedade – solucionando conflitos entre os cidadãos, mediando a relação destes com o Estado e os vínculos entre os diferentes Estados – somente pode ser concretizada se diversos valores caros à sociedade forem considerados. Por óbvio, muitos desses valores são contrastantes – dentre os quais o direito à intimidade e a liberdade de comunicação, direitos fundamentais já examinados nesse capítulo.

Os direitos fundamentais, conforme a própria nomenclatura sugere, constituem a base da vida do homem em sociedade: protegem liberdades, garantem a satisfação de necessidades básicas, propiciam o exercício de prerrogativas políticas etc. Por tal essencialidade, gozam da máxima hierarquia dentro dos ordenamentos jurídicos atuais⁷⁹.

O campo da teoria das normas constitucionais alcançou notável desenvolvimento – dentro do qual se destaca a diferenciação entre princípios e regras, desenvolvida paralelamente por Dworkin, com enfoque na experiência jurídica americana, e por Robert Alexy, de acordo com a perspectiva dos sistemas romanísticos⁸⁰, que orienta decisões sobre tensões entre bens ou interesses

⁷⁹ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 19.

⁸⁰ “... as concepções de Dworkin e de Alexy distinguem-se em diversos aspectos. Talvez o mais importante seja que, para Alexy, os princípios também são normas (...), o que não parece decorrer do pensamento de Dworkin. Por outro lado, o próprio Alexy acentua que um diferencial importante é a idéia que ele introduz de serem os princípios ‘normas de otimização’”. PEREIRA, Guilherme Döring

protegidos constitucionalmente⁸¹. Essa última perspectiva, pela melhor adequação ao nosso ordenamento jurídico, será a adotada.

Ocorre que as normas de direitos fundamentais são de cunho preponderantemente principiológico⁸², o que faz delas mandados de otimização – ou seja, deve-se procurar pela máxima realização desses direitos em relação às possibilidades jurídicas e fáticas –, e não de deveres definitivos – feição típica das regras. As normas de direitos fundamentais são aplicáveis por meio da ponderação, e não por mera subsunção, o que faz com que, em casos de resolução de conflitos, os critérios de validade (especialidade, cronologia e hierarquia) não funcionem: deve-se observar o peso dos direitos em questão, que será gradativamente diverso conforme o caso concreto^{83/84}.

Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.

Jane Reis Gonçalves PEREIRA alinha-se a outra perspectiva: “De acordo com Dworkin, as doutrinas positivistas equivocam-se ao conceber o Direito como um modelo exclusivo de regras (...). O autor reconhece que tanto as regras como os princípios desempenham uma função normativa, sendo empregados para disciplinar condutas e para fundamentar decisões judiciais”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição para o estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 100.

Há ainda autores que conferem normatividade aos princípios, mas não vislumbram uma distinção qualitativa entre regras e princípios – como, por exemplo, Luís Pietro SANCHIS, mencionado por Jane Reis Gonçalves PEREIRA. Segundo o pensamento de SANCHIS “os princípios não são um determinado tipo de norma identificável abstratamente, mas quaisquer normas que venham a assumir posição de fundamentalidade no processo de argumentação jurídica”. *Apud*: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição para o estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 109.

⁸¹ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Op. cit.*, p. 81-82.

⁸² ALEXY alerta para o fato de que as disposições jusfundamentais têm caráter dúplice, em verdade: tanto podem se apresentar como regras, quanto como princípios. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 138.

⁸³ Há quem sustente que a ponderação não é método privativo para resolver a colisão entre princípios. Nesse sentido, para Humberto ÁVILA, embora amplamente difundido, “esse entendimento merece ser repensado. Isso porque em alguns casos as regras entram em conflito sem que percam sua validade, e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas”. ÁVILA, Humberto. *Teoría dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 44.

⁸⁴ Para Ana Paula de BARCELLOS, todo princípio possui uma espécie de “núcleo duro”, não suscetível de ponderação. Os princípios, nessa perspectiva, poderiam em certas situações serem aplicáveis como regras, pois “não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites”. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 253.

Já abordando especificamente a resolução de conflitos entre direitos fundamentais, faz-se interessante aludir ao pensamento de Edilson FARIAS, autor que sustenta que a resolução de colisões dessa natureza deve nortear-se por algumas premissas:

... (i) deve-se compatibilizar e harmonizar os direitos colidentes de maneira que se consiga, atendidas as circunstâncias concretas, a realização simultânea de todos em grau ótimo (princípio da concordância prática ou da harmonização); (ii) em nenhum caso as restrições dos direitos podem afetar o seu núcleo essencial, de modo a torná-los descaracterizados e irreconhecíveis (princípio do núcleo essencial); (iii) deve haver proporcionalidade entre a restrição e o bem jurídico que se protege (regra da proporcionalidade)⁸⁵.

Tais diretrizes decorrem do fato de que não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio ou direito ao efetuar a ponderação, já que se tratam de direitos fundamentais do homem. Entretanto, o caso concreto pode exigir que uma das normas conflitantes sofra substancial atenuação⁸⁶.

O mecanismo para efetuar o juízo de ponderação, na perspectiva ora adotada, é a aplicação do princípio da proporcionalidade, que abarca três necessários elementos: a) a idoneidade, conformidade ou adequação dos meios empregados; b) a necessidade ou exigibilidade da medida adotada e c) a proporcionalidade em sentido estrito.

André Ramos TAVARES sustenta que os dois primeiros elementos citados correspondem aos pressupostos fáticos do princípio, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito equivale à ponderação jurídica destes. Assim, impende notar que não somente os requisitos fáticos devem ser atendidos com a ponderação: os valores encampados pelo ordenamento jurídico também devem ser considerados⁸⁷.

Abordando especificamente os subprincípios em questão, tem-se que o elemento correspondente à idoneidade – também chamado de conformidade ou adequação dos meios – destina-se a observar se há a necessária correlação entre os meios e os fins a serem atingidos. Ou seja, o mecanismo da idoneidade permite verificar se os meios escolhidos são aptos a atingir o fim determinado em abstrato,

⁸⁵ FARIAS, Edilson. *Op. cit.*, p. 252-253.

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 122, ano 31, p. 297-301, mai/jul 1994, p. 301.

⁸⁷ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 664-665.

uma vez que não está em questão a realização efetiva do objetivo. Analisa-se se o emprego do meio selecionado faz com que o escopo em vista seja realizável.

O aspecto da exigibilidade ou necessidade, como o próprio nome sugere, faz com que se investigue se a finalidade almejada não pode ser alcançada por nenhum outro meio eficaz, que não atinja o direito fundamental afetado ou atinja-o em intensidade menor. Trata-se da busca da melhor escolha possível dentre os meios adequados, que deve recair sobre o meio menos gravoso. Assim, para que se possa aferir o meio empregado quanto a sua necessidade, o intérprete terá de buscar, abstratamente, medidas alternativas, para fins de comparação e conclusão⁸⁸.

Por derradeiro, o elemento da proporcionalidade em senso estrito verifica a gravidade e a intensidade da intervenção e o peso das razões que a justificam sob a ótica do Direito. André Ramos TAVARES esclarece a diferença desse subprincípio em relação ao da necessidade: “ao contrário do segundo elemento, a exigibilidade, que impõe uma otimização de possibilidades fáticas, aqui se impõe uma otimização de possibilidades jurídicas”⁸⁹.

Mas e se ainda persistirem várias opções após a ponderação por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito? BOROWSKI acredita que se deve preferir o meio que favoreça em maior intensidade o princípio preponderante, se não houver outro que afete menos direitos e bens em sentido contrário, já que os direitos fundamentais exigem a máxima realização possível no ordenamento⁹⁰.

Há que se atentar, entretanto, para a possibilidade de que haja uma falsa colisão de direitos fundamentais. Explica-se: o exercício de determinado direito poderia, no caso concreto, acabar contrariando a própria finalidade pretendida com a positivação daquele direito. Assim, não haveria o que ponderar no caso, já que apenas um interesse poderia ser preservado – o direito que supostamente estaria no outro lado da balança, em verdade, não estaria em questão, pois teria havido abuso de direito.

A aplicação da teoria do abuso de direito nas relações extrapatrimoniais é recente: os primeiros contornos dessa ordem de idéias foram delineados no âmbito

⁸⁸ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 665.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 666.

⁹⁰ BOROWSKI, Martin. *Op. cit.*, p. 167.

dos direitos reais, como fruto dos excessos ocorridos sob a égide dos valores liberais – relacionados, portanto, essencialmente ao exercício do direito de propriedade que não poderia ser tolerado, ainda que não fosse proibido por lei⁹¹.

Formaram-se três entendimentos acerca dessa proposição: o subjetivo, o racional-descritivo e o objetivo ou funcional. Para os subjetivistas, o abuso de direito somente restaria caracterizado se o agente tivesse a intenção de prejudicar alguém; a corrente racional-descritiva, por seu turno, pauta-se na interpretação como parâmetro para a demarcação do conteúdo dos direitos; já a visão objetivista sustenta que o desvio de finalidade já indicaria a ocorrência de ato abusivo. A última visão prepondera atualmente, vez que se considera hoje que todo o direito é necessariamente finalista, exigindo a verificação e valoração de suas funções à luz das situações concretas⁹².

O Código Civil brasileiro de 2002 expressa a figura em seu artigo 187⁹³ - mas há que se atentar que tal opinião não é pacífica⁹⁴. De qualquer sorte, é possível visualizar sua aplicação a diversos ramos do Direito, pois “o instituto está associado à deturpação do direito, em razão do desvio da sua finalidade social ou econômica, ou da sua incompatibilidade com a equidade, com a boa-fé ou mesmo com o princípio da proporcionalidade”⁹⁵. O ato em questão, portanto, parece ser lícito, pois

⁹¹ “O individualismo e o positivismo reinantes não encontravam possibilidade de estabelecer uma proibição que não constava da lei. Certa parte da doutrina engendra então a contra-argumentação: o direito permitia o uso, mas não o abuso. Com isto se afirma a existência de um limite intrínseco dos direitos que não precisaria constar da lei. (...) Surgia assim a contraposição a uma afirmação do direito absoluto de propriedade, tão cara a Revolução Francesa, da existência de limites intrínsecos dos direitos, de caráter funcional, que não precisariam ser expressos na lei”. ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. Conferência de Encerramento. In.: III Jornada de Direito Civil, 2004, Brasília. *Anais da III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, p. 31-51, 2004, p. 32-33.

⁹² *Ibid.*, p. 34.

⁹³ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁹⁴ José de Oliveira ASCENSÃO acredita que o art. 187 do CC, em verdade, agruparia três situações diferentes, que representariam irregularidades no exercício de direitos: contrariedade aos bons costumes, contrariedade à boa-fé e oposição ao fim econômico ou social do direito. Diz ele, entretanto, que sendo irregular o modo de exercício do direito em questão, ele pode ser proibido, de tal forma que poderia ser utilizada a ação inibitória. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 41-48.

⁹⁵ PAULINI, Umberto. *Crise estrutural e funcional da propriedade: revisão dos conceitos gerais em matéria de direitos reais (numerus clausus, tipicidade, situação jurídica e função social)*. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2008, p. 138.

assente no direito exercido, mas excede os limites do exercício do direito por estar em desacordo com valores que lhe são essenciais.

Orlando GOMES atenta para o fato de que o abuso de direito não se confunde com o ato ilícito⁹⁶, mas que tais noções aproximam-se em razão da similitude de seus efeitos, pois em ambos os casos o prejudicado pode pleitear a reparação do dano causado ou que a outra parte se abstenha de praticar a conduta abusiva⁹⁷.

Considerando os dois direitos fundamentais ora analisados, o exame efetuado no capítulo IV se destinará a verificar, para além das possíveis soluções provenientes de juízos de ponderação, como pode ocorrer abuso de direito em relação à intimidade ou à liberdade de comunicação.

De qualquer sorte, sobre o tema da colisão de direitos fundamentais, revela-se extremamente pertinente o alerta de Guilherme Döring Cunha PEREIRA: “sob uma perspectiva final, considerando o direito como o ajustado ao caso concreto, o conflito é sempre aparente”⁹⁸. É que partindo desse pressuposto, o mesmo procedimento que permite verificar qual direito merece maior guarida no caso concreto também constata se houve abuso no exercício de algum dos direitos em tela. Assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade, em casos em que o desvio da finalidade não seja flagrante, tampouco a desconformidade com a boa-fé ou com a isonomia, também pode oferecer balizas interessantes para o intérprete. Mesmo porque “ponderar e dar peso aos diferentes argumentos e, mais, aos diferentes valores em estudo não é prerrogativa apenas daquelas situações onde se daria a referida colisão de princípios”⁹⁹, já que equilibrar interesses é árdua tarefa que habitualmente cabe ao jurista.

Segue-se, nesse momento, ao estudo dos temas atinentes ao processo civil, mais especificamente.

⁹⁶ A esse respeito, Heloísa CARPENA sustenta que no ilícito há violação dos limites lógico-formais externos do direito, ao passo que o abuso decorre de lesão axiológico-material interna ao direito. CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 381.

⁹⁷ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002. Atualização: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 41.

⁹⁸ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Op. cit.*, p. 85.

⁹⁹ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Op. cit.*, p. 83-84.

CAPÍTULO III – A BUSCA DO MODELO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE

3.1. A tutela específica dos direitos e a superação da concepção tradicional do processo

A doutrina processual clássica, considerando o provimento que o processo era capaz de oferecer na sentença, chegou à classificação trinária das tutelas: declaratória, constitutiva e condenatória. Resumidamente, considerou-se que: a) a sentença declaratória destinava-se a obter a certificação judicial de uma relação jurídica pré-existente; b) a sentença constitutiva voltava-se a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica; c) a sentença condenatória fornecia um título que permitia a propositura de uma nova ação – esta, sim, dotada dos meios necessários à efetivação do direito.

Pode-se perceber que a classificação trinária das tutelas foi concebida essencialmente de forma abstrata¹⁰⁰. Mas a eficácia fundamentalmente jurídica que decorre de tal abstração é perfeitamente adequada à função a que se propõem as tutelas normativas – as tutelas declaratória e constitutiva¹⁰¹. A tutela condenatória, entretanto, mostrava-se inadequadamente descolada do direito material, porque exigia dois procedimentos para a realização de um direito. Vale lembrar que hoje, após as modificações que a Lei n.º 11.232/2005¹⁰² trouxe ao Código de Processo Civil, a execução da sentença decorre de uma única ação, no interior de um único e mesmo processo¹⁰³.

Retornando ao estudo da concepção clássica da sentença condenatória, pertinente referir a uma possível motivação para a criação de um procedimento de

¹⁰⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 58.

¹⁰¹ Abordar-se-á o assunto das tutelas normativas em momento posterior desse tópico.

¹⁰² “A última etapa da unificação entre os processos de conhecimento e o processo de execução de sentença ocorreu com a Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Essa lei eliminou, especificamente para a sentença que condena ao pagamento de quantia certa, a necessidade de ação de execução de sentença. Isso quer dizer que o sistema de execução de sentença, após esta lei, passou a fundar-se nos art. 461, 461-A, e, no que diz respeito à sentença que condena ao pagamento de quantia certa, no procedimento instituído a partir do art. 475-J do Código de Processo Civil.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*, v. III. São Paulo: RT, 2007, p. 52.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 53.

cognição, que apesar de reconhecer que o autor é titular do direito, apenas lhe permite dar início a outro procedimento: o respeito ao individualismo, ao formalismo e a outros princípios norteadores do Estado moderno. Conforme já se afirmou anteriormente, o Estado liberal era mínimo: a liberdade era o valor mais importante a ser preservado. Partindo dessa perspectiva, é bem-sucedido um procedimento que somente permite a invasão da esfera patrimonial de alguém após se certificar, da forma mais segura possível, que o sujeito é realmente titular do direito em questão.

A incessante busca pela certeza jurídica vinculava-se à idéia de neutralidade do juiz. Os ideais iluministas foram erigidos a partir de uma visão – justificada, à época – de que o juiz era parcial, forte aliado da nobreza e do clero, portanto figura passível de grande desconfiança que deveria ser reduzida a mero aplicador da lei, para que não obstasse o alcance da liberdade política.

O receio de ver o juiz agindo como legislador ou administrador motivou, igualmente, a precedência da cognição sobre a execução. Vale recorrer ao pensamento de Montesquieu a esse respeito, que, consoante lição de Ovídio Baptista da Silva, assim afirmava:

... o juiz que concedesse uma medida executiva antes da declaração de certeza, expressa na sentença, de que o destinatário da tutela era de fato o titular do direito tutelado, tornar-se-ia, *ipso facto*, legislador, com 'grave risco para a liberdade dos cidadãos'¹⁰⁴.

A segurança jurídica era também fundamental para o desenvolvimento dos negócios burgueses. A antecipação da tutela, ao permitir que uma avaliação sumária do conflito de interesses tornasse o bem da vida acessível ao autor, abalaria a atmosfera de certeza exigida pela produção industrial. Por isso MARINONI sustenta que as tutelas sumárias acabaram sendo extirpadas do sistema processual por serem contrárias aos interesses dos “homens de negócios”¹⁰⁵.

Assim, a separação entre conhecimento e execução atendia aos ideais iluministas – mas acabava por deixar inúmeras situações concretas carentes de tutela adequada e efetiva, conforme se observará mais a frente¹⁰⁶. Todavia, é preciso notar que tal consequência era, em verdade, desejada, pois nesse estágio

¹⁰⁴ *Apud*: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 186.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 184-187.

¹⁰⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis...*, p. 60-62.

do modo de produção capitalista o bom funcionamento dos mecanismos de mercado era o único escopo visado¹⁰⁷.

Hoje, entretanto, não é mais admissível que o Direito limite-se precipuamente a assegurar a preservação das esferas individuais, sem promover a igualdade substancial e a solidariedade. Somente tomando esses valores como norte, o Estado possibilita o desenvolvimento da personalidade humana e das relações sociais¹⁰⁸. Considerando que a dignidade da pessoa é o real objetivo da atuação estatal, ao processo deve-se atribuir caráter eminentemente instrumental.

Tal visão não pretende fazer do direito processual mero acessório do direito material, retrocedendo no tempo¹⁰⁹. Para esclarecer a perspectiva ora adotada, faz-se mister recorrer ao pensamento de Cândido DINAMARCO, que visualiza dois aspectos diversos na instrumentalidade do processo. O aspecto positivo fundamenta a idéia de efetividade do processo, o qual deve:

... eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos no destino da sociedade e assegurar-lhes a liberdade¹¹⁰.

Já o aspecto negativo exige o abandono de uma postura preponderantemente técnica, auto-suficiente, que acaba por creditar aos sucessos do processo a criação de direitos para as partes. Por isso o jurista acredita que o cenário jurídico precisa “desmistificar regras, critérios, princípios e o próprio sistema”, lembrando sempre que o processo é um “instrumento cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais do que instrumento”¹¹¹.

A junção dessas duas faces da instrumentalidade impõe a relativização do binômio direito-processo, a fim de que o processo atenda ao seu fim último, “como

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 187.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 428-429.

¹⁰⁹ Sobre a importância da fase autonomista do processo civil para a construção e consolidação desse campo do direito, recorre-se ao pensamento de DINAMARCO, que reconhece a inadequação do culto ao processo como valor em si mesmo e a superação da fase gnosiológica principiada por Von Bullow, mas alerta: “é claro que sem os conhecimentos que ela propiciou, o processualista moderno não poderia alçar os vãos que pretende: seria tentar a fisiologia, quem não conhece anatomia”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 267.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 271.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 268-269.

instrumento que deve dar respostas adequadas às diferentes situações de direito substancial carentes de tutela¹¹². Ou seja, os conflitos que se desenrolam na realidade fática são extremamente diversos, o que inviabiliza sua pacificação unicamente por meio de um processo único, de cunho essencialmente repressivo e patrimonial. Assim, as técnicas jurisdicionais diferenciadas são imprescindíveis para que o processo possa tutelar os direitos de maneira eficaz¹¹³ e se reaproximar dos anseios sociais¹¹⁴.

Em contrapartida, há autores, como Luigi Montesano, que acreditam que a criação de ritos especiais diversos traria mais problemas do que soluções. O mencionado jurista italiano sustenta que a aplicação do direito tornar-se-ia difícil com procedimentos múltiplos e com brechas, bem como mais suscetível a manipulações e distorções. As diferenças entre os procedimentos – alguns seriam mais elaborados, outros mais céleres etc. – ainda permitiria que se afirmasse uma verdadeira hierarquia entre direitos¹¹⁵.

ARENHART rebate tais argumentos, ao asseverar que muito mais prejudicial do que a proliferação indiscriminada de procedimentos especiais é a ausência de mecanismos de proteção adequados à tutela de determinados interesses. Acrescenta que a hierarquia entre direitos é natural no ordenamento jurídico, independentemente da existência de diferentes tipos de procedimentos. Por fim, diz que qualquer instrumento ou regra jurídica é passível de distorção, contra a qual o único remédio é o investimento na conscientização dos juristas, e não simplesmente evitar inovações¹¹⁶.

Ocorre que a diversa conformação atribuída aos direitos tradicionais e o surgimento de novos direitos exige uma inovadora concepção de processo. Essas alterações decorreram das próprias características da sociedade contemporânea, dentre as quais se destacam os conflitos de massa e as novas tecnologias de informação, que modificaram de maneira significativa relações jurídicas tradicionais.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 442.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 443.

¹¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis...*, p. 22.

¹¹⁵ *Apud: Ibid.*, p. 33.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 33-34.

Tais peculiaridades também deram origem a novos direitos, como os de cunho metaindividual¹¹⁷ – o que torna flagrante a exigência de novas respostas jurisdicionais.

De qualquer sorte, os direitos absolutos – dentre os quais se enquadram os direitos fundamentais debatidos no caso em tela – nunca puderam ser tutelados por meio de sentença condenatória. Explica-se: a natureza absoluta de tais bens acaba por dirigir um dever de abstenção a todos da sociedade, de modo que a garantia efetiva desses direitos exige todos deixem de praticar atos incompatíveis com eles – como invadir a privacidade alheia, considerando o direito ao resguardo, por exemplo¹¹⁸. A condenação, por seu turno, assegura o ressarcimento do dano causado – providência deveras diferente daquela que é realmente necessária.

Diante de tal quadro, resta perceptível, conforme bem assevera MARINONI, que a construção liberal do processo civil, formada pelo “procedimento de cognição plena e exauriente, complementado pelas três sentenças de classificação trinária, é absolutamente incapaz de propiciar uma tutela preventiva adequada”¹¹⁹. Assim, é imperioso recorrer a uma nova classificação, adequada ao momento contemporâneo.

Antes de adentrar nos tipos de tutelas e sentenças, faz-se mister estabelecer algumas diferenciações fundamentais. Primeiramente, vale lembrar que os termos tutela material e tutela jurisdicional não são sinônimos: a pretensão processual mostra a tutela material pretendida – ou seja, o que tem de ser feito para que o direito material seja tutelado –; a tutela jurisdicional, por seu turno, abarca o procedimento, a sentença e os meios executivos adequados à tutela do direito¹²⁰.

Há também que se atentar para a diferença entre sentença e tutela. A sentença é apenas um dos meios para a obtenção da tutela material, enquanto técnica processual. Esclarecendo tal raciocínio, MARINONI afirma que “tutelar, através do processo, não é condenar, ordenar etc., mas sim ressarcir, inibir, remover

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 41.

¹¹⁸ MURITIBA, Sérgio Silva. Tutela inibitória e os direitos da personalidade. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 22, abr., ano 30, p. 22-40., 2005, p. 30.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 29.

¹²⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis...*, p. 44-47.

o ilícito, cumprir a obrigação contratual na forma específica etc.”¹²¹. Assim, uma mesma tutela pode ser prestada por dois tipos de sentença. Como exemplo, pode-se pensar tanto em utilizar sentença mandamental quanto provimento condenatório para a obtenção de ressarcimento.

Ainda como premissa para a compreensão da nova classificação das tutelas, faz-se mister separar os provimentos em dois grandes grupos: a) tutelas que operam no plano normativo; b) tutelas que produzem alterações no mundo concreto.

ARENHART enquadra a tutela declaratória e a tutela constitutiva no primeiro grupo, destacando que os efeitos fáticos delas decorrentes são meramente reflexos ou acidentais. Destaca que a tutela constitutiva pode, sim, ser satisfativa – mas que isso não a despe do seu caráter normativo, pois isso ocorre somente quando o interesse do autor vincula-se apenas ao plano jurídico¹²².

O estudioso também considera que o provimento condenatório pertence a esse grupo, pois assim define a sentença condenatória: “não é nada além de uma mistura de declaração e de constituição, limitada a operar no plano jurídico sem nenhuma consequência fática”¹²³. ARENHART reconhece que esse provimento diferencia-se das sentenças declaratória e constitutiva, mas acredita que suas peculiaridades não o caracterizam de forma suficiente a lhe atribuir utilidade própria¹²⁴.

Já ao grupo das tutelas que foram concebidas para operar no mundo concreto pertencem os provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*. Enquanto a sentença mandamental tem o escopo de emitir uma ordem, cominando algum tipo de sanção¹²⁵ em caso de descumprimento, a fim de estimular o sujeito passivo a

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 459.

¹²² Explica-se: a tutela específica da prestação de declaração de vontade é satisfativa, pois não exige ulterior execução, mas não atua na realidade concreta, pois o juiz limita-se a substituir-se à vontade do obrigado que não prestou a declaração em questão.

¹²³ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis...*, p. 94.

¹²⁴ ARENHART atenta para o fato de que a declaração da sentença declaratória reconhece a incidência de uma hipótese normativa, enquanto na condenação a ênfase é para a sanção cominada em determinada hipótese normativa. Já o caráter de constituição na condenação se encontraria na criação de um título executivo, que transforma a obrigação em sujeição. *Ibid.*, p. 96.

¹²⁵ O provimento mandamental pode utilizar-se de uma vasta gama de sanções, tanto de natureza civil quanto criminal, destaca-se.

cumprir o mandamento, a sentença executiva vai além: pode realizar o direito concreto independentemente da colaboração do réu¹²⁶.

A divisão dos provimentos mencionados em dois grupos destina-se a demonstrar as importantes diferenças estruturais entre eles. De posse de tais conhecimentos, parte-se à classificação das tutelas atualmente adotada.

A realidade contemporânea exige que as classificações das tutelas e das sentenças sejam pautadas pelas necessidades do direito material¹²⁷. Assim, a doutrina contemporânea sustenta que, ao lado das tutelas declaratória e constitutiva, devem ser consideradas as categorias da tutela ressarcitória, da tutela reintegratória, da tutela inibitória e da tutela do adimplemento.

Cada um desses grupos reveste-se de importantes características. Entretanto, considerando o foco e a dimensão do presente estudo, nesse momento se julga pertinente apenas esclarecer de forma brevíssima o que distingue cada uma das divisões mencionadas: a tutela ressarcitória leva em consideração o dano; para a tutela reintegratória importa a supressão do ilícito; já a tutela inibitória diz respeito à prevenção contra a violação do direito¹²⁸; por fim, na tutela do adimplemento protege-se um negócio jurídico específico, anteriormente pactuado¹²⁹. Serão vistos maiores detalhes acerca dessas tutelas, a fim de diferenciá-las da tutela inibitória, assunto central desse trabalho, no último ponto desse capítulo.

O reconhecimento dessas novas categorias, contudo, não é suficiente para garantir a construção de um processo civil efetivo. O Código de Processo Civil vigente foi concebido para atender a interesses de cunho patrimonial, disponível e individual¹³⁰. Assim, mesmo após as muitas reformas às quais foi submetida, a lei processual civil brasileira não se despiu dessas características inadequadas ao momento atual, tornando imprescindível que os operadores do direito façam uma leitura atenta e construtiva dos instrumentos jurídicos disponíveis.

¹²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis...*, p. 96-99.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 449.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 466.

¹²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 126.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 39.

Entretanto, interpretações convencionais e até mesmo retrógradas persistem. Desse modo, de nada adianta que o Código de Processo Civil desvencilhe-se dos valores liberais em vários momentos, pois novos mecanismos são ignorados ou mal utilizados na prática forense. A descrença no Direito, o desconhecimento das novas técnicas processuais, a negação das bruscas alterações sofridas no mundo fático, a renitente busca pela preservação do *status quo* etc. – são inúmeras as razões pelas quais os operadores do direito apegam-se aos moldes antigos.

No caso Cicarelli, tomado como parâmetro de estudo, o choque entre a realidade contemporânea e a visão tradicional do processo revela-se flagrante. Alguns magistrados que julgaram o caso enxergam as modificações trazidas pelos avanços dos meios de comunicação com maior ceticismo, deixando implícito até mesmo que o direito *não poderia* alcançar essas mudanças. Assim sustentou o juiz de 1º grau Gustavo Santini Teodoro, que afirmou em sentença:

Cominar multa aos réus para que não divulguem o vídeo, as fotos extraídas do vídeo ou os respectivos links não tem utilidade alguma – salvo enriquecimento sem causa dos autores –, pois continuarão a existir na internet, às centenas ou milhares, o vídeo, as fotos e os links sobre o assunto.

É de conhecimento de qualquer pessoa minimamente integrada ao mundo atual que ocorre essa multiplicação exponencial da informação via internet. A utilização dos mecanismos jurídicos tradicionais, como o desta ação, é completamente inócuo e até mesmo cômico¹³¹.

O trecho destacado abaixo do voto divergente proferido pelo Desembargador Maia da Cunha, no julgamento da tutela antecipada proferida no Agravo de Instrumento n. 472.738-4, também demonstra esse ponto de vista:

Ignorar esta realidade [a velocidade da transmissão de informações da internet] poderá conduzir, não raro, a uma decisão judicial absolutamente inócua, quase surreal, porque enquanto o mundo todo já viu as imagens e leu as notícias (inclusive guardando-as em seu computador pessoal os que as colecionam), e que continuam espalhadas em incontáveis outros sites pelo mundo a fora, acessíveis a qualquer brasileiro, censura-se um provedor brasileiro de manter na sua página eletrônica o que todo mundo já viu e que o mundo inteiro continua mostrando¹³².

¹³¹ Ação Ordinária n.º 583.00.2006.204563-4. Sentença. Juiz de Direito Gustavo Santini Teodoro. Grifou-se.

¹³² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Declaração de voto divergente. Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Renato Auffer Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos *versus* Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Revisor: Des. Maia da Cunha. Julg. 28 set. 2006. Ver: ANEXOS: ANEXO 2 – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE DO DES. MAIA DA CUNHA (REVISOR). Grifou-se.

Essas e outras ordens de idéias externadas nas decisões serão melhor analisadas e confrontadas no próximo capítulo. Antes disso, entretanto, faz-se pertinente investigar, ainda que de forma breve, como se costuma tutelar o direito à intimidade para, a seguir, focar a forma de proteção buscada no caso Cicarelli, e que constitui o foco do presente estudo: a tutela inibitória.

3.2. Tutela jurisdicional do direito à intimidade: mecanismos tradicionalmente utilizados

O artigo 5º, inciso X, da Carta Magna dispõe que a intimidade das pessoas é inviolável – assim como a vida privada, a honra e a imagem –, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrente da violação destes direitos.

A leitura de tal disposição constitucional permite identificar o tipo de tutela mais utilizado para a defesa do direito à intimidade: trata-se da tutela ressarcitória, exercida por meio de ação de indenização, que busca reparar o dano, seja de natureza patrimonial ou moral, sofrido pelo desrespeito ao direito à intimidade da vítima. A responsabilidade civil resultante do exercício da liberdade de comunicação também está prevista nos artigos 49 e seguintes da Lei de Imprensa, e toma por base o artigo 927 do Código Civil, que dispõe sobre o instituto da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana¹³³.

Ainda que não necessariamente haja a necessidade de converter a lesão sofrida em pecúnia, vez que o instituto da responsabilidade civil também permite a reparação *in natura*, em quase a totalidade dos casos busca-se o equivalente em dinheiro para restituir a esfera jurídica abalada do autor.

Entretanto, é possível visualizar uma série de inconvenientes nesse mecanismo, conforme as noções transmitidas no tópico anterior demonstraram. Especificamente em relação à categoria de direitos ora estudada, pertinente recorrer à lição de ARENHART sobre o tema:

Desde logo, parte-se da premissa de que a tutela ofertada pela doutrina dominante – a ação de indenização de danos morais – é imprestável para a tutela dos direitos da personalidade (dentre os quais se situa o direito à vida

¹³³ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel Gomes (Coord.). *Comentários à Lei de Imprensa: Lei 5.250, de 09.02.1967*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 478.

privada). A tentativa de mercantilização e quantificação econômica deste direito reflete a mentalidade ainda vigente, de centrar toda a tutela jurisdicional no domínio econômico e pecuniário. Esta perspectiva, cabível no passado liberal-burguês, não tem sentido em uma sociedade realmente preocupada com os direitos novos, de conteúdo não patrimonial¹³⁴.

Outros juristas alinham-se a esse ponto de vista, como Sérgio Silva MURITIBA, o qual sustenta que a tutela ressarcitória é evidentemente incapaz de garantir ao titular de um direito da personalidade o gozo do bem em questão propriamente. Toma como exemplo o direito à imagem, para destacar que o recebimento de uma soma em dinheiro não protegeria o titular contra o uso indevido de seu retrato, verdadeiro objeto desse direito de personalidade¹³⁵.

É também previsto na Constituição Brasileira o direito de resposta (artigo 5º, inciso V), que consiste, essencialmente, na publicação de uma nota para esclarecer o erro ou corrigir a inverdade. Esse mecanismo ainda está disposto na Lei de Imprensa, em seu artigo 29, assim como o Decreto n.º 52.795/63 (Lei de Radiodifusão), e ele dispensa a existência de abuso da liberdade de imprensa, ou mesmo a ocorrência de algum dano: deve ser concedido sempre que em determinada exposição de fatos haja alguma incorreção, inverdade ou fator que enseje a necessidade de maiores explicações¹³⁶.

Essa providência, em tese, seria extremamente satisfatória, ao permitir que o ofendido pudesse apresentar sua própria versão dos fatos. Tal contraposição de narrativas esclareceria a opinião pública, que poderia compreender melhor o aspecto exposto da vida do ofendido, sempre que suas justificativas fossem plausíveis. Deveria ser até mesmo esperada de um veículo de comunicação certa deturpação da informação sobre a vida privada de determinado sujeito, em razão da atmosfera sensacionalista que paira na sociedade contemporânea. A retirada de contexto de uma imagem, por exemplo, poderia atribuir um tom muito mais interessante à matéria – mas obviamente deixaria de passar a idéia correta da cena ocorrida.

Todavia, constatou-se que esse meio igualmente traz desvantagens consigo. Ocorre que o sensacionalismo gerado pelo veículo de comunicação, em um primeiro

¹³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória...*, p. 22-23.

¹³⁵ MURITIBA, Sérgio Silva. *Op. cit.*, p. 30-31.

¹³⁶ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Comentários...*, p. 351.

momento, não costuma abandonar a memória do público. Se o tom dramático é utilizado para obter audiência, é lógico constatar que o imaginário popular é afeito a esse tipo de abordagem. Em outras palavras, tem-se que o espectador atual prefere acreditar que aquele sujeito, de fato, passou por uma situação extremamente vexatória ou apresentou uma conduta fora dos padrões.

Por isso, verifica-se que o direito de resposta, ao contrário do que abstratamente se poderia conceber, geralmente se mostra ineficaz, já que “o impacto causado pela divulgação do fato ofensivo na mídia dificilmente abandona a mente do público, mesmo após os necessários esclarecimentos do ofendido”¹³⁷.

Até porque, mesmo que os esclarecimentos sejam divulgados no mesmo espaço em que se deu a primeira informação, tem-se que a comunicação social de massas é transmitida de forma selecionada, verdadeiramente filtrada. Os momentos, as conotações, as expectativas e até mesmo os destinatários não são os mesmos. Assim, jamais haveria congruência entre a resposta e a notícia a ser contraditada, pois “cada acto de comunicação de massas [tem] uma trajectória única e incontrolável, que dificilmente pode ser refeita e, muito menos, desfeita”¹³⁸.

Tem-se, por fim, que o meio de comunicação goza de maior credibilidade do que a vítima, já que, a despeito dos freqüentes excessos da mídia, a notícia ainda se reveste de uma conotação de objetividade e distanciamento, enquanto do interessado sempre se espera um depoimento parcial¹³⁹.

De qualquer sorte, em relação ao direito fundamental analisado no presente trabalho – o direito à intimidade – são flagrantes os limites desse instituto: pouco poderia ser dito de forma a desfazer o achaque – em verdade, seria mais provável que a afronta fosse repetida e agravada¹⁴⁰.

Mas os juristas não conceberam somente medidas repressivas: cogita-se da possibilidade de evitar a violação do direito à intimidade. A prática forense, entretanto, majoritariamente acredita que a tutela cautelar é o único instrumento apto a prevenir a violação do direito à intimidade. Medidas como a busca e apreensão,

¹³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória...*, p. 234.

¹³⁸ *Apuđ*: COSTA ANDRADE, Manuel da. *Op. cit.*, p. 66.

¹³⁹ A esse respeito, diz COSTA ANDRADE que a reação mais óbvia dos espectadores, diante da resposta da pessoa ofendida, seria exclamar: “pudera, o que é que ela poderia dizer?”. *Ibid.*, p. 68.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 65.

assim como o seqüestro, evitariam que exemplares fossem comercializados, ou ainda que continuassem disponíveis ao público. Ações cautelares atípicas também poderiam ser utilizadas, caso a situação concreta assim exigisse.

Contudo, mesmo que se conceba a tutela cautelar de acordo com a visão contemporânea¹⁴¹, ela se revela insuficiente contra a ameaça de violação do direito à intimidade, visto que se destina à prevenção do dano, e não do ilícito¹⁴². Ao se pretender evitar a violação do direito à intimidade, o objetivo principal é a precaução contra o ato ilícito, vale reiterar, o que faz com que não seja pertinente perquirir sobre eventual dano decorrente dessa violação. É possível inferir, portanto, que a prova exigida na tutela cautelar é diferente daquela pertinente à tutela inibitória, ainda que ambas sejam voltadas para o futuro. Assim, a tutela cautelar também não se mostra medida adequada ao presente objetivo¹⁴³.

Ainda que ultrapasse o âmbito de estudo da presente monografia, considera-se pertinente lembrar que há a possibilidade de se instaurar uma ação penal a partir da divulgação de um fato da vida privada, pois a conduta violadora pode ser também uma conduta típica, subsumindo-se a hipóteses normativas descritas no Código Penal e na Lei de Imprensa.

Como exemplos, tem-se os crimes de difamação e de violação de comunicação, previstos no Código Penal nos arts. 139 e 151, § 1º, respectivamente. A Lei de Imprensa, em seus arts. 14 a 22, tipifica comportamentos delituosos

¹⁴¹ Parcela significativa da doutrina hoje sustenta que a tutela cautelar destina-se a assegurar direitos, distinguindo-se das demais pela sua função de proteção de um direito aparente submetido a perigo de dano iminente, e não pelo grau (como acreditavam os processualistas clássicos). A medida cautelar tutelaria o direito à tutela do direito – e não simplesmente o direito material. A tutela cautelar se opõe à tutela satisfativa; não é provisória, pois não é propriamente substituída, mas temporária. Preserva a característica da referibilidade, mas à situação cautelandada (situação de direito e ou de fato que precisa de proteção preventiva), e não necessariamente a um outro processo. A esse respeito, ver: SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, vol. 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo cautelar*, vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁴² ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis...*, p. 119-124.

¹⁴³ Joaquim Felipe SPADONI visualiza outras diferenças entre a tutela cautelar e a tutela inibitória – alinhando-se, em verdade, à visão mais conservadora do processo cautelar. O autor sustenta que na ação cautelar pretende-se impedir a violação de um direito processual da parte, pois ataca a ameaça ao direito constitucional de ação e ao devido processo legal. Já a ação inibitória é utilizada para evitar a lesão a um direito material da parte. A tutela inibitória, como ação de conhecimento, é satisfativa, pois previne de forma direta e principal o próprio direito material posto em questão – diferentemente do que faria o provimento cautelar, destinado a “impedir a frustração da atividade jurisdicional desenvolvida em um outro processo dito ‘principal’”. SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007, p. 85-87.

cometidos por abuso da imprensa¹⁴⁴. Alguns desses dispositivos, entretanto, estão com sua eficácia suspensa, por força da liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130¹⁴⁵. De qualquer sorte, novamente, a violação ao direito já terá ocorrido para que seja possível recorrer à tutela penal.

Por fim, seria ainda possível utilizar-se da autotutela para a defesa de direitos da personalidade, como lembra Elimar SZANIAWSKI, uma vez que o sujeito que afastasse pessoalmente a agressão, por demasiada urgência que inviabilizasse o recurso ao Poder Judiciário, poderia ser albergado pelas excludentes de ilicitude da legítima defesa, do exercício regular do direito reconhecido e do estado de necessidade¹⁴⁶. Tal conduta, todavia, somente poderia ser pensada em caráter excepcional, pois o indivíduo que repelisse a agressão poderia passar por diversos transtornos – dentre os quais figurar como réu em demanda de natureza criminal.

Diante do exposto, é possível constatar que nenhum dos mecanismos comumente utilizados para a tutela do direito à intimidade é realmente efetivo. Por essa razão, o próximo ponto destina-se a analisar a tutela inibitória – a qual, por ser especificamente destinada a evitar a prática do ilícito, seria apta a garantir a inviolabilidade do direito à intimidade.

¹⁴⁴ Corresponhia a crime especial de imprensa aquele caracterizado pela intenção de publicidade por meio dos veículos de comunicação referidos no parágrafo único do art. 12 da Lei n. 5.270/67 – os jornais e outras publicações periódicas, os serviços de radiofusão e os serviços noticiosos. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Op. cit.*, p. 204.

¹⁴⁵ Íntegra da decisão proferida na ADPF n.º 130: “O Tribunal, por maioria, conheceu da ação, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Também por maioria, referendou a liminar deferida pelo relator para o efeito de suspender a vigência da expressão “a espetáculos de diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem”, contida na parte inicial do § 2º do artigo 1º; da íntegra dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 65; da expressão “e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa”, constante da parte final do artigo 56; dos §§ 3º e 6º do artigo 57; dos §§ 1º e 2º do artigo 60; da íntegra dos artigos 61, 62, 63 e 64; dos artigos 20, 21, 22 e 23; e dos artigos 51 e 52, todos da Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Vencidos, em parte, os Senhores Ministros Menezes Direito, Eros Grau e Celso de Mello, que, desde logo, suspendiam a vigência de toda a Lei nº 5.250/67, e o Senhor Ministro Marco Aurélio, que negava referendo à liminar. O Tribunal estabeleceu o prazo de cento e oitenta dias, a contar da sessão de hoje, para retorno do feito para julgamento de mérito. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falou pelo argüente o Dr. Miro Teixeira. Plenário, 27.02.2008”.

¹⁴⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 247.

3.3. Tutela inibitória: fundamentos, pressupostos e características em síntese

Conforme já se explicitou anteriormente, não se considera plausível que a sociedade contemporânea eleja o receio de ressarcir o dano causado a outrem¹⁴⁷ como o principal meio de prevenir a violação de direitos reconhecidamente importantes, positivados com destacada precedência na Carta constitucional. O direito processual, em verdade, tem a obrigação de encontrar meios eficazes e aptos a cumprir as promessas efetuadas pelo direito material, a fim de não incorrer em paradoxos não mais admissíveis atualmente¹⁴⁸.

A formalidade deu lugar à substancialidade, tornando inaceitável a mera proclamação de direitos destituídos de salvaguarda concreta. Assim, o Estado não pode garantir como direito fundamental a proteção jurisdicional da ameaça ao direito (artigo 5º, inciso XXXV, CF) sem possibilitar a utilização de instrumentos realmente idôneos para a concretização de tal garantia¹⁴⁹.

¹⁴⁷ ZULIANI esclarece o que se espera das funções preventiva e pedagógica da reparação civil: “Essa vontade de recompor o patrimônio da vítima prejudicado pelo ilícito não é o único atributo de uma sentença condenatória bem executada. Há, sem dúvida, infiltrado na consequência da sentença, um sentimento pedagógico, voltado a despertar a consciência cívica do agente sancionado e do grupo politizado da sociedade, quanto aos efeitos da condenação civil, como se fosse uma mensagem repetitiva da incomensurabilidade da transgressão da ordem jurídica (não ofender, não causar dano). Seria como se o Judiciário estivesse emitindo recados ininterruptos de desestímulo da recidiva, na esperança de que a absorção ou compreensão do mecanismo da reparação, alimentando pela seqüência das indenizações monetariamente significativas e justas, acionasse o sinal sensorial contra a reincidência”. O mesmo autor reconhece, entretanto, que esse mecanismo, na prática, acaba não funcionando como barreira efetiva aos abusos da imprensa. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Op. cit.*, p. 62, p. 92.

Maria Celina Bodin de MORAES, por seu turno, acredita que atribuir tal função à responsabilidade civil desvia o instituto de seu real objetivo. A autora acredita que o arbitramento dos valores referentes à indenização por ato ilícito somente pode levar em consideração escopos de punição, dissuasão, castigo ou prevenção nos seguintes casos: a) quando houver conduta particularmente ultrajante à consciência coletiva; b) quando houver prática danosa reiterada; c) em situações potencialmente causadores de lesões a grande número de pessoas, como nos casos que envolvem interesses coletivos. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263, p. 330-331.

¹⁴⁸ Nesse sentido, afirma MURITIBA: “Finalmente, não nos parece lógico admitir que o direito possa atribuir um bem que somente possa ser alcançado por meio da estrita observância da conduta devida e, ao mesmo tempo, não disponibilizar ao seu titular o recurso à proteção devida, diante da iminência de uma violação. Ter-se-iam, neste caso, ao mesmo tempo, a afirmação e a negação do próprio direito. Afinal, direito que somente possa contar com a vontade humana para se tornar efetivo deixa de ser direito, passando simplesmente a ser uma regra moral”. MURITIBA, Sérgio Silva. *Op. cit.*, p. 34.

¹⁴⁹ A Ministra Fátima Nancy ANDRIGHI sustenta que precisamente esse dispositivo (art. 5º, XXXV, CF) é o maior fundamento da tutela inibitória, pois deixa claro que “além da lesão, também a ameaça ao direito é passível de amparo”. ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Inibitória e Monitória: tutelas diferenciadas*. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, n. 136, ano IV, p. 42-45, set. 2002.

A relevância do estudo de uma forma de tutela voltada contra a probabilidade da prática de um ato contrário ao direito é flagrante, tanto pela importância de seu objetivo (prevenir a violação do direito), quanto pelo fato de seu manejo ser ainda incipiente no cenário jurídico brasileiro¹⁵⁰. Será possível observar, no capítulo seguinte, que essa forma de tutela é vista ainda com desconfiança, bem como confundida com instrumentos processuais clássicos – o que faz com que lhe sejam atribuídos pressupostos inaplicáveis, conseqüências incabíveis e outros equívocos que deturpam o fim para o qual ela foi concebida. Para que tal tarefa possa ser empreendida, entretanto, faz-se mister conhecer, ainda que de maneira rápida, aspectos essenciais desse meio de proteção no plano abstrato.

O artigo 461 do Código de Processo Civil estabelece em seu *caput* que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Já o § 4º do mesmo dispositivo estabelece que o magistrado pode “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

MARINONI e ARENHART acreditam que essa disposição legal (artigo 461, CPC) constitui o fundamento, em termos de instrumento de tutela, da tutela inibitória individual^{151/152}. Vale mencionar, ainda que esteja além do objeto desse estudo, que o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, serve de fundamento para a tutela inibitória coletiva, destinada a prevenir a violação de direitos difusos e coletivos.

¹⁵⁰ Fátima Nancy ANDRIGHI, entretanto, sustenta que “a inibitória, na verdade, não vem a ser uma nova tutela, mas uma revisitação, uma denominação outra de institutos com os quais convivemos há tempos”. *Idem*.

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 442.

¹⁵² TALAMINI manifesta oposição a essa perspectiva. Diz, primeiramente, que “parece mais correto reconhecer que, sob a roupagem daquilo que se quer designar por ‘tutela inibitória’, tem-se ora a aplicação de sanções preventivas, ora de sanções simultâneas, ora, ainda, de sanções repressivas”. A seguir, sustenta que a ação inibitória italiana, que inspirou a construção da doutrina brasileira, é menos abrangente e completa do que a insculpida pelo artigo 461 do CPC. Por fim, diz que a imposição de conduta positiva e a eficácia executiva *lato sensu* não estão abrangidas pelo instituto da tutela inibitória, ao passo que o artigo 461 faz menção a essas técnicas processuais. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: RT, 2001, p. 231-232.

É também pertinente esclarecer que, conforme o próprio *caput* do art. 461 do CPC explicita, a tutela inibitória não se realiza somente por meio de ordem de não fazer, voltada a impedir um comportamento comissivo. Também pode exigir um fazer, diante de omissão que configure ilicitude¹⁵³.

Já em relação ao § 4º do mesmo dispositivo legal, merecem destaque dois aspectos: a) o juiz não está adstrito ao pedido do autor para impor multa diária ao réu; b) o juiz pode determinar providência diversa da pleiteada para tutelar efetivamente o direito material. No emprego de tais poderes-deveres, o magistrado deve nortear-se pelo princípio da efetividade e pelo princípio da necessidade, segundo alertam MARINONI e ARENHART¹⁵⁴.

O princípio da efetividade indica a necessidade de o processo adequar-se à situação material carente de tutela. Sua incidência, portanto, exige uma postura ativa do magistrado, de forma a cominar multa diária, mesmo que o autor não peça, se acreditar que a medida é idônea para impedir a ilicitude.

Por outro lado, o princípio da necessidade leva em consideração a intensidade do dano que a tutela inibitória causará na esfera do demandado. Subdivide-se nos princípios da menor restrição possível e do meio mais idôneo, pois é modalidade especial do princípio da proporcionalidade. É ainda possível relacioná-lo à idéia de proibição do excesso, exigindo a busca do equilíbrio e da justa medida do magistrado. Ou seja: tanto o autor quanto o juiz devem buscar o mecanismo adequado à tutela do direito que corre risco de lesão, mas que provoque o mínimo sacrifício ao réu.

Conforme já se enunciou anteriormente, a tutela inibitória é voltada para o futuro e protege a própria norma jurídica, ao dirigir-se contra o ilícito. Assim, impende ressaltar que o dano não interessa à tutela inibitória – tornando impertinente, portanto, a exigência da comprovação de eventual prejuízo. Tampouco interessa a demonstração da culpa ou do dolo do agente, já que o elemento subjetivo não é fundamento desse tipo de tutela. Tais constatações decorrem do próprio conceito de

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual...*, p. 441.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 443-444.

ilicitude, que dispensa a prova do prejuízo que a violação acarreta e da motivação psicológica do agente¹⁵⁵.

Basta indicar o risco de lesão ao direito. Em outras palavras, a probabilidade da ilicitude, portanto, é o pressuposto principal da tutela inibitória. Tal tutela acaba por evitar a prática do dano, por certo, mas se deve ter em mente que seu alvo é o ilícito, e não o dano, já que o dano é uma consequência que, eventualmente, pode advir do ilícito¹⁵⁶. Nesse sentido, MURITIBA observa que é possível obter tutela jurisdicional plena mesmo sem a verificação de lesão¹⁵⁷. Por outro lado, é também possível considerar que o dano já foi pressuposto pelo legislador, ao atribuir a determinado direito relevância normativa.

Mas a tutela inibitória não visa a tutelar o ilícito em si: pretende evitar que ele ocorra, repita-se ou reitere-se incessantemente¹⁵⁸. A transgressão não é pressuposto de incidência das sanções preventivas, que devem considerar a mera perspectiva de violação para que possam ser realmente efetivas¹⁵⁹.

Aliás, conveniente lembrar que há três modalidades de probabilidade de violação do direito que se pode proteger por meio da ação inibitória: a) prática do ilícito: o ilícito ainda não ocorreu; b) repetição do ilícito: o ilícito já ocorreu, mas pode voltar a se repetir, sendo legítimo recorrer ao Poder Judiciário para evitar novo desrespeito à ordem jurídica; c) reiteração do ilícito: a violação ao direito se protraí no tempo, pois ocorrem periodicamente novas violações, em seqüência¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Tais afirmações correspondem às regras gerais: essas máximas comportam evidentes exceções. Há disposições legais que só são consideradas violadas se o titular do direito sofre prejuízos concreto. Isso ocorre com a regra do artigo 667 do Código Civil: somente se o mandatário ocasionar danos efetivos ao mandante poder-se-á considerar que o primeiro incorreu em ato ilícito. Há ainda regras que exigem a presença do elemento subjetivo intencional para que possam ser tidas como desrespeitadas – como no caso de condutas proibidas que admitem a exceção do estado de necessidade. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis...*, p. 102, p. 113.

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual...*, p. 439.

¹⁵⁷ MURITIBA, Sérgio Silva. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁵⁸ Essa ressalva evidencia ainda mais a impossibilidade de se exigir a demonstração do dano, bem como da culpa ou do dolo, já que se teria de comprovar um futuro prejuízo, ou ainda vindoura imprudência ou intenção consciente. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis...*, p. 128.

¹⁵⁹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 173-174.

¹⁶⁰ Deve-se ter o cuidado de não confundir tal modalidade com a possibilidade de continuação dos **efeitos** do ilícito. Nesse caso, a violação ao direito já ocorreu – seus efeitos, entretanto, persistem no tempo. Pode-se aludir a exemplos para esclarecer a diferença: há continuação do **ato** ilícito quando uma propaganda é veiculada diariamente na televisão, pois se tem uma nova ilicitude a cada vez que o meio de comunicação transmite o comercial contrário ao direito; em contrapartida, há continuação

Geralmente se associa automaticamente à tutela inibitória o uso da sentença mandamental, pois se atribui à técnica processual de ordenar a aptidão para prevenir o ilícito. Entretanto, a tutela inibitória também pode ser levada a efeito por meios executivos que não consideram a vontade do réu: trata-se da tutela inibitória executiva, única alternativa para o caso em que o demandado não detém patrimônio¹⁶¹.

É ainda possível conceber a utilização da tutela inibitória para assegurar o adimplemento de um contrato. Ainda que o inadimplemento não seja propriamente ato ilícito, a ação inibitória pode ser empregada para impedir a descontinuação do cumprimento do negócio jurídico¹⁶².

Considerando que a urgência é praticamente ínsita à necessidade de prevenção da ilicitude, a técnica da antecipação de tutela revela-se fundamental para a ação inibitória. O decurso do tempo, que ocasiona o perecimento de inúmeros direitos, obviamente é ainda mais implacável para a pretensão que se pretende albergar com a tutela inibitória. Por ser voltada para o futuro, freqüentemente a efetividade dessa tutela dependerá da possibilidade de sua antecipação¹⁶³.

Merece destaque o fato de que a atenção às peculiaridades das diferentes situações concretas, da qual se falou acima como corolário da efetividade do processo, não poderia deixar de dizer respeito à distribuição do tempo no processo. Atribuir neutralidade ao tempo no processo é ignorar a igualdade substancial que se almeja obter em relação aos sujeitos do processo. Negar a antecipação de tutela ao autor que tem razão atribui vantagem injustificada ao réu e dano marginal ao autor, destituindo o procedimento de lógica¹⁶⁴.

dos **efeitos do ato** ilícito no caso de um outdoor, o qual viola direito de outrem, que permanece instalado em determinado local – a ilicitude já ocorreu, de tal forma que a permanência do elemento gráfico ilícito como visível configura permanência dos efeitos do ato ilícito, dentre os quais pode figurar o dano. O assunto será analisado novamente ao fim desse tópico, já que a tutela inibitória só é adequada ao ato ilícito continuado, pois para remover os efeitos do ato ilícito é adequada a tutela reintegratória, na modalidade de remoção do ilícito.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual...*, p. 446.

¹⁶² *Ibid.*, p. 447.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória...*, p. 182.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 188.

Tecnicamente, a ação inibitória antecipada toma por base o artigo 461, § 3º do Código de Processo Civil¹⁶⁵, uma vez que leva em consideração a idéia de obrigação, o que a permite pautar-se no dispositivo referido. Por óbvio, faz-se necessário demonstrar a probabilidade da ilicitude – a qual deve ser compreendida como possibilidade de ato contrário ao direito, e não de dano – e o justificado receio de que o ilícito possa ser praticado no decorrer do processo¹⁶⁶.

Por fim, considera-se necessário aludir a critérios que permitem, com considerável segurança, diferenciar a tutela inibitória das tutelas ressarcitória e reintegratória.

Conforme já se explicitou anteriormente, diz respeito à tutela inibitória a categoria do ilícito, e não do dano. Partindo dessa premissa, não parece difícil distinguir a tutela inibitória da tutela ressarcitória: a primeira é voltada à prevenção de uma conduta contrária ao direito; a segunda destina-se a reparar um dano ressarcível – seja por meio de direito pecuniário equivalente ao lesado, seja com a prestação de uma coisa ou de uma atividade específica para o caso concreto¹⁶⁷.

Diferenciar a tutela inibitória da tutela de remoção do ilícito já é tarefa um pouco mais complexa. Dentro dos limites do presente estudo, considera-se importante esclarecer que ambas se voltam contra o ilícito, e não contra o dano, e que a tutela de remoção do ilícito, tipo de tutela reintegratória, destina-se a impedir o prosseguimento dos efeitos da violação do direito já ocorrida, enquanto a tutela inibitória pretende impedir a ocorrência ou a continuação dos atos ilícitos. MARINONI reconhece a existência de “zona de penumbra”¹⁶⁸ entre esses dois tipos de tutela, mas acredita que é possível evitar a confusão entre ambas, de acordo com os parâmetros descritos¹⁶⁹.

¹⁶⁵ O artigo 461, § 3º, CPC, assim dispõe: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória...*, p. 190.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 462.

¹⁶⁸ Tais zonas de penumbra diriam respeito aos casos de ato ilícito continuado. Diferenciar a necessidade de cessação dos efeitos do ato ilícito, que requer tutela reintegratória de remoção do ilícito, da cessação do próprio ato ilícito que se protraí no tempo, que demanda tutela inibitória, pode ser tarefa dificultosa em caso concreto. Entretanto, conforme os esclarecimentos já efetuados na nota de rodapé de n. 160, a diferenciação entre ato e efeito, no caso concreto, pode trazer luz à questão.

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 484-485.

Por derradeiro, considera-se pertinente analisar a seguinte questão: seria possível cumular uma ação inibitória a outra de conteúdo diverso – como de reparação de eventuais danos?

ARENHART acredita que sim, seria possível efetuar tal cumulação, uma vez atendidos os critérios estabelecidos no artigo 292 do Código de Processo Civil¹⁷⁰. Considera, entretanto, que tal junção seria inadequada, pois retiraria grande parte da utilidade da ação inibitória. Explica-se: conforme visto, a tutela inibitória dispensa a cogitação de dano ou culpa – pressupostos que, em caso de ressarcimento, por exemplo, fazem-se necessários, tornando a fase de instrução bem mais complexa¹⁷¹.

A fim de esclarecer os pontos destacados nesse tópico em relação à tutela inibitória, vale retomar que: a) seu fundamento legal, para o tipo individual, é o artigo 461 do Código de Processo Civil; b) como diretrizes de sua aplicação devem-se tomar o princípio da efetividade e o princípio da necessidade; c) seu pressuposto principal é a probabilidade da prática, da repetição ou da reiteração de um ato ilícito; d) as técnicas processuais que lhe são pertinentes são os provimentos mandamental e executivo *lato sensu*, bem como a antecipação de tutela.

Passa-se então à análise do caso Cicarelli, cerne da presente pesquisa.

¹⁷⁰ “Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:

I - que os pedidos sejam compatíveis entre si;

II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.”

¹⁷¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis...*, p. 111-112.

CAPÍTULO IV – A UTILIZAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA DO DIREITO À INTIMIDADE A PARTIR DO CASO CICARELLI: LIMITES E POSSIBILIDADES FRENTE À LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

4.1. Manejo da tutela inibitória no caso Cicarelli: análise do ponto de vista processual

No caso escolhido para análise, os autores utilizaram-se de ação inibitória individual e das técnicas processuais da sentença mandamental e da antecipação de tutela, com o fim de obstar a continuação de ato supostamente ilícito – a divulgação na rede mundial de computadores de imagens não autorizadas, que retratam momentos íntimos desfrutados pelos autores à beira-mar. A partir das decisões judiciais proferidas no caso, a presente análise enfocará os seguintes aspectos: a) os pressupostos da tutela inibitória e a comparação desta a outros tipos de tutelas; b) a antecipação da tutela inibitória e os requisitos para sua concessão; c) particularidades atinentes à multa como meio de coerção voltado à atuação da tutela inibitória; d) o destino da liminar que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela inibitória face à sentença de improcedência.

4.1.1. Pressupostos da tutela inibitória e características distintivas

Na decisão liminar do Agravo de Instrumento n.º 472.738-4, o Desembargador Relator Ênio Santarelli Zuliani expôs o seu conhecimento sobre o tema da tutela inibitória, explicando que o seu uso é adequado à proteção de direitos fundamentais. Os conceitos expostos por ele estão de acordo com o entendimento da doutrina contemporânea, exposto no capítulo anterior: o magistrado indicou o dispositivo que realmente serve de fundamento legal para a tutela inibitória, diferenciou-a adequadamente da tutela ressarcitória e destacou as vantagens oferecidas por esse mecanismo processual¹⁷².

¹⁷² Transcreve-se trecho do voto do Relator: “A tutela inibitória que está modelada no art. 461, do CPC, foi introduzida no sistema brasileiro para contornar os efeitos da crise do processo de conhecimento [condenatório]. A opção por perdas e danos [tutela ressarcitória] nem sempre atende os interesses imediatos dos titulares do direito subjetivo, pelo que a demora na solução do pedido poderá recrudescer ou ampliar o dano que se busca reparar, inviabilizando a ideologia da satisfação integral do lesado. Daí a necessidade de interditar, bloquear a expectativa de concretização de dano iminente ou paralisar a sua continuidade. Para LUIZ GUILHERME MARINONI, cuja previsão de três

Em contrapartida, o juiz de 1º grau Gustavo Santini Teodoro equiparou as tutelas ressarcitória e inibitória em sua sentença, ao dizer que seriam plenamente aplicáveis ao presente caso os fundamentos utilizados no julgamento do Recurso Especial nº 595.600 – SC (Quarta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 18 de março de 2004)¹⁷³.

Observa-se, entretanto, que o pedido de indenização busca reparar pecuniariamente os prejuízos decorrentes de violação ao direito. Para que a reparação seja julgada procedente, devem restar demonstrados a conduta ilícita do agente, a conduta danosa expendida contra o ofendido e o nexo causal entre a causa ilícita e o efeito prejudicante¹⁷⁴. Já a tutela inibitória, por se voltar diretamente contra o ato contrário ao direito, exige a comprovação – a qual geralmente se dá a partir de indícios, por meio de presunções, por ser tutela voltada para o futuro – da probabilidade da ocorrência e da ilicitude de ato do réu.

No presente caso, em que o ato ilícito já ocorreu, é possível examinar com maior facilidade se há probabilidade de que continuem acontecendo lesões a direitos, por meio da análise desses atos anteriormente praticados. Já tendo ocorrido

anos para o término de um processo é bem otimista, afirma que, 'se alguém teme que seu direito à imagem seja violado, continue a ser violado ou seja novamente violado, não pode se dar ao luxo de esperar o tempo necessário ao trânsito em julgado da sentença cominatória' [Tutela inibitória, RT, 1998, p. 70].

A doutrina é uníssona em reconhecer a utilidade da tutela inibitória em casos de ofensa ao direito à imagem por meios de comunicação, até porque isso está previsto no art. 12 e 21, do Código Civil". Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Antecipação da tutela. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

¹⁷³ Assim afirmou o d. juiz de 1º grau: "Bem por isso é que também se mostra irrelevante o fato de o precedente ser relativo a ação de indenização, enquanto o caso sub judice trata-se de uma ação dita inibitória, que objetiva obrigar os réus a cessarem imediatamente, sob pena de multa diária, a exibição do vídeo e das fotos dele extraídas, seja diretamente ou via links. O fundamento das duas pretensões é o mesmo. O titular do direito violado, sob o argumento do descumprimento daquele dever, pode buscar, em tese, tanto a indenização quanto a condenação na obrigação de não mais divulgar a imagem". Ação Ordinária n.º 583.00.2006.204563-4. Sentença. Juiz de Direito Gustavo Santini Teodoro.

¹⁷⁴ Fernando NORONHA diz que os pressupostos do dever de indenizar são: a) a existência de um fato antijurídico; b) imputável a alguém – seja por culpa, seja por ter ocorrido em atividade realizada no interesse dela; c) ocorrência de danos; d) que esses danos sejam juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado (ou, excepcionalmente, constitua risco da atividade do responsável); e) inserção dos danos no âmbito de função de proteção da norma violada. Mas o autor esclarece, mais à frente, que o primeiro e o último requisito acabam manifestando menor importância prática, de tal forma que são realmente importantes o dano, o nexo de imputação e o nexo de causalidade para a configuração da responsabilidade civil. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 468-469.

a conduta, portanto, mais claramente se pode perceber se ela é contrária ao ordenamento jurídico, e se tal ilicitude se perpetraria no tempo¹⁷⁵.

É possível constatar, a partir dessas afirmações e do que foi descrito no capítulo III, que do ponto de vista processual não é possível equiparar tais tutelas, sob pena de se retirar grande parte da utilidade, e mesmo da efetividade, da ação inibitória¹⁷⁶.

Observa-se, entretanto, que o próprio Relator, mais à frente, acabou incorrendo em erro ao aludir à probabilidade de grave culpa da parte ré¹⁷⁷, pois a culpa não pode ser considerada pressuposto para o deferimento da tutela inibitória, essencialmente por duas razões: a) seu único objetivo é impedir a ocorrência do ilícito, e não punir aquele que pode vir a praticar ou já vem praticando o ilícito¹⁷⁸, e b) não há como valorar o elemento subjetivo de uma conduta que poderá ser levada a efeito no futuro – considerando que a ameaça do ilícito já é suficiente para concessão da tutela em questão¹⁷⁹. É conveniente e adequado, portanto, dispensar a demonstração de culpa da parte ré e voltar o foco ao fato do agente, à sua atuação¹⁸⁰ – o que pode atribuir maior celeridade à prestação jurisdicional.

O Relator também deu azo à certa confusão no Acórdão referente à Apelação Cível n.º 556.090.4/4-00, interposta por Cicarelli e Malzoni Filho. Disse o desembargador em seu voto que “a tutela inibitória é apropriada para **remover o ilícito**, ainda que se imponha o dever de instalar equipamentos para tal fim”¹⁸¹. Ocorre que a remoção do ilícito, em verdade, é função da tutela reintegratória,

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória...*, p. 56-57.

¹⁷⁶ Pode a parte interessada, entretanto, cumular a pretensão inibitória com a pretensão indenizatória, com o fim de reunir as discussões em um único feito, privilegiando a economia processual – ainda que em provável detrimento da restrição da cognição judicial e da aceleração do processo, conforme já se comentou em capítulo anterior. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória...*, p. 155.

¹⁷⁷ O Desembargador fez essa menção com o fito de justificar o valor atribuído à *astreinte*, medida coercitiva utilizada para fazer com que os réus cumpram voluntariamente a ordem judicial.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória...*, p. 39.

¹⁷⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis...*, p. 115-114.

¹⁸⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007, p. 57.

¹⁸¹ Apelação Cível n.º 556.090.4-4. Acórdão. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator). Destacou-se.

conforme já se enunciou na seção 2.3. desse estudo. Cabe retomar algumas dessas considerações, a fim de esclarecer a perspectiva ora adotada.

Tanto a tutela inibitória quanto a tutela reintegratória voltam-se contra o ilícito, e não contra o dano. A primeira, entretanto, volta-se contra a reiteração do próprio ato ilícito, enquanto a segunda ataca os efeitos produzidos pela violação a direitos – a qual já ocorreu e está no passado, o que atribui caráter **repressivo** contra o ilícito à tutela reintegratória, distinguindo-a da tutela inibitória, de feição preventiva¹⁸².

No presente caso, é nítido que o provimento faz frente ao **ato ilícito** propriamente dito, pois obsta novas veiculações do vídeo – as quais, em si mesmas, violam os direitos de personalidade dos autores. A violação não ficou no passado – ela se projeta para o futuro, por se repetir. Provavelmente, o Desembargador Zuliani utilizou a expressão para transmitir a idéia de que a tutela inibitória destina-se a evitar novas violações a direito – mas deveria ter escolhido palavras diferentes para essa finalidade, pois a tutela reintegratória que se destina a remover os efeitos do ato ilícito é precisamente intitulada de “tutela de remoção do ilícito”.

4.1.2. Antecipação da tutela inibitória: verossimilhança e perigo da demora

A análise da decisão liminar do Agravo de Instrumento 472.738-4 suscita o tema da tutela inibitória antecipada. O Relator expôs que os seguintes fundamentos albergavam a concessão da antecipação dos efeitos da tutela: verossimilhança da ausência de autorização da divulgação das imagens pelos envolvidos e perigo de que o direito não fosse integralmente satisfeito caso se aguardasse pelo provimento final.

O artigo 461 do CPC, em seu § 3º¹⁸³, oferece o fundamento legal para a tutela inibitória antecipada individual. Tal dispositivo pode ainda ser complementado¹⁸⁴ pelas disposições do art. 273 do mesmo diploma legal¹⁸⁵.

¹⁸² ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis...*, p. 133-136.

¹⁸³ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

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

A exigência de demonstração da verossimilhança da alegação faz com que o requerente tenha de evidenciar que provavelmente será vítima de ato contrário ao direito para a concessão do provimento. Não se pode olvidar, entretanto, que é também necessário comprovar o justificado receio de ineficácia do provimento final – ou seja, a possibilidade de que o ilícito seja praticado antes que se possa efetivar a sentença.

No caso em tela, o Relator considerou o fundamento da demanda relevante ao presumir que não houve consentimento para a publicação dos filmes e fotografias em *web sites*. Em contrapartida, o Revisor, ao declarar seu voto divergente, presumiu em sentido contrário: por se tratarem de pessoas famosas, que se expuseram em local público despreocupadamente, considerou a existência de “uma prévia e tácita autorização para filmagem e veiculação”¹⁸⁶.

ARENHART, todavia, sustenta que quando estão em jogo direitos de personalidade – como ocorre no caso Cicarelli – a mera afirmação dos direitos já indica a presença de verossimilhança nas alegações. Mas o jurista salienta que em

¹⁸⁴ Há, entretanto, quem considere que somente em caráter subsidiário seria o art. 273 aplicável à tutela inibitória – a exemplo de SPADONI, que ao comparar os dois preceitos legais, destaca dois pontos: a) o artigo 461, § 3º não é tão rígido quanto o artigo 273, pois o primeiro não exige a demonstração de prova inequívoca do fato; b) o artigo 273 trata do tema da antecipação de tutela de forma mais completa que o artigo 461, logo a aplicação subsidiária do primeiro dispositivo pode revelar-se, de fato, necessária. SPADONI, Joaquim Felipe. *Op. cit.*, p. 143.

¹⁸⁵ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

¹⁸⁶ Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Antecipação da tutela. Declaração de voto divergente Des. Maia da Cunha (Revisor).

caso de conflito de direitos fundamentais, o panorama pode ser diverso¹⁸⁷. O embate entre o direito à intimidade e a liberdade de comunicação será objeto de análise do próximo tópico.

O Desembargador Relator Ênio Zuliani também disse que a repercussão ruim no ambiente de trabalho dos autores corroborava a necessidade da antecipação dos efeitos da tutela inibitória; mas a seguir asseverou que, em verdade, não importava comprovar a veracidade da repercussão referida: era fundamental preservar os direitos tutelados pela Constituição Federal, os quais remetem à dignidade da pessoa humana.

De fato, não é necessário demonstrar a ocorrência de efeitos ruins – quer já se façam presentes, quer venham a ocorrer –, provenientes da violação do direito, porque a tutela inibitória volta-se contra o ilícito¹⁸⁸. Assim, somente se pode pensar em aludir a eventuais danos como reforço de argumentação, pois não pode o magistrado exigir a demonstração de quaisquer implicações do ilícito para conceder a tutela¹⁸⁹.

Já o justificado receio de ineficácia do provimento final restou demonstrado, segundo o Relator, pelo fato de o litígio dizer respeito a “uma situação em que as providências de citação agravariam o risco de dano”¹⁹⁰. O Desembargador Revisor Maia da Cunha, por seu turno, vislumbrou o *periculum in mora* inverso: disse que havia risco de se ferir a liberdade de informação, igualmente direito fundamental garantido pela Carta Magna, caso fossem antecipados os efeitos da tutela pretendida de forma injustificada. Alegou que os autores poderiam buscar a reparação *a posteriori*, pela via pecuniária, caso se verificasse a existência de violação a direito, e que as imagens já faziam parte da rede mundial de

¹⁸⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória...*, p. 120.

¹⁸⁸ Vale recorrer ao pensamento de ARENHART para melhor explicitar o raciocínio desenvolvido: “Totalmente desnecessária, portanto, é, em uma ação inibitória, a referência à efetiva ou à futura presença de dano na conduta que se pretende evitar. Basta a demonstração de que a conduta descrita viola alguma norma jurídica para que a tutela contra o ilícito seja cabível. Qualquer outro elemento é impertinente à demanda e ao conteúdo da cognição judicial, devendo ser evitado”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis...*, p. 111.

¹⁸⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Op. cit.*, p. 61.

¹⁹⁰ Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Antecipação da tutela. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

computadores – disponíveis a todos, portanto, restando inútil proibir a veiculação em determinados domínios.

É ínsita à tutela inibitória que visa cessar a ilicitude a possibilidade de se conceder a antecipação do provimento final, mesmo antes de ser ouvida a parte contrária, já que ela se destina precisamente a obstar a perpetuação da lesão a direitos no tempo. Assim, o cotejo entre a situação concreta e o momento previsto para o juízo exauriente com grande probabilidade mostrará que a medida final será ineficaz ou não atingirá plenamente o seu objetivo em situações desse tipo.

A divergência entre os magistrados ocorreu por outra razão, em verdade: Ênio Santarelli Zuliani partiu do pressuposto de que houve violação a direitos de personalidade dos autores, já Maia Cunha e Carlos Teixeira Leite Filho¹⁹¹ acreditaram que as condutas de Cicarelli e Tato Malzoni indicaram que houve renúncia a esses direitos.

Vale destacar que o magistrado aludiu ao artigo 335 do Código de Processo Civil¹⁹² para embasar seu raciocínio em relação ao primeiro fundamento, dando a entender que, segundo indicação das regras da experiência, “até prova em contrário, é permitido presumir que [os postulantes] não autorizaram que seus momentos de intimidade fossem divulgados pelo mundo todo”¹⁹³.

Segundo Cândido DINAMARCO, esse dispositivo permite que o juiz decida de acordo com a sua cultura, como intérprete dos valores e dos acontecimentos da

¹⁹¹ O Desembargador Carlos Teixeira Leite Filho, ainda que tenha concordado com o Relator, fez questão de declarar seu voto na decisão liminar do Agravo de Instrumento 472.738-4. Asseverou que se alinhou à perspectiva do Desembargador Zuliani pela proporção que o caso tomou, sendo necessária a imposição de limites à reiteração da divulgação sensacionalista das imagens. Mas ressaltou que os autores teriam se aproximado à renúncia do direito à privacidade, pois sabiam do risco que corriam ao se expor em local público, e que talvez não seja plausível obrigar os agravados a não veicular imagens que provavelmente se encontram em diversos outros sites, apenas por eles terem sido os primeiros a divulgá-las. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Declaração de voto. Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos *versus* Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Vogal: Des. Carlos Teixeira Leite Filho. Julg. 28 set. 2006. Ver: ANEXOS: ANEXO 3 – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. DECLARAÇÃO DE VOTO DO DES. CARLOS TEIXEIRA LEITE FILHO (VOGAL).

¹⁹² “Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

¹⁹³ Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Antecipação da tutela. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

sociedade em que vive, a fim de que a jurisdição não ignore o bom senso do homem médio¹⁹⁴.

O mesmo jurista atribui dois sentidos a essa presunção: o uso da experiência ordinária, inerente à vida cotidiana, e a utilização da experiência técnica razoavelmente acessível a leigos – aquela própria ao sujeito comum, portanto. Esses dois mecanismos permitem que o juiz aceite como verdadeira a alegação de um fato relevante para o deslinde do litígio, desde que haja a demonstração de outro fato que revele a provável presença do principal – o indício. Assim, a máxima da experiência se projeta sobre o objeto da prova, dispensando a demonstração do fato presumido¹⁹⁵.

Por outro lado, constata-se que a partir dessa mesma premissa – máximas da experiência – o Desembargador Maia da Cunha considerou inexistente a verossimilhança, conforme restou explicitado acima. Presumiu nesse mesmo sentido, ainda que tenha acompanhado o Relator, o Desembargador Carlos Teixeira Leite, o qual aludiu ao famoso casamento da autora Daniella Cicarelli com o jogador de futebol Ronaldo Nazário para justificar sua posição. Ocorre que, na referida celebração, Cicarelli proibiu que os convidados entrassem no local – o Castelo de Chantilly – com seus aparelhos de telefone celular, a fim de evitar a obtenção de imagens não autorizadas e não consentidas. Assim, o desembargador entendeu que se a apresentadora quisesse, de fato, evitar a captação de suas imagens, teria se precavido¹⁹⁶.

Por certo, a produção de prova na tutela inibitória deve ser vista de forma diversa, por sua finalidade de prevenção. Nesse sentido, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela aparece como solução conciliatória entre a impossibilidade de se exigir a prova da ameaça de violação e a isenção de necessidade probatória, pois não permite que a pretensão do autor se torne inútil ao aceitar a demonstração da **aparência** de ameaça¹⁹⁷. O presente caso, entretanto, é

¹⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do direito processual civil*, vol. III. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 122.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 122-125.

¹⁹⁶ Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Antecipação da tutela. Declaração de Voto do Des. Carlos Teixeira Leite Filho (Vogal).

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento...*, p. 309-310.

peculiar tanto por versar sobre ato ilícito que já teria ocorrido, mas que continuaria sucessivamente a acontecer, quanto pelo fato de o comportamento de um dos autores poder ser livremente invocado para a formação do convencimento do magistrado, já que vários fatos de sua vida privada tornaram-se de conhecimento público.

4.1.3. Multa coercitiva: finalidade, arbitramento, forma e momento de imposição, destinatário

A fim de antecipar a tutela pleiteada, o Relator determinou que as requeridas (Youtube Inc., IG – Internet Group do Brasil Ltda. e Organizações Globo de Comunicação) impedissem o acesso ao filme e às fotografias que retratassem a cena do casal. Em caso de descumprimento, cada uma delas arcaria com multa diária de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinqüenta mil reais).

O Desembargador Zuliani explicou que o montante arbitrado funda-se em duas razões: a forte tendência de ser considerada grave a culpa daqueles que publicaram as cenas íntimas e as vantagens que as requeridas aufeririam com a divulgação de imagens íntimas envolvendo uma pessoa famosa. O douto magistrado, portanto, sustentou que a providência judicial poderia se tornar inócua se a sanção pelo descumprimento não superasse os benefícios que seriam obtidos com a veiculação, algo que não seria admissível em razão da gravidade da conduta perpetrada pela agravada.

A referida multa pecuniária é também conhecida como *astreinte*, instrumento que coage o devedor a adimplir uma determinada obrigação, resultante de decisão judicial – ou seja, o magistrado comina uma determinada soma em dinheiro como sanção ao devedor que descumpra o mandamento judicial. Assim, entre pagar determinado valor pecuniário ou cumprir o mandamento do juiz, pretende-se que o sujeito, voluntariamente, opte pela segunda alternativa.

A multa tem função própria: não se destina a compensar os danos causados pelo descumprimento, mas sim a “agregar coerção à ordem judicial, significando mera potencialidade do prejuízo”¹⁹⁸, pois será devida somente se houver inadimplemento. Por isso, a multa é exigível independentemente de eventual dano

¹⁹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória...*, p. 193.

que tenha decorrido do desrespeito à ordem, pois do contrário a tutela inibitória perderia sua função, convertendo-se em perdas e danos se assim preferisse o infrator. Vale lembrar que a redação atual do artigo 461 do Código de Processo Civil¹⁹⁹ permite concluir que a multa pode até mesmo exceder o valor pecuniário da prestação em questão.

A fim de que a multa cumpra a finalidade acima descrita, deve-se dedicar muita atenção ao montante fixado. O valor não pode ser pequeno, de forma a ser superado pelo ganho com a conduta violadora de direitos, mas também não pode ser vultuoso, ao ponto de o devedor jamais poder arcar com ela ou saber que ela dificilmente seria efetivamente cobrada.

O potencial intimidador, para ARENHART, deve ser o elemento valorativo para o arbitramento do montante. Partindo dessa idéia, evidenciam-se os seguintes critérios: “capacidade econômica do sujeito passivo da ordem, sua capacidade de suportar (ou não) a pena pecuniária, bem como, eventualmente, sua possibilidade de absorver os impactos de publicação da *astreinte*”²⁰⁰. Considerando tais fatores, é possível encontrar o valor adequado da multa para diferentes situações, que vão desde uma empresa com grande poderio econômico até sociedades insolventes ou que possam repassar esses custos ao consumidor final. Isso porque, além da efetividade da medida coercitiva, deve-se sempre procurar o menor sacrifício ao demandado.

No presente litígio, o sujeito passivo da ordem é uma sociedade de grande capital, conforme já se explicitou no capítulo I desse estudo, que obtém lucros com a publicidade que veicula – e não por conceder espaço para a publicação das imagens ou acesso aos usuários. Assim, tem substancial capacidade financeira para arcar

¹⁹⁹ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

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

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

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

²⁰⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 195.

com esses valores sozinha, sendo difícil conceber que repassasse o montante aos internautas ou demais terceiros. Pela polêmica gerada com o caso, o próprio Desembargador Ênio Zuliani fez questão de melhor expor os fundamentos que o levaram a estipular o valor mencionada à multa:

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

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

Embora tal fato tenha sido colhido da imprensa, não deixa de ser relevante para manter o valor arbitrado diante do poder financeiro do ré, sob pena de a sentença ser descumprida e, a multa, ridicularizada²⁰¹.

A periodicidade estabelecida pelo Relator para a multa, devida por dia de descumprimento da ordem judicial, revela-se igualmente adequada por duas razões. A uma, porque o sujeito passivo é estimulado a persistir na busca por meios de obedecer ao mandamento, cada vez mais rapidamente, pois deverá um montante maior a cada dia de inércia. A duas, pois mais e mais pessoas veriam as imagens à medida que elas continuassem disponíveis – de tal forma que o direito seria mais profundamente atingido com o decorrer do tempo²⁰².

²⁰¹ Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Manutenção da Tutela Antecipada. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator). Grifou-se.

²⁰² Pertinente notar que apesar de a redação do artigo 461 do Código de Processo Civil parecer restringir o juiz a cominar multa apenas com periodicidade diária, somente nos casos em que há reiteração do ilícito esse espaço temporal seria realmente eficaz. Quando se deseja impedir a prática ou evitar a eventual repetição de um ilícito, a imposição de um valor fixo seria a única resposta lógica, de acordo com MARINONI, se o juiz optar pela multa como medida coercitiva. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória...*, p. 221.

ARENHART, entretanto, atenta para o fato de que a tutela inibitória pode exigir a adoção de alguma conduta positiva – nesse caso, a multa diária seria efetiva, ainda que não se quisesse combater a reiteração do ilícito. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis...*, p. 225-226.

Em verdade, o pensamento desses dois autores converge para a importante idéia de que a multa deve ser vista como técnica coercitiva maleável, a fim de que contribua efetivamente ao cumprimento das decisões judiciais.

De qualquer sorte, pertinente lembrar que a multa é apenas uma possibilidade dentre os meios coercitivos que o juiz pode utilizar – a necessidade indicará a opção mais efetiva²⁰³.

Ainda a respeito da multa, é interessante aludir a mais uma discussão travada entre juízo *a quo* e juízo *ad quem*: na sentença de improcedência, o magistrado Gustavo Santini Teodoro julgou prejudicado o valor da multa cominada, destacando que a cognição exauriente prepondera sobre o juízo sumário e provisório da decisão liminar; em voto vencedor, proferido no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3, sustenta o Desembargador Ênio Zuliani que os valores referentes à multa persistem como devidos ao Autor, atentando ainda para a possibilidade de um maior montante vir a ser devido se a parte ré não cumprir a ordem.

Tal divergência permite cogitar: caso o acórdão viesse a confirmar a sentença, decidindo pela improcedência do pedido dos autores, os valores ainda seriam devidos?

MARINONI assevera que o autor não pode ser beneficiado quando o próprio Estado conclui que ele não tem razão. O jurista não acredita que a multa perca, por essa razão, sua força coercitiva, pois a ameaça do pagamento da multa continua a existir, já que ninguém pode ter a certeza de qual será o julgamento definitivo²⁰⁴. Coaduna-se a essa perspectiva Eduardo TALAMINI, que afirma inclusive que o autor teria de devolver os valores recebidos a título de multa, caso em via recursal ou ação de impugnação fosse definido que ele não tem direito à tutela pretendida. Diz que a alusão à autoridade do juiz, em si mesma, não tem razão de ser, pois o poder-dever jurisdicional só se justifica na medida em que ampara quem tem razão²⁰⁵.

Mas há fortes argumentos que sustentam entendimento diverso, vale salientar – ao qual parece se inclinar o Relator, conforme a leitura da decisão permite inferir. Nesse outro sentido, ARENHART defende a idéia de que a multa, ainda que fixada provisoriamente em decisão liminar, é exigível mesmo em caso de improcedência

²⁰³ O artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil, “ao conferir ao juiz um amplo poder para a determinação das modalidades executivas adequadas às diversas situações conflitivas concretas, quebra o princípio da tipicidade das formas executivas” – ou seja, abandona a garantia de que todos os meios de execução devam estar previstos em lei a fim de permitir que o magistrado escolha a medida adequada a cada caso concreto. Rompeu-se, portanto, com o princípio da tipicidade das medidas executivas. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória...*, p. 229-230.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 225-226.

²⁰⁵ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 255.

final da ação, uma vez que ela se destina a garantir a obediência a uma ordem judicial. Ou seja, está em questão a própria autoridade do Estado, e não a procedência do direito de um dos litigantes. Assim, não há que se vincular a exigência da *astreinte* ao resultado final do processo: sendo a ordem válida em sentido formal – ou seja, de acordo com os requisitos formais estabelecidos em lei para a espécie de decisão em questão – ela deve ser cumprida, sob pena de tais provimentos provisórios, tão importantes na realidade atual, tornarem-se inefetivos²⁰⁶.

Alinhando-se a essa perspectiva, SPADONI destaca os seguintes argumentos: a) a exigibilidade da multa é desvinculada da relação jurídica de direito material, pois o que a autoriza é a violação da ordem do juiz; b) a sentença e o acórdão têm eficácia *ex nunc*, logo não podem elidir o estado de ilegalidade em que incorreu o réu quando do descumprimento da decisão²⁰⁷.

O Relator ainda permitiu que o agravante²⁰⁸ Tato Malzoni procedesse à execução para receber os valores correspondentes à multa devida pelo descumprimento da decisão – desde que comprovasse que o Youtube LCC realmente desrespeitou a ordem. Para SPADONI, é correto desvincular a cobrança da multa do trânsito em julgado da decisão, pois do contrário seu poder de coerção restaria debilitado²⁰⁹.

²⁰⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória...*, p. 202-203.

²⁰⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. *Op. cit.*, p. 192-193.

²⁰⁸ Sobre o assunto do beneficiário da multa, é interessante externar o posicionamento de MARINONI, que apesar de reconhecer que os valores destinam-se ao autor, observa que estes não compensarão adequadamente a violação do direito. A verdadeira finalidade da sua fixação da multa é única e tão somente garantir a efetividade da tutela jurisdicional, pela ameaça de gravame que traz consigo – logo ela não poderia funcionar como um *plus* indenizatório. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória...*, p. 221-222.

Perspectiva diversa manifesta Eduardo TALAMINI, ao enumerar os seguintes fatores favoráveis em o beneficiário da multa ser o autor: a) maior rapidez na cobrança do crédito, o que aumentaria a aptidão de a multa pressionar psicologicamente o sujeito passivo; b) possibilidade de utilização do crédito da multa em eventual composição com o adversário. TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 258.

²⁰⁹ A fim de melhor explicitar essa afirmação, vale recorrer às palavras do jurista: “Ciente de que a pena pecuniária a que estará submetido só poderá ser cobrada após longo período de tramitação do processo, e apenas se a decisão definitiva for de procedência, o réu pode entender ser mais vantajoso descumprir agora o preceito judicial e disso tirar lucros e proveitos certos e atuais, e assumir o risco de posteriormente ser obrigado a pagar a multa determinada”. SPADONI, Joaquim Felipe. *Op. cit.*, p. 194.

Pertinente lembrar que o acórdão, de fato, reformou a sentença proferida pelo Juiz Gustavo Santini Teodoro, reiterando que os valores da multa coercitiva persistiam como devidos pelo Youtube²¹⁰.

4.1.4. Eficácia da tutela inibitória antecipada face à sentença de improcedência

O último assunto cuja análise é pertinente ao presente tópico gira em torno da oposição de opiniões dos magistrados, já adiantada acima quando se falou dos parâmetros para a fixação da multa, quanto à subsistência da liminar concedida. O juiz de 1º grau retirou a eficácia de referida decisão – liberando os réus, portanto, da ordem de não divulgar as imagens – por considerar que a cognição na apreciação da tutela antecipada em segundo grau é sumária e provisória, por isso devendo ser substituída pelo julgamento definitivo, baseado em cognição exauriente.

O Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, ao julgar o mérito do Agravo de Instrumento n. 488.184-4/3, fez menção ao princípio da hierarquia da jurisdição para sustentar que o juízo de 1º grau não pode revogar decisões do Tribunal de Justiça. Disse também que a tutela antecipada não antecipa a sentença, e sim a sua execução, de tal forma que seus efeitos devem ser mantidos até o trânsito em julgado do feito. Esses argumentos não serão examinados, entretanto – o foco se voltará à pertinência da contraposição entre as instâncias para o estudo da tutela inibitória.

²¹⁰ Revela-se adequado fazer uma breve recapitulação desses fatos. Conforme relatado no Capítulo I, a empresa ré Youtube ignorou completamente a medida judicial num primeiro momento, dando ensejo ao Agravo de Instrumento de n.º 488.184-4, interposto por Renato Aufiero Malzoni Filho. O Desembargador Zuliani concedeu efeito ativo ao agravo, ordenando que fossem adotadas medidas aptas a obstar o acesso dos internautas brasileiros às imagens. A fim de agir em conformidade com a decisão, a empresa bloqueou o acesso de todo o conteúdo do site aos brasileiros.

Em decisão da data de 9 de janeiro de 2007, proferida no Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3, o Relator Ênio Santarelli justificou seu posicionamento com base na idéia de que a questão não mais dizia respeito ao vídeo de Cicarelli, mas sim à respeitabilidade de uma decisão judicial. Destacou ainda que o não cumprimento da sentença pela agravada Youtube Inc. consistiria em “ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF, uma ameaça ao sistema jurídico”, pois as sentenças são “emitidas para serem executadas”. Mas o Relator do Agravo fez questão de destacar que não pretendia obter esse comportamento da requerida – por isso ressaltou que a mesma deveria encontrar mecanismos que tornassem as imagens inacessíveis para brasileiros, sem bloquear o acesso de todo o conteúdo da página.

Conforme já noticiado, o magistrado Gustavo Santini Teodoro proferiu sentença de improcedência, sustentando essencialmente que o estrépito não decorreu da conduta das rés, que divulgaram cenas verdadeiras, desempenhadas em local público e que, de qualquer sorte, já se tornaram de domínio público – o que retiraria a efetividade de provimento em sentido contrário. Assim, o casal, ao optar por tornar pública a sua intimidade, teria dado ensejo aos acontecimentos subseqüentes.

Tradicionalmente, “o provimento de improcedência do pedido é juridicamente incompatível com a manutenção da liminar, de sorte que, decretada a improcedência, *ipso facto* perde a eficácia da liminar, independentemente de haver ou não a interposição do recurso”²¹¹, explicita NERY JUNIOR. Isso porque a afirmação de que o direito não existe destituiria um dos alicerces da tutela antecipatória: a verossimilhança da alegação.

Mas no contexto da tutela inibitória, pode-se obter conclusão diversa, pois “se a sentença revoga a tutela inibitória, ela abre oportunidade para a lesão e, assim, retira qualquer chance de efetividade da tutela inibitória, restando verdadeiramente inútil o julgamento do tribunal”²¹² – conforme adequadamente sustenta MARINONI. A partir dessa ordem de idéias, o autor diz que em casos excepcionais até mesmo o próprio juiz de 1º grau poderia manter a tutela inibitória antecipada, a fim de que não restasse somente ao autor buscar o ressarcimento, caso o Tribunal atestasse que ele tinha razão.

Alguns assuntos extremamente importantes sobre a tutela inibitória – como os princípios norteadores para a escolha da medida judicial adequada à salvaguarda dos direitos em questão, nos níveis de cognição sumário e exauriente – não foram abordados nesse tópico por guardarem maior pertinência com a última seção, a qual, a partir do caso Cicarelli, destina-se a verificar se a tutela inibitória, enquanto restrição à liberdade de comunicação, pode configurar censura judicial.

Antes, todavia, faz-se necessário examinar como se deu a colisão entre os direitos à intimidade e a liberdade de comunicação no caso em comento – sempre lembrando que o direito processual civil, de acordo com a concepção contemporânea, não pode se ver apartado do direito material, para o qual funciona como fundamental instrumento.

²¹¹ NERY JUNIOR, Nelson. Liminar impugnada e sentença irrecorrida: a sorte do agravo de instrumento. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 530.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória...*, p. 202-203.

4.2. A concreta colisão de direitos fundamentais ocorrida no caso em tela

É ponto praticamente unânime entre os estudiosos²¹³ da colisão entre direitos fundamentais: a resolução do embate deve se pautar pelas circunstâncias apresentadas pelo caso concreto. Partindo desse pressuposto, a análise das teses sustentadas pelos magistrados no caso Cicarelli pode dizer muito a respeito do choque entre o direito à intimidade e a liberdade de comunicação.

A análise desses dois direitos fundamentais, efetuada no capítulo II deste estudo, evidencia quão difícil é a tarefa de determinar qual deles deve prevalecer no caso concreto. A comparação entre os entendimentos de COSTA ANDRADE e CALMON DE PASSOS dá notícia da complexidade do tema: enquanto o primeiro afirma que a liberdade de comunicação “é, em certo sentido, o fundamento de toda a liberdade”²¹⁴, o segundo é categórico ao sustentar que o direito à intimidade é o mais fundamental dos direitos humanos, de tal forma que a sua proteção é a forma mais segura de garantir a liberdade, valor essencial ao homem²¹⁵.

Nas decisões proferidas no caso Cicarelli que consistem em objeto de análise desse ensaio, os magistrados utilizaram-se de determinados critérios^{216/217} para

²¹³ Nesse sentido, afirma COSTA ANDRADE: “a liberdade de imprensa e os valores conflitantes não se perfilam entre si numa relação estática, de fronteiras pré-determinadas e fixas (...) o direito à expressão terá de recuar quando a sua actualização redundar em lesão de interesses de outrem dignos de tutela e de maior relevo. Saber se tais interesses preponderantes de outrem existem, é o que permitirá determinar a consideração de todas as circunstâncias do caso”. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Op. cit.*, p. 47-48.

Igualmente sustenta ARENHART: “somente diante do bom senso e da avaliação criteriosa do caso concreto será possível distinguir o exercício regular do abuso do direito à informação”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória...*, p. 94.

²¹⁴ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Op. cit.*, p. 44.

²¹⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal. *Revista de Processo*, n. 73, ano 19, p. 94-103, jan/mar 1994, p. 97.

²¹⁶ A doutrina é extremamente rica ao enumerar critérios para a resolução do conflito em tela. BARROSO, por exemplo, discrimina os seguintes aspectos: São eles: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação em tese e a existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos. BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 4, vol. 16, p. 59-102, outubro a dezembro de 2003, p. 88-91.

²¹⁷ A Lei de Imprensa também oferece critérios para solucionar a questão. Ainda que digam respeito à reparação civil, a doutrina e a jurisprudência têm costumado a aludir aos parâmetros dispostos no § 1º do art. 49 da Lei n.º 5.250/67 – dispositivo transcrito na nota seguinte.

demonstrar a existência de abuso ou de prevalência ora do direito à intimidade, ora da liberdade de comunicação.

Em relação ao direito à intimidade, a discussão deu-se em torno dos seguintes elementos: a) possibilidade de atos desempenhados em local público serem albergados pelo direito à intimidade; b) contornos do direito à intimidade de uma pessoa pública.

Ao avaliar o caso considerando o primeiro critério, o Desembargador Maia da Cunha afirmou que a tese dos autores não merece procedência, pois os mesmos protagonizaram “cenas de sensualidade explícita em local público e badalado”²¹⁸. Alinhando-se a essa perspectiva, o juiz de 1º grau Gustavo Teodoro verificou que no próprio vídeo pode-se constatar que havia várias pessoas na praia naquele instante; acrescentou que o fato de o casal, em dado momento, dirigir-se para a água em nada altera a exposição pública da cena. Recorreu, por fim, às palavras do co-réu IG – Internet Group, a fim de demonstrar que concorda com o ponto de vista externado pelos requeridos: “a boa-fé objetiva impede que os autores exijam que os órgãos de imprensa tratem como privada a conduta que elegeram como pública”²¹⁹.

Partilhando, em parte, desse ponto de vista, a jurista Regina Beatriz Tavares da SILVA, que examinou com excelência o caso Cicarelli em artigo intitulado “Sistema protetivo dos direitos da personalidade”, acredita que não houve violação do direito à intimidade com a captação das imagens do namoro entre os autores. Considera que, se Cicarelli e Tato se expuseram ao público sem pudores,

“Art . 49. Aquêlê que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, números II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;

II - os danos materiais, nos demais casos.

§ 1º Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público.

§ 2º Se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal, periódico, ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa, responde pela reparação do dano a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação.”

²¹⁸ Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Antecipação da tutela. Declaração de voto divergente Des. Maia da Cunha (Revisor).

²¹⁹ Ação Ordinária n.º 583.00.2006.204563-4. Sentença. Juiz de Direito Gustavo Santini Teodoro.

consequentemente abriram mão do direito à intimidade²²⁰. Conclui, portanto, que somente “se a imagem é captada em local privado, ofendida estará a intimidade”²²¹.

Sobre o tema, afirma Guilherme Döring Cunha PEREIRA que os fatos que ocorrem em locais públicos ou com amplo acesso a pessoas são em tese amplamente noticiáveis. Acontecimentos como catástrofes e acidentes, que têm evidente interesse jornalístico, devem ser veiculados com ainda mais razão, segundo o jurista. Assim, quando uma fotografia que expõe determinada pessoa está claramente vinculada a momentos como os mencionados, de maneira geral, não há que se cogitar a violação de direitos da personalidade. Mas o estudioso faz um alerta: tais conclusões aplicam-se quando a pessoa figura como um acessório dentro do contexto retratado – sem ênfase em sua individualidade, portanto²²².

Esse enfoque secundário não teria ocorrido, na opinião do Desembargador Ênio Zuliani – o qual sustentou que a restrição dos direitos à intimidade e à imagem é aceitável se as cenas retratadas em cenário público não são destacadas com insistência. Disse ele que “aqui, no entanto, o que se verifica é a exploração das imagens das pessoas na praia e não o contrário”²²³.

A condição de pessoa pública de Daniella Cicarelli foi analisada por todos os magistrados que externaram sua opinião sobre o caso. O Desembargador Maia da Cunha destacou que a fama dos envolvidos, em especial da modelo Daniella Cicarelli, além de restringir o âmbito de proteção de seus direitos de personalidade, evidencia quão despreocupados com a própria intimidade estavam os autores, conscientes da natural curiosidade que despertam²²⁴. O Desembargador Carlos Teixeira Leite Filho considera que, apesar de os próprios autores enfatizarem suas virtudes pessoais, a fama dos envolvidos milita contra os mesmos, já que impossibilita que se presuma que eles não previam o resultado de sua exposição –

²²⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. In.: SANTOS, Manoel J. Pereira; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coords.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na Internet e nos demais Meio de Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39.

²²¹ *Ibid.*, p. 43.

²²² PEREIRA, Guilherme Döring Cunha Pereira. *Op. cit.*, p. 119.

²²³ Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Antecipação da tutela. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

²²⁴ Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Antecipação da tutela. Declaração de voto divergente Des. Maia da Cunha (Revisor).

qual seja, a divulgação das imagens na rede mundial de computadores²²⁵. Já o juiz Gustavo Santini Teodoro utilizou como pressuposto de sua decisão a idéia de que a proteção à imagem, à intimidade e à honra de pessoas famosas é mitigada.

Em contrapartida, o Desembargador Ênio Zuliani afirmou que mesmo pessoas famosas “não merecem testemunhar agressões de sua imagem em revistas de sexo, de pornografia e ilustrações de textos indecorosos”²²⁶. Enfatizou que a popularidade dos envolvidos tornaria ainda mais grave a culpa das réis, pois restaria explícita a conotação mercantilista da divulgação.

De fato, a doutrina majoritária reconhece que a pessoa notória tem sua circunscrição privada naturalmente diminuída. Há quem sustente que essa redução decorre da legítima expectativa criada nas pessoas em relação a todos os aspectos da vida do sujeito famoso²²⁷. JABUR destaca que, se o aspecto que torna a pessoa conhecida é relacionado a elementos que dizem respeito precisamente ao âmbito da intimidade, a esfera de privacidade merecedora de proteção torna-se ainda menor²²⁸. É de se questionar: Daniella Cicarelli tornou-se famosa por expor aspectos da vida pessoal? Sua conduta fomentou indiscrições ou a invasão de sua privacidade?

Caso a resposta a esses questionamentos fosse afirmativa, Cláudio Luiz Bueno de GODOY sustenta que ela não poderia se valer do socorro à sua intimidade, pois a própria pessoa teria chamado a atenção sobre sua vida privada. Tratar-se-ia do fenômeno do vedetismo, concernente em autopromoção que daria ensejo à perseguição sensacionalista²²⁹.

De qualquer sorte, JABUR completa seu raciocínio destacando que a divulgação de determinadas informações íntimas não justifica atentados de diversa natureza à esfera privada do artista – ou seja, deve a publicação estar

²²⁵ Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Antecipação da tutela. Declaração de Voto do Des. Carlos Teixeira Leite Filho (Vogal).

²²⁶ Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Antecipação da tutela. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

²²⁷ AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil: por dano à honra*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 76.

²²⁸ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 292-293.

²²⁹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Op. cit.*, p. 84-85.

umbilicalmente ligada a aspecto pessoal que lhe legou a notoriedade, de forma a lhe atribuir interesse público²³⁰.

Vale atentar que o Desembargador Carlos Teixeira Leite esboçou a necessidade de que os autores recebessem tratamento diverso²³¹. Apesar de ter divergido de vários argumentos levantados pelo Relator, o julgador atribuiu relevância ao fato de Renato Aufiero Malzoni Filho não ser pessoa pública para conceder a tutela antecipatória, por acreditar que, se decidisse em sentido oposto, poderia agravar excessivamente a situação desse autor – a qual mereceria análise mais pormenorizada em nível exauriente de cognição. Esse argumento foi também utilizado pelo Desembargador Ênio Zuliani, quando da confirmação da antecipação dos efeitos da tutela, destacando que “o autor é titular de um direito independente do direito de sua namorada (...) não é pessoa pública, tanto que está reclamando de constrangimentos em seu ambiente de trabalho”²³².

Acerca do direito à intimidade, é pertinente questionar um último aspecto. Ocorre que tanto o Desembargador Maia da Cunha quanto o Desembargador Carlos Leite Filho vislumbraram a renúncia ao direito à intimidade na conduta dos autores. Não é esse direito, entretanto, dotado da característica da irrenunciabilidade? Em resposta a esse questionamento, Regina Beatriz Tavares da SILVA assevera que o titular do direito de personalidade em questão pode dele abrir mão voluntariamente²³³, de acordo com entendimento pacificado na I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal²³⁴.

²³⁰ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 292.

²³¹ Ainda que não seja objeto de análise do presente estudo, é pertinente aludir ao pensamento de Regina Beatriz Tavares da SILVA, que considerou possível a violação do direito à imagem e incontestemente a lesão do direito à honra e Renato Aufiero Malzoni Filho, em razão de ele não ser pessoa célebre: “No caso apresentado, há duas pessoas envolvidas: uma pública e acostumada à mídia e à exposição de sua imagem em público e outra sem tal notoriedade. Portanto, deve-se ter em vista que nesse litisconsórcio não há como uniformizar a análise das violações aos direitos da personalidade. Claro que está que Cicarelli não tem a mesma proteção à exposição pública que tem Tato Malzoni”. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Op. cit.*, p. 38.

²³² Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Manutenção da Tutela Antecipada. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

²³³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Op. cit.*, p. 39.

²³⁴ I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: Enunciado 4 – “Art. 11: O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

Observa-se, contudo, que a perspectiva consolidada no referido Congresso é clara: veda-se a renúncia se ela apresentar caráter permanente ou geral. É exatamente a permanência da exposição a condição destacada pelo Relator Zuliani, o qual asseverou: “não é justo ou jurídico manter, indefinidamente, uma parte da vida deles [dos autores] exposta ao público”²³⁵.

No voto que proferiu no julgamento do recurso de apelação interposto pelos autores, o Desembargador Relator Zuliani ainda acrescentou que a vida privada somente pode ceder a intromissões em conformidade com o ordenamento jurídico – sendo o direito à intimidade absoluto, portanto, no presente caso, em que a captação de imagens foi ilícita²³⁶.

Mesmo que admissível a renúncia à intimidade no presente caso, poderia ela ser tácita? Ocorre que, na seara dos direitos fundamentais, o consentimento sempre deve ser interpretado restritivamente. Assim, se o sujeito concorda apenas em se deixar fotografar, tal anuência não inclui a publicação da imagem; tampouco a aceitação de que a imagem seja publicada de determinada forma abrange outros usos²³⁷.

Segue-se ao exame das características identificadas no exercício da liberdade de comunicação que podem indicar se ela deve prevalecer no caso concreto: a) presença de interesse público na veiculação; b) conotação da divulgação; c) finalidade da publicação.

O Desembargador Ênio Zuliani repetiu em suas manifestações ao longo do processo a idéia de que o acesso ao vídeo em questão não se reveste de nenhum interesse público. Destacou que as imagens não acrescentam nada ao saber da população e que não trazem consigo qualquer utilidade social. O Desembargador Carlos Teixeira Leite Filho partilhou desse entendimento, afirmando que o mote da divulgação é “mera curiosidade, algum sensacionalismo, e, talvez, muita fantasia”²³⁸.

²³⁵ Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Manutenção da Tutela Antecipada. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

²³⁶ Apelação Cível n.º 556.090.4-4. Acórdão. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

²³⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 51.

²³⁸ Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Antecipação da tutela. Declaração de Voto do Des. Carlos Teixeira Leite Filho (Vogal).

De fato, o critério do interesse público é praticamente determinante para a atribuição de maior peso à liberdade de comunicação em um caso concreto em que outros direitos fundamentais sejam passíveis de violação.

Luís Roberto BARROSO considera que se deve sempre presumir em favor do interesse público em um Estado Democrático de Direito, a fim de propiciar a livre circulação de idéias²³⁹. Tal interpretação não se sustenta, entretanto, nos casos em que há invasão da vida privada de alguém: nessas hipóteses não seria possível tolerar uma interpretação ampliativa do vocábulo, segundo JABUR²⁴⁰, o qual deveria ser entendido como “necessidade ou utilidade para o conhecimento ou saber público”²⁴¹.

Alinhando-se a essa ordem de idéias, Edilsom FARIAS sustenta que o âmbito de proteção da liberdade de comunicação abarca preferencialmente a difusão de dados que tenham transcendência pública – “ou seja, que digam respeito a fatos culturais, econômicos, políticos, científicos, educacionais, ecológicos, entre outros, e que são relevantes para a participação dos cidadãos na vida social, bem como para a formação da opinião pública pluralista”²⁴².

Nesse sentido, revela-se pertinente para o deslinde da lide a avaliação da extensão do dano coletivo proveniente da obstrução da notícia – à qual o Desembargador Relator dos agravos deu grande relevância em suas decisões. Vale recorrer a trecho de uma delas para demonstrar o raciocínio empreendido:

De todas as manifestações que foram emitidas em jornais e revistas, com o sensacionalismo imprudente dos jejunos do direito, não há uma voz que aponte uma boa razão para que a intimidade do casal permaneça devassada, como foi, até porque são cenas delituosas. A quem interessa isso, perguntei, quando relatei o Acórdão, e não foi dada resposta²⁴³.

²³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 91.

²⁴⁰ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 288.

²⁴¹ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Comentários à lei de imprensa: Lei 5.250, de 09.02.1967*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 485.

²⁴² FARIAS, Edilsom. *Op. cit.*, p. 84.

²⁴³ Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Manutenção da Tutela Antecipada. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

Suscitando a discussão, Regina Beatriz Tavares da SILVA acena em sentido contrário: diz que a curiosidade que a vida de artistas e modelos traz à sociedade em geral justifica a divulgação de suas imagens²⁴⁴.

A conotação da veiculação diz respeito ao tipo de abordagem utilizado na difusão da informação. Sendo o contexto meramente informativo, tanto as pessoas públicas quanto as notórias podem ter sua imagem divulgada sem necessidade de autorização, desde que ela não gere qualquer constrangimento ao retratado²⁴⁵.

No presente caso, entretanto, o tom sensacionalista da divulgação saltaria aos olhos. Constatou o Desembargador Zuliani que “a exposição da imagem dos autores é do tipo que causa depreciação, com ofensa ao resguardo e a reserva, porque são filmagens que estão sendo transmitidas como forte apelo sexual e com sentido obsceno”²⁴⁶.

Esse tipo de abordagem é rechaçado pela doutrina majoritária, uma vez que destoa da finalidade última da comunicação humana – último item pertinente à liberdade de comunicação. André Ramos TAVARES chama atenção para o fato de que a liberdade de expressão destina-se precipuamente a assegurar a autodeterminação individual. Assim, se o seu exercício entrar em contradição com essa finalidade, desrespeitando direitos essenciais à personalidade humana, ele deve ser limitado²⁴⁷.

Nesse mesmo sentido, destaca-se o pensamento de ARENHART sobre o tema:

Aqui, parece óbvia a conclusão de que a proteção a tal interesse, no que pertine ao particular – assegurada em uma Constituição que pretendia romper com um regime ditatorial, de cunho militar, que a antecedeu – tinha por intenção permitir o acesso a todos da notícia, do conhecimento dos fatos que ocorrem no dia-a-dia. Tem por objetivo a regra do art. 5º, IX, da Constituição Federal, enfim, a proteção da notícia de caráter informativo, não abrangendo, na generalidade dos casos, aquelas notícias sensacionalistas, veiculadas com o único propósito de ofender (*animus difamandi, iniuriandi vel caluniandi*, na tradição locução do direito penal) ou de obter lucro fácil. Nestas, certamente, não há que se falar em liberdade incondicional, sendo

²⁴⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Op. cit.*, p. 38.

²⁴⁵ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha Pereira. *Op. cit.*, p. 118.

²⁴⁶ Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Antecipação da tutela. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

²⁴⁷ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 542.

perfeitamente viável a censura e a proteção inibitória da vida privada, da honra, da imagem e da intimidade²⁴⁸.

Por derradeiro, atenta-se para o fato de que é possível identificar juízos de ponderação²⁴⁹ em determinados pontos das decisões ora analisadas.

Primeiramente, observa-se que o Desembargador Ênio Zuliani verificou a adequação dos meios utilizados em abstrato: viu que o impedimento do acesso às imagens cessaria a violação à intimidade dos autores; a seguir, constatou que caso não se impedisse a veiculação das imagens, o direito à intimidade dos autores continuaria sendo alvo de lesões; também averiguou que bloquear os *sites* dos réus seria demasiadamente prejudicial. Assim, preferiu adotar uma solução intermediária, pois ainda que o acesso ao *site* traga o risco de que o vídeo ainda seja veiculado, já que o provedor não tem absoluto controle sobre a publicação dos vídeos, determinou que o restante do conteúdo permanecesse disponível – por considerar que essa solução era a menos gravosa à liberdade de comunicação. A proporcionalidade em sentido estrito foi utilizada na investigação de que a restrição da liberdade de comunicação, ao mesmo tempo em que não atingiu o núcleo essencial do princípio, é legítima à luz da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Já o Desembargador Maia da Cunha considerou que a antecipação da tutela inibitória pleiteada oferecia o risco de ferir inutilmente a liberdade de informação, diante da transmissão desenfreada das imagens na rede mundial de computadores. Pode-se vislumbrar a utilização do subprincípio da adequação ou idoneidade pelo magistrado, pois ele sustentou que, se o direito à intimidade fosse considerado prevalente, não seria possível protegê-lo, já que nenhum instrumento presente no ordenamento jurídico poderia fazer frente à amplitude de veiculação da *internet*.

Assim, é possível identificar três diferentes interpretações nas decisões: a) inexistência de direito à intimidade, o que impede a restrição à liberdade de

²⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória...*, p. 84-85.

²⁴⁹ Regina Beatriz Tavares da SILVA, que analisou o presente caso, opina que o direito à liberdade de informação dos meios de comunicação prevalece. Considera que “se os sentimentos afetivos do casal tivessem sido captados por uma câmara no recesso de um quarto, aí sim, teriam tutela. Mas, ao exporem ao público seus afetos, como fizeram, tais sentimentos podem ser classificados como antivalores”.

Mais à frente, todavia, a autora diz que “havendo conflito entre o direito à liberdade de informação e os demais direitos da personalidade ou direitos fundamentais dispostos naqueles incisos do art. 5º da Lei Maior, devem prevalecer estes direitos”. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Op. cit.*, p. 40; 47.

comunicação; b) abuso no exercício da liberdade de comunicação, o que legitima a procedência do pedido dos autores; c) necessidade de ponderação dos direitos em jogo, a qual ora revela excesso na divulgação (pela possibilidade de permanência do vídeo por período indeterminado, pela amplitude da divulgação alcançada na rede mundial de computadores e outras razões acima indicadas), ora se inclina à inidoneidade da proteção à intimidade, em razão de o vídeo ter caído em domínio público.

A fim de encerrar esse estudo, pertinente seguir à indagação mais polêmica sobre o caso: a concessão da tutela inibitória aos autores configurou, em sua antecipação, ou pode ainda configurar a tão temida censura aos meios de comunicação?

4.3. Restrição à veiculação em prol da intimidade: censura indevida ou proteção adequada?

A censura prévia à liberdade de comunicação é vedada tanto pela Constituição Federal (art. 5º, inc. IX²⁵⁰; art. 220²⁵¹) quanto pelo Pacto de São José da Costa Rica²⁵², recepcionado pelo Brasil por meio do Decreto n.º 678/1992. O

²⁵⁰ “Art. 5º.

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

²⁵¹ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

²⁵² O Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, promulgou a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos no Brasil, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Como o Governo brasileiro depositou a Carta de Adesão ao referido tratado internacional em 25 de setembro de 1992, nessa data ele entrou em vigor para o Brasil, de acordo com o que dispõe a própria Convenção em seu art. 74. Sobre o tema, transcreve-se o art. 13 do Pacto:

“ARTIGO 13: Liberdade de Pensamento e de Expressão.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e

artigo 2º da Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67), o qual dispõe que espetáculos e diversões públicas são passíveis de censura, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, conforme deixa clara a redação dos artigos 220 e seguintes da Carta Magna²⁵³.

Mas o que se pode entender por censura? Segundo ZULIANI, ela consiste em “restrição indevida da consciência cívica, que, pela sua extraordinária capacidade de interação, verdadeiro espetáculo da evolução humana, é irrestringível”²⁵⁴.

Para Edilsom FARIAS, não é possível confundir censura com controle jurisdicional da legalidade no exercício da liberdade de comunicação social: a primeira é ato de natureza político-administrativa; o segundo é função típica reservada ao Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito²⁵⁵.

Gilberto Haddad JABUR, por seu turno, explica que o vocábulo censura pode adquirir diferentes significados conforme a amplitude que se dê ao termo. Em sua acepção clássica, a censura prévia consiste em sujeição preliminar, permissão ou autorização para difundir informações. Já o sentido atual da palavra lhe atribui a idéia de restrição, limitação, cerceamento ou redução da liberdade dos meios de comunicação de massa. Sob uma perspectiva ainda mais abrangente, a expressão censura é empregada para se aludir a qualquer forma de controle ou fiscalização dos meios de comunicação²⁵⁶.

Assim, o autor reconhece que tecnicamente o controle de legalidade da informação pelo Poder Judiciário não é censura, por não ser ato administrativo, mas acredita que a tutela jurisdicional que impede a veiculação de uma notícia consiste

aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.”

²⁵³ A única exceção à vedação da censura feita pela Constituição está presente no art. 139, inc. II, o qual preceitua que no estado de sítio a liberdade de imprensa, radiofusão e televisão pode sofrer restrições.

²⁵⁴ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Comentários...*, p. 54.

²⁵⁵ FARIAS, Edilsom. *Op. cit.*, p. 284.

²⁵⁶ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 212.

em controle prévio, o que justifica a discussão sobre legalidade de ingerências dessa espécie²⁵⁷.

E se o meio de comunicação estiver exercendo suas atividades de forma irregular, interferindo negativamente em outra situação juridicamente tutelada injustificadamente? Diante de **abuso** na manifestação da liberdade de comunicação, não se poderia pensar que a imposição de limites a determinado veículo de informação implicaria censura indevida.

Ademais, se o abuso de direito pode ser equiparado a ato ilícito, o exercício abusivo da liberdade de expressão não poderia ser protegido contra restrições²⁵⁸ – as quais nem mesmo seriam propriamente censura, por suprirem ato contrário ao direito. Alinhando-se a essa ordem de idéias, SPADONI elege o princípio da legalidade, inscrito no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, como o limite para a utilização de medidas que impeçam a violação de direitos materiais do requerente²⁵⁹.

Atenta-se ainda para a possibilidade de não haver precisamente abuso na liberdade de comunicação, mas sim que ela adquira menor peso diante de outro direito, no caso concreto, após a realização de um juízo de ponderação. Nesse caso, seria igualmente legítima a sua restrição. O fato de o art. 5º, inc. X, da Constituição Federal autorizar expressamente apenas o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas não obsta a utilização de medidas preventivas, segundo interpretação de Gilmar Ferreira MENDES. Somente nos casos em que não for possível obstar a divulgação de matéria lesiva a direitos de personalidade (como, por exemplo, se a vítima somente souber da violação apenas após a sua consumação) revela-se adequada a busca pela reparação *a posteriori*, já que no mesmo dispositivo constitucional o inciso XXXV garante efetiva proteção jurisdicional contra a ameaça de lesão a direito²⁶⁰.

A esse respeito, acrescenta JABUR que entendimento diverso contrariaria o espírito que norteou e que continua dirigindo o legislador nas recentes reformas

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 216.

²⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória...*, p. 78.

²⁵⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Op. cit.*, p. 64-70.

²⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 297-298.

operadas no processo civil brasileiro, as quais claramente se destinam a privilegiar a efetividade e a ampliar o acesso à Justiça²⁶¹.

Portanto, nas situações acima descritas, a tutela inibitória revela-se medida adequada para combater de forma eficiente os efeitos lesivos do desvirtuamento na liberdade de informar, já que ampara de forma efetiva o direito que merece proteção²⁶².

Coadunando-se a essa perspectiva, assevera Luiz Manoel GOMES JUNIOR:

Toda a vez que a veiculação de informação ou pensamento, mesmo que através da rede de comunicação internet, afete honra ou a imagem de terceiros haverá a possibilidade de o Poder Judiciário coibir o abuso, inclusive com a proibição de que tais mensagens sejam lançadas, isso a teor do inciso XXXV do art. 5º da CF, sem que fique caracterizada qualquer espécie de censura²⁶³.

Nos casos em que há dúvida sobre qual direito deve ser protegido, patente a divergência doutrinária. Enquanto ZULIANI, por exemplo, sustenta que a tutela antecipada deve ser denegada a fim de que não se restrinja o direito de saber, ou se oculte um fato legitimamente comunicável em benefício de um interesse individual mal deduzido²⁶⁴, ARENHART acredita que se deve privilegiar a vida privada, pois se este direito for lesado, ele jamais poderá ser recomposto de forma específica, enquanto o direito de informação sempre pode ser exercido *a posteriori*^{265/266}.

²⁶¹ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 217.

²⁶² GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Comentários...*, p. 39-40.

²⁶³ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. O controle jurisdicional das mensagens veiculadas através da internet. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 738, p. 75-82, abril, 1997, p. 81. Grifou-se.

²⁶⁴ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Comentários...*, p. 39-40.

²⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória...*, p. 95.

²⁶⁶ Forçoso observar, entretanto, que o autor da primeira opinião, que é também o Desembargador Relator do julgamento dos agravos do caso Cicarelli, fez remissão à opinião de ARENHART na decisão em que antecipou a tutela pretendida pelos autores. "Não é permitido afirmar, de forma categórica, no intróito da lide, que os jovens que protagonizaram cenas picantes não possuem direito de preservarem valores morais, como o de impedir que esses vídeos continuem sendo acessados por milhares de internautas, porque isso constrange e perturba a vida dos envolvidos, como relatado nos autos. E, na dúvida sobre o direito preponderante, " o privilégio sempre há de ser da vida privada. Isso por uma razão óbvia: esse direito, se lesado, jamais poderá ser recomposto em forma específica: ao contrário, o exercício do direito à informação sempre será possível a posteriore, ainda que, então, a notícia não tenha mais o mesmo impacto" [SÉRGIO CRUZ ARENHART, A tutela inibitória da vida privada, RT, 2000, p. 95]". Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Antecipação da tutela. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

Alinhando-se a essa última opinião, JABUR alerta para o fato de que para a imprensa sobram notícias à espera de divulgação, enquanto o titular do direito à privacidade tem apenas uma reputação a zelar. Diz que é sempre possível que o meio de comunicação escolha uma forma mais amena de divulgar um fato, ocultando aspectos perturbadores²⁶⁷ – como imagens explícitas, por exemplo.

No caso Cicarelli, observa-se que o magistrado restringiu-se a ordenar que as rés se abstivessem de divulgar as imagens ou de disponibilizar *links* de acesso a elas. Não justificou de forma mais pormenorizada as razões pelas quais adotou essa medida, preocupando-se mais em expor os fundamentos para a antecipação dos efeitos da tutela, demonstrando a presença de verossimilhança das alegações do agravante e de perigo de dano com os argumentos já expostos nos tópicos anteriores.

A referida ordem, reiterada em outras decisões do magistrado que foram fruto da resistência das requeridas, acabou acarretando na interdição do acesso ao conteúdo do *site* Youtube para os brasileiros. O próprio magistrado rapidamente reconheceu o excesso da medida e determinou o restabelecimento de acesso ao *site*. Mas explicou que houve, em verdade, falha de comunicação no cumprimento da ordem, conforme se pode perceber nos esclarecimentos feitos na decisão, cujo trecho segue abaixo:

Todavia, é forçoso reconhecer que não foi determinado o bloqueio do sinal do site Youtube (sic). Essa determinação, que é possível de ser tomada em caráter preventivo, como esclarece o jurista português JÓNATAS E. M. MACHADO [Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema privado, Universidade de Coimbra, 2002, p. 1123], deve ser emitida com clara fundamentação e com total transparência sobre o direito de liberdade de expressão e informação, que não comporta censura [art. 220, º 1º, da CF]. Impedir divulgação de notícias falsas, injuriosas ou difamatórias, não constitui censura judicial. Porém, a interdição de um site pode estimular especulações nesse sentido, diante do princípio da proporcionalidade, ou seja, a razoabilidade de interditar um site, com milhares de utilidades e de acesso de milhões de pessoas, em virtude de um vídeo de um casal.

5. O relator agradece o empenho com que as operadoras agiram quando receberam os ofícios do Juízo de Primeiro Grau, para que fosse cumprida a decisão. Acredita-se que o fechamento completo do sinal de acesso ocorreu por dificuldades técnicas de ser criado o filtro que impeça o acesso ao vídeo do casal. Mas, não foi essa a determinação, pois o que se ordenou foi o emprego de mecanismo que bloqueasse o acesso a endereços eletrônicos que divulgam o vídeo, cuja proibição foi determinada por decisão judicial.

²⁶⁷ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 219.

Não há, inclusive, referência para corte do sinal na hipótese de ser inviável a providência determinada²⁶⁸.

Em acórdão lavrado no caso, o Desembargador Zuliani revelou expressamente sua perplexidade por ter sido tachado de defensor da censura²⁶⁹, enfatizando que restringir a ilicitude cometida por meios de comunicação, em verdade, consagra a eficácia da liberdade de expressão²⁷⁰.

A fim de verificar se a medida escolhida funcionou como censura nesse caso, faz-se necessário interpretar a ordem judicial à luz dos princípios que estabelecem limites à atuação do provimento na tutela inibitória.

O magistrado considerou a utilidade que o *site* Youtube oferece a milhões de usuários: trata-se de uma página virtual de entretenimento, que divulga diversos tipos de vídeos – dentre os quais vários apresentam notável valor cultural e educativo –, promovendo a expressão artística. É responsável pela divulgação de trabalhos de cineastas, músicos e outros profissionais que dificilmente se tornariam conhecidos de outra forma, dada as vantagens oferecidas pelo *site* (publicação das imagens por simples cadastro, gratuidade, ampla exposição, facilidade de acesso etc.).

O princípio da necessidade, que se desdobra nos princípios do meio idôneo e da menor restrição possível, relaciona-se às idéias de proibição do excesso, de equilíbrio e de justa medida, que impõem ao juiz a concessão de tutela idônea à proteção do direito do autor, mas que gere a menor restrição possível ao réu, segundo a lição de MARINONI²⁷¹. Tais noções serviram, em parte, de substrato à constatação do Desembargador Ênio Zuliani, pois ainda que o Relator acredite que

²⁶⁸ Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Contra-ordem: desbloqueio do Youtube. Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator). Grifou-se.

²⁶⁹ “O nome desse juiz foi citado, indevidamente, como defensor da censura, o que constitui uma leviandade, porque contraria tudo o que já escrevi sobre o assunto”. Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Manutenção da Tutela Antecipada. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

²⁷⁰ Defendendo opinião semelhante, assevera Claudio Luiz Bueno de GODOY: “Isso [concessão de tutela específica preventiva] não deve ser confundido com censura. Não se trata de, previamente, e de forma injustificada, obstar o exercício da liberdade de imprensa. Cuida-se, antes, de garantir a própria função institucional que lhe é inerente. Não faria sentido algum, por exemplo, permitir publicação ou programa que, frise-se, de antemão, já se saiba falso ou sensacionalista, em nome da preservação de um direito que não é absoluto e que, se indevidamente exercido, causará danos irreparáveis”. GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Op. cit.*, p. 112.

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória...*, p. 151, p. 167.

os direitos de personalidade dos autores mereçam proteção, ele considera que tal tutela não pode se sobrepôr à indiscutível serventia do *site* à sociedade brasileira.

O magistrado não atribuiu importância propriamente ao prejuízo que a ré Youtube sofreria, mas sim à sua extensão para um grande público – conforme se pode perceber com clareza no fragmento de voto destacado abaixo, referente ao provimento final do Agravo n.º 488.184-4/3.

O bloqueio do site, como sugerido pelo agravante, fica fora de cogitação. Embora o art. 461, § 5º, do CPC, permita que o juiz escolha, entre as medidas adequadas, uma solução drástica e radical, essa decisão somente será recepcionada pelo sistema no caso de a interdição solucionar uma crise pontual, sem prejudicar terceiros. O site que permite que o vídeo do casal seja visto hospeda esse e milhares de outros, termina prestando um serviço social de entretenimento porque aproxima o contato quando os filmes servem para encurtar a distância entre as pessoas e, principalmente, revela talentos que não despontariam para a profissão caso não existisse essa forma alternativa de apresentar roteiristas e cineastas amadores. A grande audiência é uma ótima referência para artistas, cantores e bandas; enfim, o YOUTUBE não produz somente banalidades e pornografias²⁷².

Há outro aspecto a considerar: a agravada Youtube e as demais requeridas repisaram o fato de que o vídeo já pertencia ao domínio público, pois uma vez ingressando na rede mundial de computadores, a multiplicação do arquivo atingiria níveis exponenciais.

O princípio da efetividade, que também serve de norte na escolha do magistrado pela medida executiva adequada, exige que o meio escolhido seja capaz de proteger adequadamente o direito em foco no litígio, conforme preceitua o artigo 461 do CPC, já analisado²⁷³.

A medida determinada na decisão liminar foi a de obrigar os réus a não disponibilizarem *links* ou divulgarem as imagens dos autores. De fato, é de se questionar: essa imposição realmente protege o direito à intimidade dos autores, diante da rapidez de multiplicação da informação na *internet*? Até porque, se a tutela inibitória visa a combater ameaças concretas de futura violação ao direito, caso a ilegalidade já esteja definitivamente consumada, a improcedência do pedido do autor é a medida que se impõe, segundo opina SPADONI²⁷⁴.

²⁷² Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Manutenção da Tutela Antecipada. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator). Grifou-se.

²⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória...*, p. 163.

²⁷⁴ SPADONI, Joaquim Felipe. *Op. cit.*, p. 53.

O juiz de 1º grau Gustavo Santini Teodoro considerou que a determinação judicial referida não teria qualquer utilidade que não fosse enriquecer sem causa os autores, já que as imagens já estavam sendo veiculadas por várias outras páginas eletrônicas. Explicitou em sua sentença uma amostra do nível de publicidade adquirido pelo vídeo:

Aliás, há nos autos documento, não impugnado em seu conteúdo (fls. 583), que menciona a existência “das cenas picantes de sexo implícito do casal” em “centenas de outros sites que replicaram a peça”. Com as palavras cicarelli malzoni praia, os sites de busca mais conhecidos, nesta data, revelam também milhares de links para o assunto: Live Search, 1588 resultados; Terra, 1630 resultados; UOL Busca, 1592 resultados; Yahoo Cadê, 7270 resultados; Google, 52300 resultados. Até na biografia da autora, na Wikipedia, há referência ao “vídeo polêmico”²⁷⁵.

Esse argumento foi também utilizado pelo Revisor da decisão liminar proferida no Agravo de Instrumento, o Desembargador Maia da Cunha, para divergir do voto do Relator²⁷⁶. O Revisor chegou a afirmar que uma decisão que ignorasse a rapidez de velocidade de transmissão de informações na rede mundial de computadores seria “absolutamente inócua, quase surreal”, pois censuraria um determinado provedor de internet a despeito de o vídeo já ter sido visto por todos, e ainda poder continuar sendo assistido em inúmeros outros *sites*.

Por outro lado, é indiscutível que os *sites* dos réus são aqueles que a maioria dos brasileiros pensa em acessar quando quer assistir a vídeos de entretenimento ou ver imagens que dizem respeito ao cotidiano de celebridades. Assim, a vedação da exibição das cenas íntimas do casal dirigida a esses provedores protegeria ao menos grande parte do que restou dos direitos de personalidade dos autores.

²⁷⁵ Ação Ordinária n.º 583.00.2006.204563-4. Sentença. Juiz de Direito Gustavo Santini Teodoro.

²⁷⁶ Segue trecho do voto divergente do Desembargador Revisor Maia da Cunha: “A análise de qualquer direito fundamental que não considere este novo veículo de comunicação será inadequada como forma de traduzir o também novo sentimento jurídico acerca de qualquer tipo de censura ligado às empresas nacionais que mantêm páginas na internet, esta maravilhosa rede de computadores que encurtou todas as distâncias, que fez o tempo passar tão velozmente a ponto de o furo de reportagem da manhã estar envelhecida no começo da tarde, e em que o mundo, com os seus fatos importantes e de interesse geral da sociedade, aparece a um clique na tela do computador pessoal de cada cidadão.

Ignorar esta realidade poderá conduzir, não raro, a uma decisão judicial absolutamente inócua, quase surreal, porque enquanto o mundo todo já viu as imagens e leu as notícias (inclusive guardando-as em seu computador pessoal os que as colecionam), e que continuam espalhadas em incontáveis outros sites pelo mundo a fora, acessíveis a qualquer brasileiro, censura-se um provedor brasileiro de manter na sua página eletrônica o que todo mundo já viu e que o mundo inteiro continua mostrando”. Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Antecipação da tutela. Declaração de voto divergente Des. Maia da Cunha (Revisor).

Há ainda que se considerar o tema da responsabilidade pelo conteúdo na *internet*, pois, seguindo a linha de pensamento externada acima, não seria possível imputar a nenhum ente que atuasse na rede qualquer forma de responsabilidade, em razão da velocidade da circulação dos dados, ou ainda pelas dificuldades de se identificar a fonte da publicação.

O voto do Relator do Acórdão proferido no Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3 externa outro ponto de vista. Nele o desembargador sustentou, em síntese, que de nada adianta o ordenamento jurídico garantir direitos fundamentais aos cidadãos se os provedores de hospedagem de *sítes* forem considerados inatingíveis pela seara jurídica. Disse ainda que o direito atual permite o controle dos meios de informática. Considerou a responsabilidade dos provedores de hospedagem como incontroversa pelo fato de eles terem conhecimento da ilicitude²⁷⁷ – o que faz com que o Youtube somente não arque com os valores referentes à multa cominada caso comprove que se utilizou de todos os mecanismos disponíveis para retirar o filme do canal do seu sistema – cumprindo, portanto, com seu dever de fiscalização de abusos. Destaca, por fim, que o agravado é o único que está vinculado diretamente à ilicitude – e que lucra com a atividade de risco que desenvolve²⁷⁸.

Em resposta às alegadas incertezas presentes no mundo da informática – como a real nacionalidade dos internautas e o verdadeiro conteúdo dos dados publicados –, o Desembargador Relator está ciente de que “não existe certeza de que é possível impedir, com absoluto sucesso, a retransmissão”²⁷⁹, mas acredita que não exigir dos réus a exclusão do material ilícito geraria um insuportável clima de insegurança social.

Após a exposição dessas informações, pertinente retornar à questão: a utilização da tutela inibitória, no presente caso, configurou censura à liberdade dos meios de comunicação?

²⁷⁷ Na Argentina, os juízes comparam a posição do mantenedor do site com a do difusor da mídia tradicional, de tal forma que o operador da página de internet, portanto, é considerado responsável pelo controle do conteúdo do material que se publica para acesso irrestrito. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Comentários...*, p. 54.

²⁷⁸ Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Manutenção da Tutela Antecipada. Voto do Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

²⁷⁹ Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Contra-ordem: desbloqueio do Youtube. Des. Ênio Santarelli Zuliani (Relator).

Em estudo sobre o caso Cicarelli, a jurista Regina Maria Beatriz Tavares da SILVA sustenta que as medidas tomadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos acórdãos em tela não desrespeitaram a proibição de censura aos meios de comunicação, uma vez que se alinham ao que dispõe o Código Civil vigente, especificamente em seu art. 12 – o qual diz claramente: “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Recorda ainda a autora que o art. 220, § 1º²⁸⁰, da Constituição Federal explicita de forma nítida que o exercício da liberdade de comunicação encontra limites²⁸¹.

De qualquer forma, além de o controle jurisdicional não poder ser considerado propriamente censura prévia por esta ter índole administrativa, JABUR lembra que a censura geralmente é também amparada em fundamentos genéricos, de cunho moral ou político, aos quais o Executivo recorre para depurar, em análise prévia, o que, ao seu exclusivo talante, considere inapto à publicação. A tutela preventiva, quando sustentada por razões concretas e individualizadas, é o melhor meio de conciliar o exercício de direitos na sociedade²⁸².

Isso poderia, por certo, ocorrer para a proteção do direito à intimidade. A esse respeito, interessante destacar o pensamento de Gustavo TEPEDINO, que assim opina: “a privacidade é direito casuístico por excelência, suscitando, por isso mesmo, proteção que seja dúctil e que possa servir não como uma forma de censura, mas como critério para orientar a imprensa livre”²⁸³.

A partir da análise do caso Cicarelli, portanto, é possível constatar que a utilização dos princípios da necessidade e da efetividade, ao lado de uma acurada análise do conflito entre a liberdade de comunicação e o direito à intimidade, permite que o magistrado possa decidir com razoável segurança se a concessão da tutela

²⁸⁰ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.” Grifou-se o trecho do dispositivo em que são arrolados direitos que funcionam como exceção à impossibilidade de restrição à liberdade de informação – tratam-se de direitos fundamentais, dentre os quais figuram os direitos de personalidade em questão no presente caso.

²⁸¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Op. cit.*, p. 47.

²⁸² JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 218-219.

²⁸³ TEPEDINO, Gustavo. Informação e privacidade. In.: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 475.

inibitória é a medida adequada. Em caso de abuso da liberdade de expressão, ou ainda quando o princípio da proporcionalidade indicar que o direito à intimidade tem mais peso nas circunstâncias fáticas em questão, a tutela inibitória deve ser concedida, de forma a proteger adequadamente a esfera menor da privacidade do indivíduo, sem provocar excessivo gravame ao réu ou agredir demasiadamente o direito à informação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O privilégio à dignidade da pessoa humana e a observação das circunstâncias atinentes ao caso concreto são diretrizes irrefutáveis para a utilização da tutela inibitória do direito à intimidade frente à liberdade de comunicação. Qualquer estudioso da seara jurídica, atento à doutrina, à jurisprudência e às modificações legislativas contemporâneas, pensaria nessas duas balizas como possíveis conclusões às quais chegaria este trabalho, apenas com a leitura de seu título.

A fim de tornar tais postulados mais palpáveis, o presente estudo norteou-se pela análise de um caso concreto que repercutiu significativamente na sociedade brasileira. Pretendeu-se que o estudo do caso Cicarelli mostrasse quais circunstâncias concretas são, de fato, pertinentes para a resolução de um litígio desse tipo, bem como em que medida é possível avaliar se determinada decisão prioriza a dignidade humana.

A fim de delinear possíveis caminhos, tendentes a oferecer respostas para esses questionamentos, serão tecidas algumas considerações, dentre todos os assuntos abordados nesse estudo, acerca de três temas: a) a concreta colisão entre o direito à intimidade e a liberdade de comunicação; b) os limites e as possibilidades de atuação do Poder Judiciário para a defesa de direitos fundamentais; c) a efetividade das medidas judiciais em face do avanço tecnológico alcançado pelos meios de comunicação.

Primeiramente, o exame do caso Cicarelli demonstrou que as circunstâncias pessoais dos envolvidos e o papel efetivamente exercido por um meio de comunicação na veiculação de determinados fatos são determinantes para o julgamento de um conflito como esse.

Uma “celebridade” como Daniella Cicarelli, que alcançou destaque essencialmente pela beleza física, pelo comportamento extrovertido e por se casar com um dos jogadores de futebol brasileiros mais famosos no mundo, desperta dúvidas a respeito da sinceridade de seu descontentamento com a situação. É ressabido que muitas pessoas que alcançam a notoriedade no cenário artístico, cientes da efemeridade e da vulnerabilidade de sua fama, chegam a propositadamente se colocar em situações extremamente vexatórias e constrangedoras a fim de garantir mais um período sob os holofotes.

Em verdade, múltiplas podem ser as conjecturas sobre as reais intenções dos envolvidos na situação narrada – de tal forma que regras da experiência e presunções foram utilizadas pelos magistrados ora em benefício, ora em prejuízo dos autores.

Alguns dos magistrados consideraram que não haveria qualquer interesse público na divulgação de fatos atinentes ao comportamento sexual de alguém – mesmo que de pessoa célebre. Por isso haveria abuso da liberdade de comunicação na divulgação dessas imagens; ou ainda deveria a liberdade de comunicação ceder em face de excessiva violação aos direitos de personalidade dos postulantes. É pertinente observar, entretanto, que estamos inseridos em uma cultura que alimenta o gosto popular pela observação da “vida comum” dos artistas. Tais pessoas figuram como verdadeiros referenciais para a população – servindo, por essa razão, como ícones publicitários capazes de alavancar o consumo dos mais diversos produtos. Dessa forma, não seria possível dizer, de plano, que inexistiria interesse público na veiculação dessas imagens.

Por outro lado, alimentar tal cultura pode contrariar o próprio sentido da liberdade de comunicação. Informações desse tipo levariam à alienação dos cidadãos, que perderiam a consciência de seu próprio lugar no mundo ao se entreter com os retratos da vida dessas pessoas. Sabe-se que o entretenimento é imprescindível para o saudável desenvolvimento da personalidade – mas em que medida o bombardeamento por esse tipo de informação deixa de ser entretenimento e passa a distanciar o homem do conhecimento de temas como política, economia, história, cultura geral, ciência etc.?

A seleção de informações pelos próprios meios de comunicação pode produzir o mesmo resultado que o cerceamento da informação por parte do Estado. Teme-se o retorno da ditadura estatal – mas é possível que se esteja caminhando para a ditadura de conglomerados de comunicação, a qual seria ainda mais poderosa, precisamente por não provocar uma postura defensiva nos cidadãos.

O contexto da obtenção dos dados que diriam respeito, em tese, à intimidade de alguém, também revela extrema importância para a determinação de qual interesse deve prevalecer. A captação de imagens por *paparazzo* ora é considerada normal, por se tratar de fenômeno conhecido por todos; ora é vista com extrema repugnância, como representação da inaceitável redução da esfera da intimidade que ocorre hoje.

Não se considera possível determinar, com segurança, que o direito à intimidade do casal merecia proteção. Ainda que o avanço dos meios de comunicação, o qual permite que imagens sejam captadas sem despertar qualquer desconfiança, exija que o direito à intimidade se estenda para além dos muros de uma residência, seria necessário que a conduta do envolvido demonstrasse a vontade de excluir do conhecimento alheio fato que lhe diga respeito, para que fosse possível invocar a proteção do direito à intimidade. No presente caso, entretanto, é difícil identificar essa vontade, pois o casal pareceu desejar ser visto – ou, no mínimo, assumiu o risco de ser visto – trocando carícias íntimas em praia pública.

Por certo, não é possível presumir que o casal **queria** que tais imagens fossem gravadas e veiculadas na rede mundial de computadores. Deve-se ainda atentar para o fato de que os *sites* que divulgaram a filmagem lucraram, e continuariam lucrando ainda mais, com a imagem não autorizada pelos autores. Assim, sob o ponto de vista da colisão de direitos fundamentais, a restrição à veiculação das imagens em questão – e não de todo o conteúdo dos *sites* que divulgaram o vídeo – mostrou-se medida adequada, já que a decisão liminar e o provimento do recurso de apelação tiveram o objetivo de obstar a divulgação de imagens veiculadas com caráter indiscutivelmente sensacionalista, destituídas de interesse público propriamente dito e de origem quase certamente ilegal, que feriram e feririam ainda mais direitos de personalidade dos envolvidos.

Segue-se à análise do segundo ponto destacado, atinente às margens de atuação às quais o magistrado está adstrito. Teria o Desembargador Relator Zuliani assumido o papel de censor, ao atender parte do pedido dos autores?

Houve, por certo, flagrante excesso no cumprimento inicial da medida liminar – o qual colocou em descrédito, ainda que temporariamente, a atuação do Poder Judiciário. Mas quando a tutela inibitória foi utilizada adequadamente, à luz do princípio da necessidade, não causou grandes prejuízos a quaisquer dos réus, que continuaram a veicular regularmente outras informações – a lucrar, portanto, em razão de outras imagens e notícias; tampouco à sociedade, cujo direito à informação não foi afetado, pois todos os outros dados presentes nesses *sites* continuaram disponíveis.

A antecipação da tutela era necessária, pois o ilícito se repetia incessantemente, e sua permanência em *sites* de grande público na rede mundial de computadores difundiria cada vez mais a filmagem. A utilização da multa pecuniária

como medida coercitiva revelou-se adequada; os valores fixados foram igualmente acertados, pois se fossem menores não surtiriam efeito em comparação ao lucro auferido pelas empresas requeridas.

As ações do Poder Judiciário não configuram propriamente censura, em seu termo técnico, conforme se enunciou no capítulo anterior. Mas podem restringir injustificadamente a liberdade de comunicação, o que coincide com censura em acepção ampla. Mas em tempos em que os meios de comunicação têm tamanha influência, a imposição de limites adequados revela-se necessária, em inúmeros casos nos quais o exercício da liberdade de expressão revela-se abusivo, ou sacrifica injustamente outros direitos fundamentais.

Por fim, segue-se a uma breve abordagem da nova perspectiva imposta pelo alcance da rede mundial de computadores. A efetividade do Direito é colocada em jogo, diante do descontrole na difusão das informações na *internet*. A esse respeito, é somente possível alarmar a sociedade sobre a necessidade de se controlar aquilo que se disponibiliza. Quanto a esse aspecto, excepcionalmente, talvez seja realmente necessária à intervenção dos legisladores. Ainda que, em certa medida, o direito posto propicie a utilização de uma série de medidas que efetivamente regulam a *web*, há uma série de brechas à ilicitude – as quais não podem subsistir, sob pena de se cultivar um nicho à sua proliferação.

Diante do exposto, constata-se que não se poderia esperar que a atuação da tutela inibitória não alarmasse a sociedade brasileira, pela patente desinformação quanto à pertinência de sua utilização. Não se acredita que faltem leis sobre o assunto – a exceção do aspecto examinado no parágrafo anterior –, já que, como visto, há dispositivos do Código de Processo Civil que viabilizam o manejo adequado desse instrumento. Faz-se urgente, em verdade, que os operadores do direito estejam atentos às modificações sofridas pela realidade fática e dispostos a abandonar a segurança de postulados caducos. Não pode o jurista apegar-se a equívocos – como a interdição de todo o *site*, ocorrida no caso Cicarelli – para se esquivar de assumir posturas construtivas para o Direito. Até porque, de qualquer sorte, as falhas sempre são cometidas, inclusive quando se adota soluções extremamente conservadoras, devendo por isso ser vistas como caminhos que eventualmente se tem de trilhar para a obtenção de acertos – como a tão almejada justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEIXO, Ailin. Daniella Cicarelli faz sexo na praia. Reportagem de Daniel Marcusso, Carolina Camargo e Luciane Ângelo. *Revista Quem*, edição n. 315, 20 set. 2006. Disponível em: <<http://revistaquem.globo.com/Quem/0,6993,EQG127867061291,00.html>>. Acesso em 29 mar. 2008.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil: por dano à honra*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Inibitória e Monitória: tutelas diferenciadas. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, n. 136, ano IV, p. 42-45, set. 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. Conferência de Encerramento. In.: III Jornada de Direito Civil, 2004, Brasília. *Anais da III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, p. 31-51, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, vol. 16, ano 4, p. 59-102, outubro a dezembro de 2003.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal. *Revista de Processo*, n. 73, ano 19, p. 94-103, jan/mar 1994.

CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DANTAS, Agnes. Sem controle, internet pode virar território sem lei, dizem especialistas. *O Globo Online*, Tecnologia, 17 mai. 2007. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/tecnologia/mat/2007/05/17/295793695.asp>>. Acesso em 29 mar. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do direito processual civil*, vol. III. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, n. 66, p. 125-151, abr./jun.1980.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FOLHA ONLINE. "É algo superdolorido de falar", diz Cicarelli sobre vídeo. *Folha Online*, Informática, 10 jan. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u67454.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

_____. Após vídeo de Cicarelli, *YouTube* ganha 1,4 milhão de usuários no Brasil. *Folha Online*, Informática, 20 out. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20823.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

_____. Cicarelli, Clô, Vanucci e "senhora do orgasmo" são eleitos "micos do ano". *Folha Online*, Informática, 20 dez. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u67098.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

_____. Disputa entre Youtube e Cicarelli repercute no exterior. *Folha Online*, BBC Brasil, 05 jan. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u59763.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

_____. Paparazzo espanhol conta como filmou "romance" de Cicarelli. *Folha Online*, Ilustrada, 20 set. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u64506.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

_____. TV digital e iPhone marcaram tecnologia em 2007, dizem leitores. *Folha Online*, Informática, 03 jan. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u359850.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

_____. Vídeo com "cenas quentes" de Cicarelli e namorado cai na web. *Folha Online*, Ilustrada, 18 set. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u64446.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002. Atualização: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel Gomes (Coord.). *Comentários à Lei de Imprensa: Lei 5.250, de 09.02.1967*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. O controle jurisdicional das mensagens veiculadas através da internet. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 738, p. 75-82, abril, 1997.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 56-63.

HIDALGO, Luís Bates. Enseñanza de la práctica profesional en ambiente académico: algunas implicancias. *Revista Chilena de Derecho*. Chile: Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, v. 9, n. 2, ago. 1982.

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

LETTIERE, Giovani. Vídeo Cicarelli: leitores não consideram invasão de privacidade. *O Globo Online*, Cultura, 20 set. 2006. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2006/09/20/285743208.asp>> . Acesso em 29 mar. 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LORES, Raul Juste. Paparazzo de Cicarelli cobra "ética" da mídia. *Folha Online*, Ilustrada, 08 out. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u64963.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*, vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Curso de processo civil: processo cautelar*, vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 122, ano 31, p. 297-301, mai./jul. 1994.

MIRANDA, Débora. MTV recebe ameaça de boicote caso não demita Cicarelli. Portal G1, Notícias, Tecnologia, 09 jan. 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,AA1414176-6174,00.html>>. Acesso em 29 mar. 2008.

MUNIZ, Diógenes. "Peço desculpas aos usuários do YouTube", diz Daniella Cicarelli. *Folha Online*, Informática, 13 jan. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u21380.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

MUNIZ, Diógenes. "Ninguém pode mais se esconder", diz presidente do Google Brasil. *Folha Online*, Informática, 06 mar. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u379135.shtml>>. Acesso em 29 mar. 2008.

MURITIBA, Sérgio Silva. Tutela inibitória e os direitos da personalidade. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 22, abr., ano 30, p. 22-40, 2005

NERY JUNIOR, Nelson. Liminar impugnada e sentença irrecorrida: a sorte do agravo de instrumento. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAULINI, Umberto. *Crise estrutural e funcional da propriedade: revisão dos conceitos gerais em matéria de direitos reais (numerus clausus, tipicidade, situação jurídica e função social)*. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2008.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição para o estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERES, Marcos Flamínio. O caos organizador. *Folha de S. Paulo*, Mais!, 14 de março de 2004. Disponível em: <www.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1403200404.htm>. Acesso em 03 mai. 2005.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Direito à intimidade e à vida privada e direito à informação: uma análise para além do aparente conflito entre público e privado*. Monografia (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Voto n.º 10.448. Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos versus Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Relator: Des. Ênio Santarelli Zuliani. Julg. 28 set. 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Declaração de voto divergente. Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos versus Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Revisor: Des. Maia da Cunha. Julg. 28 set. 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Declaração de voto. Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos versus Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Vogal: Des. Carlos Teixeira Leite Filho. Julg. 28 set. 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Renato Aufiero Malzoni Filho versus Youtube Inc. Relator: Des. Ênio Santarelli Zuliani. Julg. 09 jan. 2007.

SÃO PAULO. Poder Judiciário do Estado de São Paulo. 23ª Vara Cível Central de São Paulo. Sentença n. 1440. Ação Ordinária n. 583.00.2006.204563-4. Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos versus Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Juiz de Direito Gustavo Santini Teodoro. Julg. 18 jun. 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Renato Aufiero Malzoni Filho versus Youtube Inc. Relator: Des. Ênio Santarelli Zuliani. Julg. 28 jun. 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 556.090.4-4. Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos versus Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Relator: Des. Ênio Santarelli Zuliani. Julg. 12 jun. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, vol. 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Sistema protetivo dos direitos da personalidade. In.: SANTOS, Manoel J. Pereira; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coords.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na Internet e nos demais Meio de Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 03-51.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Informação e privacidade. In.: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 475-477, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENDEIRO, Regina. Internet e justiça, um novo desafio. *O Globo Online*, Opinião, 10 jan. 2007. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/mat/2007/01/10/287362908.asp>>. Acesso em 29 mar. 2008.

WIKIPÉDIA. *Wikipédia: a enciclopédia livre*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em 29 mar. 2008 e 16 mai. 2008.

ANEXOS

ANEXO 1 – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. VOTO DO DES. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (RELATOR)	a
ANEXO 2 – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE DO DES. MAIA DA CUNHA (REVISOR)	f
ANEXO 3 – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. DECLARAÇÃO DE VOTO DO DES. CARLOS TEIXEIRA LEITE FILHO (VOGAL)	k
ANEXO 4 – CONTRA-ORDEM – DESBLOQUEIO DO YOUTUBE. DESPACHO DO DES. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (RELATOR)	n
ANEXO 5 – SENTENÇA. JUIZ DE DIREITO GUSTAVO SANTINI TEODORO	p
ANEXO 6 – MANUTENÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. VOTO DO DES. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (RELATOR)	dd
ANEXO 7 – APELAÇÃO CÍVEL. ACÓRDÃO. VOTO DO DES. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (RELATOR)	mm

ANEXO 1 – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. VOTO DO DES. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (RELATOR)

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Voto n.º 10.448. Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos *versus* Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Relator: Des. Ênio Santarelli Zuliani. Julg. 28 set. 2006.

VOTO Nº: 10448

AGRV.Nº: 472.738-4

COMARCA: SÃO PAULO

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

AGTE.: RENATO AUFIERO MALZONI FILHO e DANIELLA CICARELLI LEMOS

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

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

Vistos.

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

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

Decide-se.

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

mora]. Nesse contexto, viável antecipar a tutela, ainda que sem a citação das requeridas.

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

Aliás, sobre essa circunstância e devido ao fato de a questão atingir pessoa conhecida, como Daniela Cicarelli, é de rigor mensurar se a informação que está sendo transmitida caracteriza adequada utilidade de conhecimento, isto é, se é bom para a sociedade insistir na transmissão do vídeo em que os dois cometem excessos à beira-mar. Não soa razoável supor que a divulgação cumpre funções de cidadania; ao contrário, satisfaz a curiosidade mórbida, fontes para mexericos e "desejo de conhecer o que é dos outros, sem conteúdo ou serventia socialmente justificáveis" [GILBERTO HADDAD JABUR, "A dignidade e o rompimento da privacidade", in Direito à Privacidade, Idéias e Letras, 2005, p. 99].

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

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

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

precisamente con un dito infilato nella boca" [GIOVANNA VISITINI, Trattato breve della responsabilità civile, Cedam, Milano; 2005, p. 468].

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

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

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

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

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

A tutela inibitória que está modelada no art. 461, do CPC, foi introduzida no sistema brasileiro para contornar os efeitos da crise do processo de conhecimento [condenatório]. A opção por perdas e danos [tutela ressarcitória] nem sempre atende

os interesses imediatos dos titulares do direito subjetivo, pelo que a demora na solução do pedido poderá recrudescer ou ampliar o dano que se busca reparar, inviabilizando a ideologia da satisfação integral do lesado. Daí a necessidade de interditar, bloquear a expectativa de concretização de dano iminente ou paralisar a sua continuidade. Para LUIZ GUILHERME MARINONI, cuja previsão de três anos para o término de um processo é bem otimista, afirma que, " se alguém teme que seu direito à imagem seja violado, continue a ser violado ou seja novamente violado, não pode se dar ao luxo de esperar o tempo necessário ao trânsito em julgado da sentença cominatória" [Tutela inibitória, RT, 1998, p. 70].

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

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

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

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

A tutela inibitória a ser concedida impedirá que as requeridas permitam acesso ao filme e às fotografias, conforme pedidos dos itens " a" e " c" , da inicial [fl. 40/41], arbitrada, para cada uma das rés, a multa diária de R\$ 250.000,00 [duzentos e

cinquenta mil reais] em caso de desobediência. É necessário abrir um parágrafo para justificar o arbitramento da multa que é prevista no § 5º, do art. 461, do CPC.

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

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

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI
Relator

ANEXO 2 – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE DO DES. MAIA DA CUNHA (REVISOR)

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Declaração de voto divergente. Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos versus Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Revisor: Des. Maia da Cunha. Julg. 28 set. 2006.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

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

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

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

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

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

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

De todo modo, em se tratando de antecipação de tutela final, é inevitável que se avance um pouco sobre o mérito, mas apenas o indispensável a que se possa concluir pela prova ou não da verossimilhança das alegações ligadas à antecipação pretendida.

Pois bem.

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

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

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

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

Nesse contexto novo, não se pode cogitar de direito à privacidade ou à intimidade quando os autores, apesar de conscientes de serem figuras públicas, em especial a modelo Daniela Cicarelli (e quem a acompanha evidentemente não ignora o fato), se dispõem a protagonizar cenas de sensualidade explícita em local público e badalado

como é a praia em que estavam, uma das que compõem o que se poderia chamar de riviera espanhola, situada na Costa da Andaluzia, no município de Cádiz.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Há mais, contudo.

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

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

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

Também a liberdade da imprensa e o direito à informação pelos veículos de comunicação social não podem mais ser pensados sem a força da presença da internet, dada à rapidez com que os fatos são divulgados e vistos pelos que freqüentam a rede mundial de computadores. Impõe-se cuidado ainda maior, no

caso, para não ferir inutilmente a liberdade de imprensa e o direito de informar, o que se afirma porque o que se proibirá já é do domínio público.

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

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

MAIA DA CUNHA
Desembargador Revisor

ANEXO 3 – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DECLARAÇÃO DE VOTO DO DES. CARLOS TEIXEIRA LEITE FILHO (VOGAL)

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Declaração de voto. Agravo de Instrumento n.º 472.738-4. Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos versus Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Vogal: Des. Carlos Teixeira Leite Filho. Julg. 28 set. 2006.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Não faz muito tempo que a agravante foi protagonista ou, coadjuvante, de uma certa cautela, igualmente de ampla divulgação, porquanto proibiu os convidados à cerimônia de seu casamento, de ingressarem com seus aparelhos de telefone celular, afastando o risco de imagens não consentidas e autorizadas. Portanto, precavendo-se.

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

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

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

Nesse sentido: “*Os limites de proteção da honra individual, quanto à divulgação dos fatos pertinentes à vida humana, assentam-se em dois princípios: interesse público e liberdade de expressão. A vida de determinadas pessoas, seja pelo exercício de função pública estatal, seja de atividade ligada ao público (cinema, televisão, imprensa, teatro etc.), tem na publicidade grande fator de sucesso. A expectativa do público em relação a fatos da vida privada dessas pessoas restringe-lhes o âmbito desta esfera, quanto maior for a notoriedade. Desta forma, mesmo que na ofensa à honra no campo civil seja indiferente a veracidade ou não do fato considerado lesivo,*

a permissibilidade de sua divulgação está contida apenas no interesse público justificado e, neste caso, a divulgação deve referir-se a fato verdadeiro. Pode ocorrer que a divulgação de certos fatos verdadeiros corresponda a um interesse social, como os que ocorrem nas relações profissionais. Mesmo que um fato seja tido por desonroso, como nas informações bancárias, a finalidade da informação justifica extravasar a notícia do fato. (Aparecida Amarante, Responsabilidade civil por dano à honra, 5ª edição, BH: Del Rey, 2001, pp. 118/119).

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

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

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

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

A propósito, *“uma coisa é a usurpação do nome ou da imagem e outra é que, pela utilização dos mesmos, se exponha a pessoa ao menosprezo ou ridículo”* (Aparecida Amarante, Responsabilidade civil por dano à honra, 5ª ed., BH: Del Rey, 2001, p. 127)

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

Portanto, a necessidade é colocar um limite e porque os argumentos do Desembargador Enio Zuliani, relator deste recurso, foram bem colocados e autorizaram essa tutela inibitória para afastar o caráter permanente desse fato e sua exposição ao público em geral, nesse contexto, acompanho Sua Excelência.

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

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

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

Aliás, se nesse campo de comunicação não se atingiu um estado estacionário de ciência e tecnologia, é óbvio que maior deve ser a cautela para se evitar qualquer tipo de indesejada exposição ou de violação de privacidade, e, nessa prudência, não há dúvida que deve ser considerada a oscilação existente entre as pessoas, especialmente pelas suas relações com o mundo exterior.

CARLOS TEIXEIRA LEITE FILHO
Desembargador

ANEXO 4 – CONTRA-ORDEM – DESBLOQUEIO DO YOUTUBE. DES. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (RELATOR)

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Despacho xxx. Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Renato Aufiero Malzoni Filho *versus* Youtube Inc. Relator: Des. Ênio Santarelli Zuliani. Julg. 09 jan. 2007.

PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

AGVR Nº: 488.184-4/3

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

COMARCA: São Paulo

AGTE: RENATO AUFIEIRO MALZONI FILHO

AGDO: YOUTUBE INC.

1. Tomei conhecimento do bloqueio do site YoTube (sic), para cumprir decisão de minha autoria.

Observo que realmente concedi efeito ativo ao agravo interposto por Renato Aufiero Malzoni Filho, no sentido de serem adotadas providências que impeçam o acesso dos internautas brasileiros ao vídeo das filmagens dos autores da ação [Renato e Daniella Cicarelli Lemos] na praia de Cádiz, na Espanha.

Tal determinação decorre do poder concedido ao juiz para empregar meios de coerção indiretos [art. 461, º 5º, do CPC] no sentido de obter efetivo cumprimento das decisões judiciais. No caso, há um Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo [AgIn. 472.738-4], deferindo tutela antecipada para interditar toda e qualquer atividade, da internet, de exploração da imagem dos autores, por evidenciar ofensa aos direitos da personalidade.

2. É preciso dispor que a questão não diz respeito mais ao vídeo de Cicarelli, como ficou conhecida a matéria, porque o que está em análise é a respeitabilidade de uma decisão judicial. O Youtube não cumpre a sentença, o que constitui ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF, uma ameaça ao sistema jurídico. As sentenças são emitidas para serem executadas.

3. O bloqueio do site está gerando uma série de comentários, o que é natural em virtude de ser uma questão pioneira, sem apoio legislativo. O incidente serviu para confirmar que a Justiça poderá determinar medidas restritivas, com sucesso, contra as empresas, nacionais e estrangeiras, que desrespeitarem as decisões judiciais. Nesse contexto, o resultado foi positivo.

4. Todavia, é forçoso reconhecer que não foi determinado o bloqueio do sinal do site Yotube (sic). Essa determinação, que é possível de ser tomada em caráter preventivo, como esclarece o jurista português JÓNATAS E. M. MACHADO [Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema privado, Universidade de Coimbra, 2002, p. 1123], deve ser emitida com clara

fundamentação e com total transparência sobre o direito de liberdade de expressão e informação, que não comporta censura [art. 220, ° 1º, da CF]. Impedir divulgação de notícias falsas, injuriosas ou difamatórias, não constitui censura judicial. Porém, a interdição de um site pode estimular especulações nesse sentido, diante do princípio da proporcionalidade, ou seja, a razoabilidade de interditar um site, com milhares de utilidades e de acesso de milhões de pessoas, em virtude de um vídeo de um casal.

5. O relator agradece o empenho com que as operadoras agiram quando receberam os ofícios do Juízo de Primeiro Grau, para que fosse cumprida a decisão. Acredita-se que o fechamento completo do sinal de acesso ocorreu por dificuldades técnicas de ser criado o filtro que impeça o acesso ao vídeo do casal. Mas, não foi essa a determinação, pois o que se ordenou foi o emprego de mecanismo que bloqueasse o acesso a endereços eletrônicos que divulgam o vídeo, cuja proibição foi determinada por decisão judicial. Não há, inclusive, referência para corte do sinal na hipótese de ser inviável a providência determinada.

6. Para que ocorra execução sem equívocos, determina o relator que se expeça ofício ao digno Juízo para que mande restabelecer o sinal do site Youtube (sic), solicitando que as operadoras restabeleçam o acesso e informem ao Tribunal as razões técnicas da suposta impossibilidade de serem bloqueados os endereços eletrônicos.

7. Fica registrado não estar excluída a imposição, pela Turma Julgadora, de medidas drásticas, como o bloqueio preventivo, por trinta dias ou mais, até que o Youtube providencie a instalação de software, com poder moderador das imagens cuja divulgação foi proibida. Porém, essa é uma decisão de competência da Turma Julgadora e que poderá ser tomada na próxima sessão de conferência de votos dos Desembargadores. Ademais, a decisão definitiva dependerá das respostas técnicas das operadoras que foram notificadas.

8. Oficie-se com urgência para que o Juízo transmita a contra-ordem, por sistema rápido de comunicação, de forma a concretizar o desbloqueio do site Youtube (sic), mantida a determinação para que se tomem providências no sentido de bloquear o acesso ao vídeo de filmagens do casal, desde que seja possível, na área técnica, sem que ocorra interdição do site completo.

Intimem-se.

São Paulo, 9 de janeiro de 2007.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI

Relator

ANEXO 5 – SENTENÇA. JUIZ DE DIREITO GUSTAVO SANTINI TEODORO.

SÃO PAULO. Poder Judiciário do Estado de São Paulo. 23ª Vara Cível Central de São Paulo. Sentença n. 1440. Ação Ordinária n. 583.00.2006.204563-4. Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos *versus* Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Juiz de Direito Gustavo Santini Teodoro. Julg. 18 jun. 2007.



PODER JUDICIÁRIO
23ª VARA CÍVEL CENTRAL DE SÃO PAULO

Processo nº 583.00.2006.204563-4 (1440)

Vistos.

Consta da petição inicial que os autores RENATO AUFIERO MALZONI FILHO e DANIELLA CICARELLI LEMOS, namorados, viajaram de férias para a Espanha em agosto de 2006. Longe do país e do assédio da mídia nacional, foram inadvertida e sorrateiramente filmados por um *paparazzo* espanhol, quando desfrutavam de lazer na Praia de Tarifa, em momentos de intimidade. O réu YOUTUBE INC., sem autorização do casal, divulgou em seu *site* o filme sob o título “Daniella Cicarelli transando no mar”. Veículos de comunicação da *internet* brasileira, entre eles os réus IG – INTERNET GROUP DO BRASIL LTDA. e ORGANIZAÇÕES GLOBO DE COMUNICAÇÃO, divulgaram fotos e *links* para o vídeo. Tudo isso, ausente qualquer interesse público, implicou violação à imagem e à honra dos autores, os quais, com a presente AÇÃO INIBITÓRIA, pretendem obrigar os réus a cessarem imediatamente, sob pena de multa diária, a exibição do vídeo e das fotos dele extraídas, seja diretamente ou via *links*, para evitar maiores transtornos à sua vida privada.

Tutela antecipada foi indeferida por este Juízo (fls. 42 e verso), o que levou à interposição de agravo de instrumento, em que concedida a liminar (fls. 63-70), confirmada por maioria no julgamento final (fls. 126-145).

Diante do descumprimento do v. acórdão proferido no agravo de instrumento, o co-autor Renato Aufiero Malzoni Filho requereu bloqueio de acesso ao



PODER JUDICIÁRIO
23ª VARA CÍVEL CENTRAL DE SÃO PAULO

Processo nº 583.00.2006.204563-4 (1440)

site Youtube aos internautas brasileiros, o que foi indeferido por este Juízo (fls. 173 e verso). Interposto agravo de instrumento, foi deferida a colocação de filtros impeditivos do acesso ao vídeo (fls. 234, item 37; fls. 238-241), com o esclarecimento posterior de que, na impossibilidade técnica de cumprimento da medida, não deveria haver bloqueio do acesso ao *site* todo (fls. 339-341). Sobre a questão, vieram aos autos informações da Embratel, da Tim Celular, da Impsat Comunicações (fls. 352-363, 369-374, 381, 383-384, 402, 404).

O réu YOUTUBE LCC (nova denominação de Youtube Inc.) apresentou contestação (fls. 450-484). Preliminarmente, argüiu nulidade da carta rogatória, em razão de nulidade da citação e falta de documentos indispensáveis à sua instrução. No mérito, expôs que não tem relação alguma com os co-réus. Aduziu que os direitos da personalidade de pessoa pública, como a co-autora, sofrem restrição em local público. Acrescentou que os autores, quando resolveram namorar à luz do dia em famosa praia da Espanha, abriram mão do direito à intimidade e à privacidade, em prol talvez de uma fantasia ou algo do gênero. Fez considerações sobre colisão de direitos e censura. Sustentou ser tecnicamente impossível dar cumprimento integral à obrigação de fazer pleiteada pelos autores. Alegou que, como provedor de serviço, sua responsabilidade sobre o conteúdo exposto pelos usuários é limitada. Destacou que não descumpriu a liminar concedida no agravo de instrumento. Pediu o acolhimento da preliminar ou a improcedência da ação.

Por sua vez, a ré GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, na contestação (fls. 599-604), sustentou que, muito embora tenha cumprido a ordem judicial proveniente do agravo de instrumento, não praticou ilícito, pois o local dos fatos não assegurava privacidade ao casal. Aduziu que os autores tinham pleno conhecimento da situação e do risco inerente ao explícito ato obsceno por eles protagonizado. Sustentou que, como provedor, não tem como controlar tudo o que é



PODER JUDICIÁRIO
23ª VARA CÍVEL CENTRAL DE SÃO PAULO

Processo nº 583.00.2006.204563-4 (1440)

publicado por *bloggers*, dada a impossibilidade de filtrar milhões de informações, na busca desenfreada de eventuais mensagens difamantes. Concluiu pela improcedência.

A contestação do réu INTERNET GROUP DO BRASIL LTDA. não foi diferente (fls. 608-628). Depois de destacar que os autores são pessoas conhecidas – que foram acompanhados de perto por órgãos de imprensa em viagem anterior feita à praia de Mikonos, na Grécia –, afirmou que deveriam saber que idêntico interesse seria despertado na viagem à Espanha, razão pela qual carece de credibilidade a afirmação de que foram para lá com o objetivo de evitar o incansável assédio da mídia nacional. Aduziu que a praia onde foram filmados e fotografados nada tem de deserta, pois se trata de local badalado. O próprio *paparazzo* espanhol esclareceu que, no dia do vídeo, havia mais de duzentas pessoas no local. Argüiu ilegitimidade passiva *ad causam*, pois se limitou a disponibilizar informações via *link*, e não o vídeo ou as fotos dele extraídas. Sustentou que exerceu seu direito de informar e que os autores consentiram tacitamente com a divulgação do fato. Pediu sua exclusão da lide ou o julgamento de improcedência.

Houve réplicas (fls. 1453-1477 e 1483-1521).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, o processo comporta julgamento na fase em que se encontra.

1. As preliminares devem ser rejeitadas.

Não ocorreu nulidade no cumprimento da carta rogatória, pois foram observadas as formalidades cabíveis, com citação e intimação por meio de pessoa “autorizada a aceitar”, conforme certidão a fls. 335-337.



PODER JUDICIÁRIO
23ª VARA CÍVEL CENTRAL DE SÃO PAULO

Processo nº 583.00.2006.204563-4 (1440)

De todo modo, o co-réu Youtube compareceu nos autos e se defendeu amplamente, o que permite concluir que eventual irregularidade na carta rogatória não prejudicou seu direito de defesa.

Além disso, na verdade, a nulidade argüida objetiva adiar o termo inicial de incidência da multa cominatória fixada no v. acórdão, o que, porém, em razão do resultado quanto ao mérito (infra, item 6), torna-se irrelevante.

A legitimidade passiva do co-réu Internet Group decorre do fato de os autores terem pedido sua condenação a retirar de sua página na *web* o *link* para o vídeo questionado nesta ação.

Portanto, rejeito as duas preliminares.

2. Ainda no campo exclusivamente processual, impõe-se revogar o segredo de justiça, imposto por este Juízo em atendimento a requerimento dos autores (fls. 42-vº).

Realmente, sem embargo daquela determinação, houve ampla divulgação dos atos processuais. Os autores não pediram providências para apurar as responsabilidades pela publicidade indevida.

Portanto, a medida se mostrou inócua e também desnecessária, razão pela qual não mais deve subsistir.

3. No mérito, é pertinente analisar o caso a partir de precedente em situação semelhante, da Quarta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 595.600 - SC, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 18 de março de 2004.

3.1. Do voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator, extrai-se que os fatos diziam respeito a publicação desautorizada da autora – que não era atriz, nem modelo amador ou profissional, nem pessoa famosa ou que sobrevivesse da



PODER JUDICIÁRIO
23ª VARA CÍVEL CENTRAL DE SÃO PAULO

Processo nº 583.00.2006.204563-4 (1440)

comercialização de sua imagem –, em *topless*, fotografada em praia pública, em momento de lazer.

Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente, sob o argumento de que a ré “*exerceu sua liberdade de imprensa que tem amparo constitucional, sem ferir as garantias da autora, que, por sua vez, exerceu sua liberdade pessoal, consciente ou inconscientemente, produzindo notícia, pela prática de topless, em público.*”

No julgamento da apelação, a r. sentença foi reformada por maioria de votos, sob estes fundamentos:

“*O direito a própria imagem, como direito personalíssimo, goza de proteção constitucional, sendo absoluto e, pois, oponível a todos os integrantes da sociedade, para os quais cria um dever jurídico de abstenção. A publicação de imagem de alguém fotografado imprescinde, sempre, de autorização do fotografado. Inexistente essa autorização, a veiculação da imagem materializa violação ao direito do respectivo titular, ainda que inexistente qualquer ultraje à moral e aos bons costumes. A ocorrência do dano, em tal hipótese, é presumida, resultando tão somente da vulneração do direito à imagem.*”

Em razão do voto vencido, houve interposição de embargos infringentes, que foram acolhidos, nestes termos:

“**DIREITO À IMAGEM. IMPRENSA. TOPLESS. FOTOGRAFIA OBTIDA EM LOCAL PÚBLICO. DIVULGAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.** A partir do momento que uma jovem, por sua vontade livre e consciente, desnuda os seios em local público, expõe-se ela à apreciação das pessoas que ali se fazem presentes, de tal sorte que se jornal de circulação estadual e tido como idôneo lhe fotografa, apenas registra um fato que ocorreu numa praia, ampliando a divulgação de uma imagem que se fez aberta aos olhos do público. (...)”



PODER JUDICIÁRIO
23ª VARA CÍVEL CENTRAL DE SÃO PAULO

Processo nº 583.00.2006.204563-4 (1440)

Honra é o sentimento de dignidade própria que leva o indivíduo a procurar merecer a consideração geral. Se não há fato lesivo à honra, tampouco, não existe o dever de indenizar.

A imagem das pessoas constitui uma forma do direito à intimidade. Quem quer preservar sua honra e sua intimidade não expõe os seios para deleite da multidão. Se a embargada resolveu mostrar sua intimidade às pessoas deve ter maturidade suficiente para suportar as conseqüências de seus atos e não atribuir à imprensa a responsabilidade pelo ocorrido.

É importante salientar que a praia estava cheia e era feriado. A fotografia não foi obtida de recinto ou propriedade particular, ou de ambiente exclusivamente privado. Mas muito pelo contrário, o fotógrafo simplesmente registrou o que estava à mostra para todos os presentes na Praia Mole, naquele momento.

A embargada, mostrando-se da forma que estava, em pé, não estava em condições de ignorar que se tornaria objeto de atenções e aceitou implicitamente a curiosidade geral.

Da mesma forma que tinha direito, diante da liberdade que lhe é assegurada, de praticar topless, o fotógrafo usou da liberdade para fazer seu trabalho e registrou esta cena, e, no dia posterior, o jornal veiculou esta fotografia, exercendo seu direito de liberdade de imprensa.

O jornal não fez uso irregular da fotografia, nem fez chamada sensacionalista. Como ficou registrado, não houve nenhum destaque e o nome da autora sequer foi referido na reportagem que a fotografia ilustra. (...)

A honra da embargada, é importante salientar, não foi violada de maneira alguma. Poderia, em tese, admitir-se o pleito aqui deduzido em hipótese outra, por exemplo, na foto de uma moça, em uma praia, no momento em que acabava de recuperar-se de uma onda, totalmente desprevenida e que se encontrava com



PODER JUDICIÁRIO
23ª VARA CÍVEL CENTRAL DE SÃO PAULO

Processo nº 583.00.2006.204563-4 (1440)

a peça superior de sua roupa de banho fora do lugar. Nesse caso, sim, absolutamente, inidônea e oportunista a atitude do jornal.

Mas a partir do momento em que a embargada não teve objeção alguma de que pessoas pudessem observar sua intimidade, não pode ela, vir à Justiça alegar que sua honra foi violada pelo fato de o Diário Catarinense ter publicado uma foto obtida naquele momento numa praia lotada e em pleno feriado.”

3.2. Observe-se bem que, muito embora o caso julgado não se refira a hipótese de vídeo de casal em carícias mais íntimas, mas sim a fotografia de *topless*, a discussão relativa aos limites do direito à imagem é idêntica ao destes autos. De um lado, está o argumento segundo o qual o direito a própria imagem é personalíssimo e absoluto, oponível a todos em qualquer situação, o que impõe sempre a obtenção de consentimento expresso para a divulgação. De outro, a conclusão de que, em certas circunstâncias, não há dever de abstenção na divulgação da imagem, quando esta é exibida pela própria pessoa em local público.

É certo também que *topless* e relações íntimas na praia não são situações semelhantes. Entretanto, tanto em uma quanto em outra situação, de parte da privacidade se abre mão, no exercício do que se entende por liberdade, o que permite analisar ambas sob o mesmo enfoque. Não cabe aqui tecer considerações sobre a licitude ou ilicitude dessas condutas, porque não é isso que está em causa. O fulcro da questão é outro: definir se existe o dever de não divulgar vídeo ou foto de pessoa que expõe sua imagem em local público, numa situação não exatamente corriqueira, que pode chamar a atenção de terceiros.

Bem por isso é que também se mostra irrelevante o fato de o precedente ser relativo a ação de indenização, enquanto o caso *sub judice* trata-se de uma ação dita inibitória, que objetiva obrigar os réus a cessarem imediatamente, sob pena de multa diária, a exibição do vídeo e das fotos dele extraídas, seja diretamente ou via *links*.



PODER JUDICIÁRIO
23ª VARA CÍVEL CENTRAL DE SÃO PAULO

Processo nº 583.00.2006.204563-4 (1440)

O fundamento das duas pretensões é o mesmo. O titular do direito violado, sob o argumento do descumprimento daquele dever, pode buscar, em tese, tanto a indenização quanto a condenação na obrigação de não mais divulgar a imagem.

Há ainda uma outra diferença, que também não interfere: no precedente, a autora da ação não era atriz, nem modelo amador ou profissional, nem pessoa famosa ou que sobrevivesse da comercialização de sua imagem. É o caso, aparentemente, do co-autor, mas, certamente, não da co-autora da presente demanda. Contudo, é mitigada a proteção à imagem de pessoa famosa, razão pela qual esta não pode se insurgir contra alegada violação se, em situação similar vivenciada por pessoa não famosa, foi proclamada a inocorrência do ilícito.

No caso anteriormente julgado a autora da ação expôs os seios para deleite da multidão. A praia estava cheia e era feriado. A fotografia não foi obtida de recinto ou propriedade particular, ou de ambiente exclusivamente privado. Nestes autos, basta assistir ao vídeo, que está nos autos gravado em meio eletrônico, para ver que havia várias outras pessoas na praia, quando da troca das carícias na areia.

Em dado momento, as legendas do vídeo anunciam a busca de intimidade. As imagens mostram o casal indo para a água, o que, evidentemente, não lhes trouxe privacidade alguma, que mereça proteção jurídica. A situação continuou a ser de exposição pública da própria imagem, a simples consumação do que se iniciou na areia, e não a “busca de um lugar reservado, longe das poucas pessoas que ali se encontravam”, como equivocadamente dito na réplica do autor (fls. 1457, item 13).

Dizer, como fez o co-autor (fls. 1455, item 8), que o ocorrido “não se deu em ato público, mas sim em ato da vida privada do casal (ainda que em local público)” é jogar com as palavras, numa diferenciação que não faz sentido.

3.3. Portanto, as diferenças fáticas analisadas no item anterior não são significativas a ponto de afastar a adoção, nestes autos, da conclusão a que chegou



PODER JUDICIÁRIO
23ª VARA CÍVEL CENTRAL DE SÃO PAULO

Processo nº 583.00.2006.204563-4 (1440)

o Colendo Superior Tribunal de Justiça no caso anteriormente julgado, conforme excertos do voto do Excelentíssimo Ministro Relator, transcritos a seguir.

“Desse modo, o deslinde da controvérsia, como se desprende, reclama a conciliação de dois valores sagrados das sociedades culturalmente avançadas, quais sejam o da liberdade de informação (no seu sentido mais genérico, aí incluindo-se a divulgação da imagem) e o da proteção à intimidade, em que o resguardo da própria imagem está subsumido.

É certo que ‘em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não.’ (Segunda Seção, EREsp 230.268/SP, relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 04.08.2003).

Todavia, a proteção à intimidade não pode ser exaltada a ponto de conferir imunidade contra toda e qualquer veiculação de imagem de uma pessoa, constituindo uma redoma protetora só superada pelo expresso consentimento, mas encontra limites de acordo com as circunstâncias e peculiaridades em que ocorrida a captação.

Esta Turma, em situação que aproveita à espécie, decidiu:

‘CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. REPRODUÇÃO INDEVIDA. LEI N. 5.988/73 (ART. 49, I, "F"). DEVER DE INDENIZAR. CÓDIGO CIVIL (ART. 159).

A imagem é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, e a emanção da própria pessoa, é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam.

A sua reprodução, conseqüentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena



PODER JUDICIÁRIO
23ª VARA CÍVEL CENTRAL DE SÃO PAULO

Processo nº 583.00.2006.204563-4 (1440)

de acarretar o dever de indenizar que, no caso, surge com a sua própria utilização indevida.

É certo que não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem; todavia, não se deve exaltar a liberdade de informação a ponto de se consentir que o direito a própria imagem seja postergado, pois a sua exposição deve condicionar-se a existência de evidente interesse jornalístico que, por sua vez, tem como referencial o interesse público, a ser satisfeito, de receber informações, isso quando a imagem divulgada não tiver sido captada em cenário público ou espontaneamente.

Recurso conhecido e provido.’ (REsp 58.101/SP, por mim relatado, DJ 09.03.1998).

Na espécie, a recorrida divulgou fotografia, sem chamada sensacionalista, de imagem da recorrente praticando topless ‘numa praia lotada em pleno feriado’ (fl. 196).

Isto é, a própria recorrente optou por revelar sua intimidade, ao expor o peito desnudo em local público de grande movimento, inexistindo qualquer conteúdo pernicioso na veiculação, que se limitou a registrar sobriamente o evento sem sequer citar o nome da autora.

Assim, se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.”

4. É certo que, no caso destes autos – diferentemente da situação analisada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça –, a exibição da cena protagonizada pelo casal se fez de maneira sensacionalista. Mais ainda, a divulgação não



PODER JUDICIÁRIO
23ª VARA CÍVEL CENTRAL DE SÃO PAULO

Processo nº 583.00.2006.204563-4 (1440)

ocorreu num jornal de circulação estadual, mas sim em inúmeros meios de comunicação e na *internet*, em proporção infinitamente maior.

Como dito nas réplicas, houve “exibição ilimitada do vídeo na *internet*, inclusive em *websites* que carregam a mais baixa e desqualificada pornografia sexual” (fls. 1456, item 11), com a veiculação de momentos íntimos do casal “em escala mundial” (fls. 1498, terceiro parágrafo).

Entretanto, nada disso decorreu de conduta dos réus.

De fato, como bem ressaltado na contestação do réu Internet Group do Brasil Ltda. (fls. 610, item 6), sem impugnação nas réplicas, os autores, em sua viagem à praia de Mikonos, na Grécia, já haviam sido acompanhados de perto pela imprensa (fls. 738-739), razão pela qual deveriam saber que não poderia ser diferente na viagem à Espanha.

Ademais, não bastasse assistir ao próprio vídeo para ver que agiram despreocupadamente, uma reportagem de conhecida revista masculina, não impugnada pelos autores em seu conteúdo, transcreveu relevante informação do *paparazzo* responsável pela filmagem (fls. 841): “Havia cerca de 200 pessoas na praia naquela tarde, eles fizeram aquilo na frente de todo mundo.”

Portanto, o estrépito resultou da conduta (casal conhecido, trocando carícias íntimas na praia), e não propriamente da divulgação do vídeo no *site* do co-réu Youtube e das fotos e *links* nos *sites* dos co-réus Globo e IG.

5. Outrossim, com os recursos atuais da tecnologia, os autores deveriam saber que suas imagens poderiam ser captadas por qualquer um e colocadas na *internet*. Deixaram que sua intimidade fosse observada em local público, razão pela qual não podem argumentar com violação da privacidade, honra ou imagem para cominar polpudas multas justamente aos co-réus.



PODER JUDICIÁRIO
23ª VARA CÍVEL CENTRAL DE SÃO PAULO

Processo nº 583.00.2006.204563-4 (1440)

Aliás, há nos autos documento, não impugnado em seu conteúdo (fls. 583), que menciona a existência “das cenas picantes de sexo implícito do casal” em “centenas de outros *sites* que replicaram a peça”. Com as palavras *cicarelli malzoni praia*, os *sites* de busca mais conhecidos, nesta data, revelam também milhares de *links* para o assunto: *Live Search*, 1588 resultados; *Terra*, 1630 resultados; *UOL Busca*, 1592 resultados; *Yahoo Cadê*, 7270 resultados; *Google*, 52300 resultados. Até na biografia da autora, na *Wikipedia*, há referência ao “vídeo polêmico”.

Na verdade, os autores, sabidamente alvo da curiosidade do público antes mesmo do acontecimento objeto deste processo, resolveram trocar intimidades em local não reservado. Cominar multa aos réus para que não divulguem o vídeo, as fotos extraídas do vídeo ou os respectivos *links* não tem utilidade alguma – salvo enriquecimento sem causa dos autores –, pois continuarão a existir na *internet*, às centenas ou milhares, o vídeo, as fotos e os *links* sobre o assunto.

É de conhecimento de qualquer pessoa minimamente integrada ao mundo atual que ocorre essa multiplicação exponencial da informação via *internet*. A utilização dos mecanismos jurídicos tradicionais, como o desta ação, é completamente inócuo e até mesmo cômico. Como corretamente sustentado pelo co-réu Internet Group (fls. 623-624, itens 61, 62 e 65), a conduta dos autores viola o princípio da boa-fé objetiva, pois não lhes é permitido agir de “dada maneira em público e depois afirmar que isso não poderia ser veiculado publicamente”.

Em outras palavras, bem utilizadas na contestação desse coréu, “a boa-fé objetiva impede que os autores exijam que os órgãos de imprensa tratem como privada a conduta que elegeram como pública. Viver honestamente, princípio primeiro do direito, implica agir de modo coerente.” O argumento se aplica também a serviços como o mantido pelo Youtube. Ou seja, os autores deveriam ter maturidade suficiente para suportar as conseqüências de seus atos, e não culpar os réus pela alegada violação de privacidade.



PODER JUDICIÁRIO
23ª VARA CÍVEL CENTRAL DE SÃO PAULO

Processo nº 583.00.2006.204563-4 (1440)

6. Porque pertinente, à luz do que antes exposto, transcreve-se o que este Juízo decidiu quando da apreciação da tutela antecipada:

“O deferimento da medida não prescinde de uma análise, ainda que sumária – própria desta fase do processo – da verossimilhança do argumento, que permeia a petição inicial, segundo o qual os réus teriam praticado ato ilícito, com a divulgação em seus sites, dita não autorizada ou consentida, de vídeo em que os autores aparecem como protagonistas.

Assistindo-se ao vídeo, percebe-se claramente que eles, à luz do sol, trocaram intimidades numa praia, local em princípio aberto ao público, desprovido de qualquer restrição de acesso, onde havia inclusive outras pessoas, sem sinal do constrangimento que agora dizem sentir. A alegação de que se tratava de praia calma, em local considerado rústico, aparentemente não é confirmada pelas imagens.

Procedendo desse modo, os autores, por livre e espontânea vontade, expuseram-se em ambiente que permitiu a captação das imagens pelas lentes de uma câmera, cujo operador, é bom que se diga, não encontrou absolutamente nenhuma barreira natural, tampouco empecilho, para a filmagem.

Nessas circunstâncias, à primeira vista, não há como vislumbrar, na conduta dos réus, violação de direito à imagem ou desrespeito à honra, à intimidade ou à privacidade dos autores, pois não se tratou de cenas obtidas em local reservado, que se destinasse apenas a encontros amorosos, excluída a visualização por terceiros. Agora não basta, para que se conclua o contrário, a simples afirmação na petição inicial. Só com cognição exauriente é que, em tese, a conclusão poderá se alterar.”

A cognição exauriente, nestes autos, obteve-se por meio do contraditório e da prova documental produzida com as contestações. Provas pericial e oral mostram-se inúteis e desnecessárias, pois as questões relevantes para a solução do litígio,



PODER JUDICIÁRIO
23ª VARA CÍVEL CENTRAL DE SÃO PAULO

Processo nº 583.00.2006.204563-4 (1440)

antes examinadas, prescindem de conhecimentos técnicos ou de esclarecimentos em audiência.

Ressalte-se que a cognição, na apreciação da tutela antecipada em segundo grau, também é sumária e provisória, destinada, portanto, a ser substituída quando do julgamento definitivo, razão pela qual não se pode dizer que a conclusão a que se chegou nesta sentença viole o que decidiu a superior instância quando do julgamento dos agravos interpostos pelos autores. As medidas perdem sua eficácia.

7. Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a ação. DECLARO cessada a eficácia das medidas concedidas no julgamento dos agravos de instrumento e prejudicada a aplicação da multa cominada. REVOGO o segredo de justiça. Sucumbentes, os autores arcarão solidariamente com custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados estes, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, em dez mil reais, para cada um dos co-réus, com atualização monetária pela tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir desta sentença. Quando operado o trânsito em julgado ou interposto recurso sem efeito suspensivo, requeira a parte credora, se for de seu interesse, o cumprimento do julgado, na forma dos artigos 475-B, *caput*, e 475-I, do Código de Processo Civil. Se não houver requerimento em seis meses, aguarde-se eventual provocação em arquivo (artigo 475-J, parágrafo 5º).

P.R.I.

São Paulo, 18 de junho de 2007.

GUSTAVO SANTINI TEODORO
Juiz de Direito

ANEXO 6 – MANUTENÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. VOTO DO DES. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (RELATOR).

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão n. xxxx. Agravo de Instrumento n.º 488.184-4/3. Renato Aufiero Malzoni Filho *versus* Youtube Inc. Relator: Des. Ênio Santarelli Zuliani. Julg. 28 jun. 2007.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 488.184-4/3

Superveniência da sentença de 1º Grau julgando improcedente a ação – Predominância da tutela antecipada proferida no agravo de instrumento nº 472.738-4, aplicado o princípio da hierarquia da jurisdição, o que impede que o Juiz de 1º Grau revogue decisões emitidas pelo Tribunal de Justiça – Precedentes do STJ [Resp 765.105 e Resp 742.512].

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

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 488.184-4/3**, da Comarca de **SÃO PAULO**, sendo agravante **RENATO AUFIERO MALZONI FILHO** e agravado **YOU TUBE INC**.

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento, em parte, ao recurso.

Vistos.

RENATO AUFIERO MALZONI FILHO tirou agravo contra o r. despacho que negou o bloqueio de acesso ao *site* **YOU TUBE**, tendo em vista a desobediência ao julgado do Tribunal no AgIn. 472.738-4, insistindo na interdição do *web-site* (www.youtube.com) até que seja implementado o sistema que impeça a exposição do vídeo clandestino revelador de imagens do pretendente e de sua namorada, Daniela Cicarelli, na praia de Cádiz, na Espanha.

É de ser lembrado que a Quarta Câmara, por maioria de votos, concedeu tutela antecipada de natureza interdital, objetivando preservar resíduos dos direitos de personalidade dos envolvidos, que não deram consentimento expresso para divulgação de cenas de sexo e que, inclusive, caracterizariam a prática de crime, tanto no Brasil como na Espanha.

O agravo está sendo processado com liminar, em virtude de decisão lançada para providências por parte de empresas brasileiras que controlam o tráfego internacional de *web-site*, visando à colocação de um filtro que impedisse acesso às imagens do casal, sendo que, em cumprimento a essa determinação, por má execução no Juízo de Primeiro Grau, terminou acontecendo o bloqueio completo do *site*, causa de uma intensa repercussão e debates sobre os limites da atuação do Judiciário quanto ao controle de conteúdo da *Internet*. O desbloqueio foi imediato [fl. 144/146].

Convém detalhar as principais ocorrências a partir dessa fase do presente recurso:

1. A **EMBRATEL** peticionou confessando sua perplexidade diante da divergência entre o que foi determinado pelo Desembargador Relator e a ordem emitida pelo Juízo de Primeiro Grau sobre o bloqueio do *site*, quando declarou a impossibilidade técnica de instalar filtro nos *links* de acesso [fl. 157].

2. A **IMPSAT COMUNICAÇÕES LTDA.** informou ter cumprido as decisões e informa, igualmente, a impossibilidade, como provedor de acesso, de restringir determinadas áreas de um *site* [fl. 173].

3. A **TELECOMUNICAÇÕES** também afirma ser irrealizável a tarefa do bloqueio devido a dificuldades de padronizar um identificador do vídeo, pela manipulação dos associados que compartilham do *site youtube* [fl. 195].

4. A **BRASIL TELECOM** apresentou uma manifestação de desagrado com a postulação, defendendo, inclusive, a ineficácia da providência alvitada, porque os interessados conseguem, até com facilidade, furar os bloqueios e acessar, por fontes internacionais, o *site youtube*. Lembra, ainda, que seria impraticável exercer controle de todo o conteúdo para restringir o vídeo do casal, por representar uma medida extraordinária e capaz de afetar direitos tuteláveis de terceiros [fl. 336].

5. O **COMITE GESTOR DA INTERNET DO BRASIL – CGI.br** solicitou sua admissão como “*amicus curiae*” [fl. 357], sendo que a Turma Julgadora decidiu, por unanimidade, recusar a oferta, rejeitando a participação, embora agradecesse o empenho demonstrado em prol da efetividade da jurisdição, tendo sido anotado no Acórdão [fl. 672]:

“Caso o Comitê Gestor queira mesmo cooperar com o Judiciário e proteger a coisa julgada constitucional (art. 5º, XXXVI, da CF), basta agir no âmbito de sua competência administrativa e institucional, no sentido de fazer cumprir o que se decidiu, sendo que para esse mister não é preciso que ingresse no debate jurídico que se desenvolve para persuadir os destinatários da sentença ao seu cumprimento”.

Resume-se, agora, a intervenção da sociedade norte-americana **YOUTUBE LLC.**, que reclama da nulidade da citação na ação principal, mencionando os arts. 12, 215 e 247, do Código de Processo Civil [fl. 225]. Depois, argumenta que está isenta de responsabilidade porque a modelo que protagoniza as cenas transmitidas pela *Internet* é uma figura pública, incapaz de ser protegida, sendo que também explora o fato de o vídeo ter caído em uma espécie de domínio público, graças a divulgação no Programa da TV Espanhola “Dolce Vita”. Segue afirmando que, como provedor de hospedagem não está obrigado a realizar controle [monitoramento] do conteúdo “dos

atos de navegadores”, reportando ao art. 15 da Diretiva 2000/31, da Comunidade Européia. Defendeu que o bloqueio do *site* poderá provocar o *periculum in mora* inverso, na medida em que compromete expectativas legítimas de milhares de pessoas interessadas nos serviços de entretenimento que são prestados pela rede e finaliza reivindicando redução da multa estabelecida [R\$ 250.000,00], por considerá-la exagerada.

Consta da petição xerocopiada à fl. 662, que Daniela Cicarelli manifestou, de forma expressa, seu interesse em que as requeridas da ação sejam compelidas a deixar de exhibir o filme no qual aparece com o seu namorado Renato Aufiero Malzoni Filho.

Decide-se.

O **YOUTUBE LLC.** juntou cópia da r. sentença proferida na ação ajuizada por **RENATO AUFIERO MALZONI FILHO** e **DANIELA CICARELLI LEMOS**, pela qual o D. Magistrado rejeitou os pedidos e revogou as medidas concedidas nos agravos de instrumento, requerendo que o Tribunal declare prejudicado o presente recurso.

A situação informada nos autos não é novidade, devido a possibilidade de o Juiz de Primeiro Grau julgar improcedente uma ação quando o Tribunal, em agravo de instrumento, concedeu a tutela antecipada, nos termos do art. 273 do CPC. Evidente que prevalece a decisão do Tribunal, que é pronunciamento de Grau superior ao do Juízo de Direito. O colendo STJ examinou o incidente e aplicou o princípio da hierarquia dos poderes, conforme acórdão da lavra do Ministro CASTRO MEIRA, Resp. 742.512, DJ de 21.11.05:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM PROCESSO CAUTELAR JULGADO POSTERIORMENTE À SENTENÇA. DÚVIDA QUANTO Á PERDA DE OBJETO. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO ULTRA PETITA. AUSÊNCIA.

1. A superveniência da sentença no processo principal não conduz, necessariamente, à perda do objeto do agravo de instrumento. A conclusão depende tanto "do teor da decisão impugnada, ou seja, da matéria que será examinada pelo tribunal ao examinar o agravo, quanto do conteúdo da sentença" (O destino do agravo depois de proferida a sentença. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Série 7. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier - coordenadores. São Paulo: RT, 2003).

2. A questão soluciona-se pela aplicação de dois critérios: a) o da hierarquia, segundo o qual a sentença não tem força para revogar a decisão do tribunal, razão por que o agravo não perde o objeto, devendo ser julgado; b) o da cognição, pelo qual a cognição exauriente da sentença absorve a cognição sumária da interlocutória. Neste caso, o agravo perderia o objeto e não poderia ser julgado.

3. Se não houver alteração do quadro, mantendo-se os mesmos elementos de fato e de prova existentes quando da concessão da liminar pelo tribunal, a sentença não atinge o agravo, mantendo-se a liminar. Nesse caso, prevalece o critério da hierarquia. Se, entretanto, a sentença está fundada em elementos que não existiam

ou em situação que afasta o quadro inicial levado em consideração pelo tribunal, então a sentença atinge o agravo, desfazendo-se a liminar.

4. Trata-se de medida cautelar no curso da qual não houve alteração do quadro probatório, nem qualquer fato novo, entre a concessão da liminar pelo tribunal e o julgamento de improcedência do pedido do autor. Prevalência do critério da hierarquia. Agravo de instrumento não prejudicado.

5. Ausência de julgamento ultra petita.

6. Recurso especial improvido”.

Essa diretriz está sendo observada, consoante se poderá verificar da ementa do Acórdão do Ministro **ARI PARGENDLER**, publ. em 30.10.2006, no Resp. 765.105 TO, in Revista Jurídica Notadez, n. 352, p. 203, verbete n. 27355:

"TUTELA ANTECIPADA - Subseqüente sentença de mérito - Subsistência do agravo que ataca a antecipação da tutela - A sentença de mérito superveniente não prejudica o agravo de instrumento interposto contra a tutela antecipada; a aludida tutela não antecipa simplesmente a sentença de mérito - antecipa, sim, a própria execução dessa sentença, que, por si só, não produziria os efeitos que irradiam da tutela antecipada. Recurso especial conhecido e provido".

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

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

Discute-se, nesse agravo, como cumprir a decisão do Tribunal, emitida em favor de Renato e Daniela, o que obriga enfatizar a impropriedade de rediscutir a questão relacionada com o direito material tutelado, como pretende o **YOUTUBE**. O sistema jurídico permite que se emita tutela antecipada sem oitiva do réu [e foi o que ocorreu], e isso implica afirmar que o destinatário da antecipação deverá, caso não se conforme com o que foi decidido, interpor os recursos constitucionais adequados para desconstituir o julgado. Aliás, essa referência é oportuna para rejeitar a arguição de nulidade da citação, porque a sentença que se executa foi expedida inaudita altera parte, representando uma exceção ao princípio do art. 5º, LV, da Constituição Federal, coisa que torna irrelevante a eventual irregularidade da citação. Portanto, os supostos vícios da convocação do **YOUTUBE** são apropriados para a ação que

tramita em Primeiro Grau e não necessariamente para desfecho do presente agravo, tirado para encontrar o meio de cumprir uma decisão passada em julgado [art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal].

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

O Acórdão atentou para um valor fundamental da dignidade humana [art. 1º, III, da CF], optando pela consagração de um enunciado jurídico que estabeleça um basta contra essa atividade criminosa e que se caracteriza pela retransmissão, contra a vontade das pessoas filmadas clandestinamente, de imagens depreciativas e que humilham os protagonistas, seus conhecidos, os parentes e suas futuras gerações. De todas as manifestações que foram emitidas em jornais e revistas, com o sensacionalismo imprudente dos jejunos do direito, não há uma voz que aponte uma boa razão para que a intimidade do casal permaneça devassada, como foi, até porque são cenas delituosas. A quem interessa isso, perguntei, quando relatei o Acórdão, e não foi dada resposta. Não é, que fique bem claro, preocupação com essa ou outra pessoa, notória ou simples, mas, sim, defesa de uma estrutura da sociedade, na medida em que a invasão de predicamentos íntimos constitui assunto que preocupa a todos, até porque a imprevisibilidade do destino poderá reservar, em algum instante, esses maus momentos para nós mesmos ou pessoas que nos são próximas e caras.

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

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

O **YOUTUBE** articula-se, para justificar a inserção do vídeo e o acesso irrestrito, com a analogia, pretendendo convencer de que determinadas situações, mesmo que teoricamente ofensivas a direitos da personalidade, ganham licitude quando

conhecidas [domínio público das obras literárias]. Uma coisa é esvaziar o direito autoral de um poema ou canção centenária festejada pelo povo como se fosse patrimônio da humanidade; outra, bem diferente, é pretender que o banalizar da vulgaridade conquiste a legalidade. Não. Ainda que testemunhemos a mediocridade e com ela nos resignemos, jamais poderemos admitir que o enfraquecimento dos costumes transforme o ilícito em assunto de rotina dos lares, o que anima escrever que a multiplicidade do replay do filme do casal não imuniza os infratores que teimam em divulgá-lo.

Nesse contexto, é hora de enfrentar o grande dilema do processo: o que fazer diante de um site que se diz impotente no controle dos conteúdos lançados on line para deleite de milhões de pessoas?

O bloqueio do *site*, como sugerido pelo agravante, fica fora de cogitação. Embora o art. 461, § 5º, do CPC, permita que o juiz escolha, entre as medidas adequadas, uma solução drástica e radical, essa decisão somente será recepcionada pelo sistema no caso de a interdição solucionar uma crise pontual, sem prejudicar terceiros. O *site* que permite que o vídeo do casal seja visto hospeda esse e milhares de outros, termina prestando um serviço social de entretenimento porque aproxima o contato quando os filmes servem para encurtar a distância entre as pessoas e, principalmente, revela talentos que não despontariam para a profissão caso não existisse essa forma alternativa de apresentar roteiristas e cineastas amadores. A grande audiência é uma ótima referência para artistas, cantores e bandas; enfim, o **YOUTUBE** não produz somente banalidades e pornografias.

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

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

Não é convincente a assertiva de que o provedor de hospedagem é como se fosse um sujeito inalcançável em termos de obrigação pela ilicitude dos que são admitidos a fazer uso do espaço concedido. A ordem jurídica foi idealizada e aperfeiçoada para se tornar invulnerável contra as ofensas aos direitos das vítimas, tendo o fenômeno da responsabilidade social evoluído para acompanhar o fantástico mundo tecnológico. A *Internet* desafia os juristas, e a comunidade reclama legislação que fortaleça a defesa

das vítimas dos danos injustos, valendo acrescentar que de nada adiantará o Código Civil disciplinar e proteger os direitos da personalidade, em se admitindo que provedores de hospedagem permaneçam imunes ao dever de fiscalizar os abusos que são cometidos diante de seus olhos. Não custa lembrar que a rede de relacionamentos na Internet **MYSFACE**, controlada pela News Corp, está fornecendo informações aos promotores estaduais de Mississippi sobre as mensagens de usuários condenados por abusos sexuais, para controle das abordagens deles sobre menores [Jornal Valor. 22.5.2007, B-3].

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

O autor é titular de um direito independente do direito de sua namorada. Ele não é figura pública, tanto que está reclamando de constrangimentos em seu ambiente de trabalho. O art. 20, do Código Civil, garante a ele a tutela de que necessita para ter paz, o que não significa, necessariamente, a reparação de danos [art. 5º, V e X, da CF]. Portanto, é legítimo, sem que se reconheça qualquer forma de censura [art. 220, § 1º, da CF], estabelecer que a **YOUTUBE** deverá providenciar, em trinta dias, todos os vídeos do casal que se encontram nos *links* admitidos, para, a partir daí, impedir, a partir da identificação do HP [inclusive lan house], o acesso dos usuários que retornarem o vídeo para o site, sob pena de pagar, ao autor, a multa de R\$ 250.000,00, como estabelecido. Não custa lembrar que, para o usuário instalar o vídeo deverá ser identificado, o que facilita a diligência a ser concretizada pelo **YOUTUBE** para que a sentença seja cumprida.

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

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

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

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

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

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

Isso posto, dá-se provimento, em parte, ao agravo, determinando que a **YOUTUBE** promova, em trinta dias, medidas concretas de exclusão do vídeo do casal, dos links admitidos, advertindo e punindo, com exclusão de acesso de hospedagem, todos os

usuários que desafiarem a determinação com a reinserção do filme, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 250.000,00.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TEIXEIRA LEITE e FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 28 de junho de 2007.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI
Presidente e Relator

ANEXO 7 – APELAÇÃO CÍVEL. ACÓRDÃO. VOTO DO DES. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 556.090.4-4. Renato Auffero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos *versus* Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc. Relator: Des. Ênio Santarelli Zuliani. 12 jun. 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis – Esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de tv – Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais [artigos 1º, III e 5º, V e X, da CF] - Manutenção da tutela antecipada expedida no agravo de instrumento nº 472.738-4 e confirmada no julgamento do agravo de instrumento nº 488.184-4/3 - Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em websites, por não ter ocorrido consentimento para a publicação – Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC, preservada a multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL Nº 556.090.4/4-00, da Comarca de SÃO PAULO, sendo apelantes RENATO AUFIERO MALZONI FILHO E OUTRA e apelados YOUTUBE INC. E OUTRO.

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Vistos.

RENATO AUFIERO MALZONI FILHO e DANIELLA CICARELLI LEMOS recorrem da r. sentença [fls.1544/1558] que julgou improcedente ação inibitória promovida contra IG – INTERNET GROUP DO BRASIL LTDA., ORGANIZAÇÕES GLOBO DE COMUNICAÇÃO e YOUTUBE INC., reafirmando que a exibição das filmagens captadas de forma clandestina quando se encontravam na praia de Cadiz, na Espanha, configura ofensa a direitos da personalidade e que são tutelados no ordenamento jurídico. O objetivo dos autores é o de evitar a continuidade da transmissão das cenas de intimidade, nos termos do artigo 5º, X, da Constituição Federal, conforme requerimento do item 64 da inicial:

“Sejam compelidas a deixar de exibir o filme dos Autores ou as fotos deles extraídas em seus sites, de fornecer links nos quais esse material possa ser encontrado, bem como de efetivar sua divulgação por meio de outro veículo de comunicação do qual

detenham controle, sob pena de multa diária, a ser arbitrada por Vossa Excelência em valor suficientemente razoável a coibir perpetuação da ofensa a direito constitucional à imagem e à honra.”

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

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

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

“Superveniência da sentença de 1º Grau julgando improcedente a ação – Predominância da tutela antecipada proferida no agravo de instrumento nº 472.738-4, aplicado o princípio da hierarquia da jurisdição, o que impede que o Juiz de 1º Grau revogue decisões emitidas pelo Tribunal de Justiça – Precedentes do STJ [Resp 765.105 e Resp 742.512].”

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

É o relatório.

É importante sublinhar que a ação manejada pelos autores é inibitória, o que dispensa a prova do dano concreto. Os autores não estão pretendendo obter indenizações, mas, sim, comando proibitivo da transmissão de imagens que foram captadas de forma ilícita e que expõem predicados íntimos e de absoluta reserva. Não é porque os dois namoraram ou transaram na praia que se legaliza a exploração, na internet e outros meios, das cenas que não foram produzidas para deleite do público. Para que o juiz emita um provimento inibitório, esclareceu JOAQUIM FELIPE SPADONI [Ação inibitória, 2ª edição, RT, 2007, P. 61] “basta a demonstração da probabilidade de violação do direito”. A antijuridicidade da retransmissão do filme é fato notório, exatamente porque os autores da ação não

deram consentimento para devasse de momentos íntimos. A tutela inibitória é apropriada para remover o ilícito, ainda que se imponha o dever de instalar equipamentos para tal fim [posição defendida por LUIZ GUILHERME MARINONI, Tutela inibitória, RT, 1998, p. 104]. O Tribunal preserva o que foi decidido quando do julgamento dos agravos de instrumento números 472.738-4 e 488.184-4/3. Respeitada a convicção do Ilustre Magistrado que prolatou a r. sentença rejeitando o pedido, cabe deferir tutela em favor dos recorrentes, para preservação de valores fundamentais da dignidade humana [artigos 20, do CC, de 2002 e 1º, III, 5º, V e X, e XXXV, da CF], competindo acrescentar que o precedente mencionado na r. sentença, relacionado com o julgado do STJ [Resp 595.600], embora respeitabilíssimo, não serve de fundamento exclusivo para rejeição do pedido.

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

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

Os apelantes estão suportando violações não somente do direito à imagem, como da intimidade [leia-se vida privada] e convém colocar um fim a essas invasões. As cenas são de sexo, atividade mais íntima dos seres humanos. Ainda que as pessoas tenham errado e errare humanum est quando cederam aos impulsos dos desejos carnis em plena praia, a ingerência popular que se alardeou a partir da comercialização do vídeo produzido de forma ilícita pelo paparazzo espanhol, afronta o princípio de que a reserva da vida privada é absoluta, somente cedendo por intromissões lícitas. A notícia do fato escandaloso ainda pode ser admitida como lícita em homenagem da liberdade de informação e comunicação, o que não se dá com a incessante exibição do filme, como se fosse normal ou moralmente aceito a sua manutenção em sites de acesso livre. Há de ser o Judiciário intransigente quando em pauta a tutela da esfera íntima das pessoas que não autorizaram a gravação das cenas e a transmissão delas.

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

“O direito à imagem (nº 1) tem um conteúdo assaz rigoroso, abrangendo, primeiro, o direito de definir a sua própria auto-exposição, ou seja, o direito de cada um de não ser fotografado, nem de ver o seu retrato exposto em público sem seu consentimento (cfr. Ccivil, art. 30º); e, depois, o direito de não o ver apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel (“falsificação da personalidade”). Torna-se evidente que não pode gozar do direito à imagem (pelo menos no primeiro sentido) quem ocupe cargo ou desempenhe função em que a publicidade (isto é, o conhecimento e a relação com o público) seja elemento essencial, havendo aí uma espécie de “acordo” ou “consentimento” implícito (aí estando um factor de ponderação em caso de colisão deste direito fundamental com outro direito: cfr. Nota VI ao art. 18º). Esta dimensão de publicidade legitimadora de algumas restrições ao direito à imagem não deve, porém, transferir-se para a esfera da intimidade (cfr. nota X).”

Outro jurista lusitano [MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, I, parte geral, Tomo III, Almedina, 2004, p. 211] admite que a notoriedade de políticos e celebridades implica em restrição da privacidade e adverte: “nunca ao ponto de atingir as esferas secreta e íntima”. Portanto, há um equívoco na defesa de eventual liceidade da exibição de cenas íntimas do casal, que o próprio coletor das imagens admitiu ter obtido de maneira clandestina [cf. entrevista do fotógrafo espanhol Miguel Temprano às fl.841], por ser DANIELLA CICARELLI apresentadora de TV. Em um dos primeiros ensaios sobre o que os italianos chamam de “Diritto Ala Riservatezza”, BRUNO FRANCESHELLI [Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1960, página 70] afirma não encontrar razão jurídica válida que justifique o fim da preservação da esfera de reserva por “una distinzione tra persona celebre e comune mortale”. O raciocínio do jurista decorre do sentido de que o direito de personalidade acompanha a pessoa por toda a sua existência, de modo que restringir esse direito representaria negar a integralidade desse direito.

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

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

No velho livro de “Practica Civil e Commercial”, do Professor Barão de Ramalho [Typ. Imparcial, São Paulo, 1861, p. 201], constava que, “na execução do julgado é que consiste principalmente o exercício da justiça”. As sentenças são proferidas para serem cumpridas, e não cabe tergiversar sobre esse princípio, sob pena de comprometimento da credibilidade da instituição, com reflexos desastrosos para a segurança jurídica, principalmente em tutelas mandamentais, nas quais há direta

associação com o conceito de imperium, ou seja, da função do juiz em expedir ordens e fazê-las cumprir mediante as medidas necessárias para obtenção do resultado equivalente ao que seria obtido em caso de cumprimento voluntário [art. 461, § 5º, do CPC].

Discute-se, nesse agravo, como cumprir a decisão do Tribunal, emitida em favor de Renato e Daniela, o que obriga enfatizar a impropriedade de rediscutir a questão relacionada com o direito material tutelado, como pretende o YOUTUBE. O sistema jurídico permite que se emita tutela antecipada sem oitiva do réu [e foi o que ocorreu], e isso implica afirmar que o destinatário da antecipação deverá, caso não se conforme com o que foi decidido, interpor os recursos constitucionais adequados para desconstituir o julgado. Aliás, essa referência é oportuna para rejeitar a arguição de nulidade da citação, porque a sentença que se executa foi expedida inaudita altera parte, representando uma exceção ao princípio do art. 5º, LV, da Constituição Federal, coisa que torna irrelevante a eventual irregularidade da citação. Portanto, os supostos vícios da convocação do YOUTUBE são apropriados para a ação que tramita em Primeiro Grau e não necessariamente para desfecho do presente agravo, tirado para encontrar o meio de cumprir uma decisão passada em julgado [art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal].

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

O Acórdão atentou para um valor fundamental da dignidade humana [art. 1º, III, da CF], optando pela consagração de um enunciado jurídico que estabeleça um basta contra essa atividade criminosa e que se caracteriza pela retransmissão, contra a vontade das pessoas filmadas clandestinamente, de imagens depreciativas e que humilham os protagonistas, seus conhecidos, os parentes e suas futuras gerações. De todas as manifestações que foram emitidas em jornais e revistas, com o sensacionalismo imprudente dos jejunos do direito, não há uma voz que aponte uma boa razão para que a intimidade do casal permaneça devassada, como foi, até porque são cenas delituosas. A quem interessa isso, perguntei, quando relatei o Acórdão, e não foi dada resposta. Não é, que fique bem claro, preocupação com essa ou outra pessoa, notória ou simples, mas, sim, defesa de uma estrutura da sociedade, na medida em que a invasão de predicamentos íntimos constitui assunto que preocupa a todos, até porque a imprevisibilidade do destino poderá reservar, em algum instante, esses maus momentos para nós mesmos ou pessoas que nos são próximas e caras.

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

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

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

Nesse contexto, é hora de enfrentar o grande dilema do processo: o que fazer diante de um site que se diz impotente no controle dos conteúdos lançados on line para deleite de milhões de pessoas?

O bloqueio do site, como sugerido pelo agravante, fica fora de cogitação. Embora o art. 461, § 5º, do CPC, permita que o juiz escolha, entre as medidas adequadas, uma solução drástica e radical, essa decisão somente será recepcionada pelo sistema no caso de a interdição solucionar uma crise pontual, sem prejudicar terceiros. O site que permite que o vídeo do casal seja visto hospeda esse e milhares de outros, termina prestando um serviço social de entretenimento porque aproxima o contato quando os filmes servem para encurtar a distância entre as pessoas e, principalmente, revela talentos que não despontariam para a profissão caso não existisse essa forma alternativa de apresentar roteiristas e cineastas amadores. A grande audiência é uma ótima referência para artistas, cantores e bandas; enfim, o YOUTUBE não produz somente banalidades e pornografias.

Apagar o sinal para preservar a imagem do casal não guarda razoabilidade, ainda que possa antever um certo desafio da empresa, que reafirma, em todos os seus pronunciamentos, a impossibilidade técnica de eliminar dos links o vídeo do casal, porque a sua ideologia é o de justamente facilitar o ingresso desses vídeos. Segundo os elementos dos autos, a dificuldade estaria em criar um mecanismo que identificasse todos os vídeos armazenados, porque os usuários burlam qualquer esquema de segurança aplicando diferenciais que sabotam os filtros. Não existe certeza de que é possível impedir, com absoluto sucesso, a retransmissão, até

porque, como explicado, a repetição acontecerá por meio de acessos internacionais e que escapam do controle das empresas que atuam no Brasil.

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

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

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

O autor é titular de um direito independente do direito de sua namorada. Ele não é figura pública, tanto que está reclamando de constrangimentos em seu ambiente de trabalho. O art. 20, do Código Civil, garante a ele a tutela de que necessita para ter paz, o que não significa, necessariamente, a reparação de danos [art. 5º, V e X, da CF]. Portanto, é legítimo, sem que se reconheça qualquer forma de censura [art. 220, § 1º, da CF], estabelecer que a YOUTUBE deverá providenciar, em trinta dias, todos os vídeos do casal que se encontram nos links admitidos, para, a partir daí, impedir, a partir da identificação do IP [inclusive lan house], o acesso dos usuários

que retornarem o vídeo para o site, sob pena de pagar, ao autor, a multa de R\$ 250.000,00, como estabelecido.

Não custa lembrar que, para o usuário instalar o vídeo deverá ser identificado, o que facilita a diligência a ser concretizada pelo YOUTUBE para que a sentença seja cumprida.

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

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

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

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

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

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

Isso posto, indefere-se o pedido para que se declare prejudicado o agravo e dá-se provimento, em parte, ao agravo, determinando que a YOUTUBE promova, em trinta dias, medidas concretas de exclusão do vídeo do casal, dos links admitidos, advertindo e punindo, com exclusão de acesso de hospedagem, todos os usuários que desafiarem a determinação com a reinserção do filme, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 250.000,00.”

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

Posto isso, dá-se provimento ao recurso, para julgar a ação procedente, acolhido o pedido dos autores, executando-se tal como decidido no agravo de instrumento nº 488.184-4/3, mantido o valor da multa.

Ficam invertidos os ônus da sucumbência, respondendo as requeridas pelas custas do processo e honorários de advogados, sendo que em relação ao Youtube são arbitrados em R\$ 20.000,00 para os advogados de RENATO e R\$ 10.000,00 para os advogados de DANIELLA, na forma do artigo 20, § 3º, do CPC, em reconhecimento ao trabalho desenvolvido e a dedicação à causa. A diferença de valores é explicada pelo fato de os advogados de DANIELLA CICARELLI terem assumido o patrocínio nas vésperas da emissão da r. sentença. Para a IG e a

GLOBO os honorários são fixados, para ambos, em R\$ 3.000,00, sendo R\$ 2.000,00 para os advogados de Renato e R\$ 1.000,00 para os advogados de Daniela Cicarelli, com atualização monetária a partir do presente julgamento.

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

São Paulo, 12 de junho de 2008.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI
Relator