

Estudos
em homenagem
ao professor
Carlos Alberto Dabus Maluf

COORDENAÇÃO
Christiano Cassettari

10 anos de
VIGÊNCIA do
CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO de 2002

Orientação Rui Geraldo Camargo Viana

2013

342.1
D532
DAV

 Editora
Saraiva

não casados, por pessoas solteiras, pelos integrantes da população lésbicas, gays, bissexuais e transexuais (LGBT), além de situações daí resultantes, como o destino do material biológico e dos embriões crioconservados em caso de separação do casal, por ato de vontade ou morte.

Devem ser consideradas ainda as relações que surgem para o desenvolvimento da técnica, como as que são travadas entre o casal e as clínicas de fertilidade, e entre esses e os doadores de gametas e mães substitutas. A primeira delas de nítida natureza patrimonial, a configurar relação de consumo, que merece exame cuidadoso em virtude de suas peculiaridades. Acrescente-se aos problemas patrimoniais a responsabilização civil envolvida nesse complexo de relações, por danos causados pelas clínicas aos beneficiários, ao nascituro e à gestante substituta, que por sua vez também poderá provocá-los.

A falta de regras legais sobre os efeitos jurídicos, notadamente no que concerne aos vínculos de parentesco, das técnicas de reprodução humana assistida enseja, como visto, uma série de questões que não encontram solução nas leis infraconstitucionais, elaboradas, insista-se, à luz de outros pressupostos.

A regulamentação da matéria pelo Conselho Federal de Medicina, ainda que auxilie o deslinde das inúmeras questões jurídicas provocadas pela realização das referidas técnicas, longe está de apresentar as soluções reclamadas em cada caso.

A Constituição da República revela-se, por conseguinte, fonte primeira de onde podem emanar a orientação e as normas indispensáveis para deslinde das intrincadas controvérsias provocadas por procedimentos médicos que desafiam toda construção existente sobre as relações de filiação.

Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Direito Civil

Otávio Luiz Rodrigues Junior

Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense. Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Estágios pós-doutorais na Universidade de Lisboa e no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht – Hamburgo, com bolsa da Sociedade Max-Planck. Advogado da União, ocupando o cargo de Consultor da União. otavio.luiz@uol.com.br

1. INTRODUÇÃO

A visão de Anita Ekberg, na famosa sequência da fonte de Trevi, é uma das mais instigantes cenas do filme *La dolce vita*, de Federico Fellini. Em um vestido preto, esvoaçante, mas colado ao corpo, a personagem Sylvia Rank, atriz americana, parece flutuar pelas águas, enquanto é incessantemente fotografada por um profissional de nome Paparazzo, que acompanha o jornalista Marcello Rubini, vivido por Marcello Mastroianni. Esse sobrenome tornou-se uma palavra universal – *paparazzo* –, a significar o indivíduo que caça celebridades e tenta, de todas as formas, registrar seus momentos íntimos e, com isso, satisfazer a sede incontrolável de informações absolutamente irrelevantes sobre alguns seres humanos, que renunciaram à vida privada, em troca do luxo e do poder advindos do consumo popular da projeção pictórica, cinematográfica, musical ou política de suas próprias existências. Os *paparazzi* estão no centro de polêmicas contemporâneas sobre os limites da busca pela informação jornalística e da expo-

sição da vida de celebridades. A morte de *lady* Diana Spencer, a ex-princesa de Gales, após a perseguição desses profissionais (a maior parte *free-lancers*), é um ponto de referência nessas discussões, que hoje ocupam o centro de debates acadêmicos no mundo inteiro¹.

1 Apenas a título de exemplo, vejam-se algumas obras monográficas recentes que analisam essas questões: a) em língua portuguesa: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012; SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011; CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *Reality shows e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003; MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. *Stydia Ivridica – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 65. Coimbra: Coimbra Ed., 2002; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001; b) em língua espanhola: ALVAREZ, Rubio, Juan José; AGOUÉS MENDIZÁBAL, Carmen (dir.). *Difamación y protección de los derechos de la personalidad*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2009; RIMALT SERVERA, Pedro. *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. Madrid: Justel, 2007; LAMAS, Mario Daniel. *Derechos de la personalidad y explotación de la apariencia humana: estudio sobre el nombre, la imagen, la intimidad, la identidad, el honor y la reputación como derechos personales y como derechos patrimoniales*. Montevideo: Cika-to Abogados, 2004; GARCÍA, Clemente. *El Derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003; c) em língua francesa: DERIEUX, Emmanuel; GRANCHET, Agnès. *Le droit des médias. Droit français, européen et international*. 5e edition. Paris: LGDJ, 2008; d) em língua inglesa: SMARTT, Ursula. *Media and Entertainment Law*. London: Routledge, 2011; SOLOVE, Daniel J. *The future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the Internet*. New Haven: Yale University Press, 2007; e) em língua alemã: SPINDLER, Gerald; SCHUSTER, Fabian Schuster (Hrsg). *Recht der elektronischen Medien*. Kommentar. 2. Auflage. München: Beck, 2011; CHROMIK, Mara. *Die Entscheidungskriterien des Zivilrichters bei der Abwägung von Privatsphärenschutz und öffentlichem Informationsinteresse: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und spanischen Recht*. München: Utz, 2011; LOEF, Robert. *Zum Spannungsfeld zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz: Unterhaltungsöffentlichkeit und privates Medienrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2009; LEHR, Matthias. *Ansätze zur Harmonisierung des Persönlichkeitsrechts in Europa – eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Auswirkungen des EGMR-Urteils Caroline von Hannover auf den Bildnis- und Privatheitsschutz im deutschen und englischen*. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2009; BASSEWITZ, Katharina von. *Prominenz und celebrity – die Vermarktung bekannter Persönlichkeiten in Deutschland, England und*

A análise das questões ligadas à relação entre as liberdades comunicativas e a vida privada das celebridades exige que se defina o que sejam tais *pessoas*. A distinção entre a celebridade e o indivíduo que não se apresenta como objeto de interesse do público é fundamental para que se coloque adequadamente o problema. Em seguida, examinar-se-á a experiência alemã e seus modelos de solução dos conflitos entre os direitos fundamentais na esfera privada. Na terceira seção, cuidar-se-á da maneira como os tribunais superiores no Brasil resolvem esses problemas. A contribuição teórica oferecida está na proposta de duas *fórmulas* para se estabelecer alguma objetividade no trato dessa matéria².

2. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL: CELEBRIDADES E POLÍTICOS

Na jurisprudência e na doutrina, há intenso emprego da palavra “celebridade”, que assume os mais diversos sentidos. Não há uniformidade ou

den USA aus marken- und persönlichkeitsrechtlicher Sicht. Köln; München: Heymann, 2008; BALTHASAR, Stephan. *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht: eine historisch-vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Recht vom ius commune bis heute*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006; LOOCK, Alexandra. *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht der öffentlichen Person in den Medien: eine Betrachtung mit interdisziplinären Bezügen*. Frankfurt am Main: Lang, 2005; FISCHER, Annette. *Die Entwicklung des postmortalen Persönlichkeits-schutzes: von Bismarck bis Marlene Dietrich*. Frankfurt am Main; Berlin; Bern; Wien: Lang, 2004.

2 O poeta Fernando Pessoa, com seu estilo superior, resumiu bem o cerne do que ora se investiga: “Às vezes, quando penso nos homens célebres, sinto por eles toda a tristeza da celebridade. A celebridade é um plebeísmo. Por isso deve ferir uma alma delicada. É um plebeísmo porque estar em evidência, ser olhado por todos inflige a uma criatura delicada uma sensação de parentesco exterior com as criaturas que armam escândalo nas ruas, que gesticulam e falam alto nas praças. O homem que se torna célebre fica sem vida íntima: tornam-se de vidro as paredes da sua vida doméstica; é sempre como se fosse excessivo o seu traje; e aquelas suas mínimas ações – ridiculamente humanas às vezes – que ele quereria invisíveis, coa-as a lente da celebridade para espetaculosas pequenezes, com cuja evidência a sua alma se estraga ou se enfastia. É preciso ser muito grosseiro para se poder ser célebre à vontade. Depois, além dum plebeísmo, a celebridade é uma contradição. Parecendo que dá valor e força às criaturas, apenas as desvaloriza e as enfraquece”.

mesmo um critério objetivo para assim qualificar um indivíduo. Ante esse pluralismo conceptual, propõe-se a seguinte solução teórica: haveria uma *celebridade em sentido amplo*, compreensiva de dois grupos: (a) os políticos e (b) as celebridades em sentido estrito, cujos exemplos mais evidentes seriam jogadores de futebol; artistas; músicos; escritores famosos; participantes de *reality shows*; pessoas com presença recorrente em programas de televisão, como cientistas políticos, analistas econômicos e outros “consultores” *ad hoc* dos meios de comunicação social; indivíduos que ganharam instantâneo conhecimento público, seja por atos excepcionais (*v.g.*, pessoas com comportamento heroico em desastres), seja por efeito de “exposições virais” na internet.

Essas pessoas têm em comum algumas características: a) a aquisição de vantagens políticas ou econômicas advindas de sua exposição ao público, mesmo em níveis que normalmente se revelariam invasivos de sua vida privada e de sua intimidade, bem assim de sua imagem; b) a notoriedade do cargo que ocupam, seu poder de influência nos destinos políticos, econômicos, culturais ou comportamentais são fatores que determinam interesse dos meios de comunicação superiormente intenso sobre seu procedimento público ou privado; c) a assunção dos riscos pela superexposição, como algo inerente à atividade exercida. Há, porém, diferenças muito importantes entre essas duas espécies do gênero celebridade, ligadas a dois níveis: i) o *interesse do público na esfera da intimidade* dos políticos; b) a correlação entre a *esfera da intimidade* e o *interesse público* em face dos políticos. Sobre essas distinções, cuidar-se-á na seção 3. Por agora, é importante demarcar essa separação entre políticos e celebridades em sentido estrito.

3. O MODELO ALEMÃO DE TUTELA DA VIDA PRIVADA DAS PESSOAS CÉLEBRES

3.1. O caso do príncipe von Bismarck e o surgimento da legislação protetiva dos direitos de imagem

O caso do príncipe Otto von Bismarck, do final do século XIX, é considerado um marco no estudo dos Direitos da Personalidade. Há enorme

significado simbólico no exame desse que é considerado o primeiro precedente no direito alemão de limitação às liberdades comunicativas pelo Poder Judiciário em favor de uma celebridade *post-mortem*, sem que haja um elemento de natureza política ou altas razões de Estado, como nos clássicos exemplos de crimes de lesa-majestade por ofensas à dignidade do monarca em caricaturas, jornais, livros ou músicas. Até hoje, como se observa no Reino da Tailândia, qualquer publicação considerada desrespeitosa à pessoa do rei Bhumibol III é objeto de ações judiciais contra os responsáveis. O processo envolvendo o antigo chefe de Governo do Império alemão é diferente por se situar exclusivamente no âmbito cível e pela circunstância de se identificar nele um típico exemplo de combate à ação dos *paparazzi*.

Otto Eduard Leopold von Bismarck-Schönhausen, Fürst [príncipe] von Bismarck e Herzog [duque] zu Lauenburg (1815-1898) foi o mais importante estadista germânico do século XIX. Ocupou diversos cargos públicos no Reino da Prússia até ser nomeado chanceler do *Reich* alemão, após ter conduzido o país em três guerras contra a Dinamarca, a Áustria e a França, com o objetivo de unificá-lo e de tomar territórios de língua alemã desses adversários. Como líder político, fez aprovar avançada legislação previdenciária e trabalhista, além de ter levado seu país a expressivas vitórias diplomáticas, que impediram a eclosão de um conflito mundial ainda no século XIX. Leal servidor do *kaiser* Guilherme I, Bismarck foi exonerado por Guilherme II, o homem que levou seu país à Primeira Guerra.

O velho militar e aristocrata prussiano, a despeito de sua decadência política, conservou imensa popularidade. Não é exagero dizer que ele foi uma das primeiras celebridades da era moderna. O assédio a sua pessoa e a difusão de sua imagem nos meios de comunicação ou por *souvenirs*, estátuas, bustos e gravuras em nada deixam a dever aos tempos atuais. Prova disso é que seu falecimento em 1898 deu causa a enorme comoção na Alemanha. Seus escritos biográficos venderam, de maneira quase instantânea, inacreditáveis trezentos mil exemplares. Como se teve a oportunidade de registrar alhures, em razão do apelo popular de Bismarck, “dois jornalistas conseguiram entrar em sua câmara funerária, em sua residência, após terem subornado alguns criados, e fotografar seu cadáver, com o

objetivo de vender as imagens. Toda essa aventura comprova que Bismarck pode ser considerado como uma das primeiras celebridades modernas. A negociação da imagem de seu corpo daria ganhos muito significativos a esses profissionais extremamente ousados, típicos *paparazzi* do século XIX”. Com isso, “os herdeiros de Bismarck processaram os fotógrafos e obtiveram uma injunção para impedir a divulgação das imagens, além da apreensão das chapas, dos negativos e das impressões”³.

A decisão do Tribunal do Reich [*Reichsgerichtshof*], que foi de 28 de dezembro de 1899⁴, às vésperas da vigência do novo Código Civil alemão⁵, usou como fundamento a entrada ilegal dos autores das imagens na propriedade particular de Bismarck⁶.

Sob forte influência desse caso, em 1907, a Dieta alemã [Parlamento do Império] aprovou uma lei relativa aos Direitos Autorais sobre Belas Artes e Fotografias (KWG), na qual se exige o consentimento do titular da imagem para que sua reprodução seja lícita⁷. Algumas exceções são apontadas (§ 23), como a participação em eventos históricos, o que dá margem a muitas controvérsias sobre o limite dessa situação excepcional; a imagem ser um mero acessório de uma paisagem ou de grupos de pessoas; a participação em procissões, cortejos, passeatas, greves e outros eventos de natureza multitudinária. No entanto, há ressalvas se, ainda assim, observar-se violação ao direito do titular da imagem ou de seus familiares, se ele já tiver morrido. Em seu § 22, a lei determina que, após a morte da pessoa cuja imagem houver sido reproduzida, seu uso dependerá de autorização dos

parentes, fixando-se o prazo de dez anos para essa proteção *post-mortem*. Em larga medida, há aqui o reconhecimento da tutela de um direito da personalidade em relação a alguém falecido, o que não deixa de ser digno de registro por se tratar de uma previsão legal inovadora para a época⁸.

3.2. Evolução da jurisprudência alemã sobre a proteção à intimidade, à privacidade, ao segredo e à imagem: da teoria das esferas à teoria da proteção por camadas

Ao longo do século XX, a jurisprudência alemã sobre proteção à imagem e à privacidade foi-se consolidando, o que veio a ocorrer de maneira definitiva com o pós-guerra e a adoção da chamada “teoria das esferas” (*Sphärentheorie*), cujo grande estudioso no Brasil é Wanderley de Paula Barreto, cujos trabalhos exploram de maneira atualizada e fiel as construções jurisprudenciais alemãs sobre os direitos da personalidade. Em suas palavras: “A chamada teoria das esferas (*Sphärentheorie*) – esfera íntima intangível, esfera sigilosa e privada e esfera social – não resistiu à crítica da doutrina, fundamentada em dois argumentos: primeiro, o reconhecimento da existência de uma ‘privacidade na publicidade’, caracterizada pelo fato de alguém ter se recolhido em uma segregação espacial em que ele, de forma reconhecível, objetivamente, quer permanecer sozinho; segundo, porque o conteúdo e o alcance da ‘privacidade na publicidade’ não será determinado pelo titular do direito, *ex ante facto*, senão pela jurisprudência, *ex post facto*, consoante critérios objetivos-normativos que não poderão ser conhecidos pelo atingido, no momento em que ele necessitar da proteção da esfera privada, de tal modo que a incerteza jurídica acaba beneficiando o ofensor do direito”⁹.

Essa posição foi abandonada graças a outro caso rumoroso, envolvendo também a aristocracia. Os antecedentes são os seguintes: a princesa

3 MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p.15.

4 RGZ 45, 170 (caso Bismarck).

5 KLIPPEL, Diethelm; LIES-BENACHIB, Gudrun. Der Schutz von Persönlichkeitsrechten um 1900. In: FALK, Ulrich; MOHNHAUPT, Heinz (Hrsg). *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914). Frankfurt am Main: Klostermann, 2000, p. 372.

6 MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p.15

7 A íntegra dessa lei está disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/kunsturhg/>. Acesso em 18 nov. 2011.

8 MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Op. cit., p. 16.

9 O ilustre professor paranaense é, sem favor, a maior autoridade no Brasil no assunto. Há diversos trabalhos publicados por ele, cito, porém, este mais recente: BARRETO, W. P. Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 41, p. 135-159, 2010.

Caroline de Mônaco casou-se com Ernst August Prinz [príncipe] von Hanover e passou a ter domicílio na Alemanha, país onde há um forte segmento da imprensa dedicada às celebridades. Ela foi fotografada em momentos de intimidade e suas imagens ganharam os jornais alemães.

Ela ingressou na justiça e perdeu a ação no *Bundesgerichtshof* [Tribunal Federal equivalente ao nosso STJ]. Após isso, ajuizou uma reclamação na Corte Constitucional, que foi rejeitada por se entender que a publicação de fotos de Caroline, em ambiente íntimo, não implicava violência ao livre desenvolvimento da personalidade¹⁰.

Posteriormente, o caso foi levado ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que considerou ter havido violação do art. 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Segundo o TEDH, as fotos da princesa não foram tiradas em ambientes públicos e ela não estava em missão oficial. As pessoas, segundo a Corte, teriam expectativas legítimas, em certas situações, de proteção de sua vida, dado que existe uma “zona de interação” do indivíduo com os outros. Nesse sentido, mesmo em relação a uma pessoa pública, pode haver uma zona cinza envolvendo a vida privada, que a faz merecedora de proteção. Em suma, não existiria interesse público capaz de justificar a invasão da privacidade, mesmo que ela fosse uma “celebridade”. O interessante é que a Corte Europeia entendeu que ela não poderia ser considerada uma pessoa pública pelo simples fato de pertencer a uma família real.

Como resultado a matéria foi devolvida aos tribunais alemães, que passaram a adotar a *abgestuftes Schutzkonzept*, que pode ser traduzida por “sistema [ou conceito] de proteção por camadas [ou etapas]”.

Em 2008, o caso foi novamente para o Tribunal Constitucional, que manteve a decisão do Tribunal Federal, agora baseado no “sistema de proteção por camadas”. Esse novo modelo teórico tem, em linhas bem superficiais, a seguinte estrutura: a) a imagem da pessoa só pode ser divulgada com sua autorização; b) excepciona-se a regra quando a pessoa for relevante para a história contemporânea. Conceito esse desenvolvido na Lei de Direitos Autorais, Artes Plásticas e Fotografia, de 1907; c) haverá exceção

à exceção quando a difusão da imagem lesar um interesse legítimo de seu titular.

4. A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA E A FORMULAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA O CONFLITO ENTRE LIBERDADES COMUNICATIVAS E A PROTEÇÃO À VIDA PRIVADA

No Brasil, até por não existir um modelo teórico bem definido na jurisprudência sobre liberdade de expressão e intimidade, é possível organizar as decisões sob diversas fórmulas.

A primeira, e muito importante, está na afirmação do caráter absoluto do direito fundamental à liberdade de imprensa. No Supremo Tribunal Federal (STF), a liberdade de imprensa foi apresentada como “projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento”, tendo por conteúdo (ainda que parcialmente descrito) “(a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar”¹¹. E, no Caso da Lei de Imprensa, a inconstitucionalidade desse direito evidenciou-se de maneira notável, como se pode observar do trecho da ementa do acórdão relatado pelo Ministro Ayres Britto:

A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa

11 STF, AI 690.841 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 21-6-2011, DJe-150, de 5-8-2011.

10 BVerfGE 101, 361, de 1999.

sa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa¹².

Em contrapartida, identifica-se como restrição *ex ante* à liberdade de expressão, entenda-se, de modo mais amplo, abrangendo a produção literária e artística, o *discurso do ódio*. Trata-se do igualmente célebre Caso Ellwanger, no qual se considerou criminosa (por apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias) a prática de editar e publicar “obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam”¹³.

Permanecem, contudo, em termos legislativos e jurisprudenciais (e na praxe dos órgãos de imprensa), certas cláusulas gerais ou mesmo normas específicas de proteção aos vulneráveis (especialmente as crianças e os adolescentes, cujos nomes e imagens não podem ser divulgados em meios de comunicação, conforme as circunstâncias), aos que se acham em situações de periculosidade (doentes, sequestrados e outras pessoas cuja divulgação pública possa lhes causar danos irreparáveis) e às informações ligadas à segurança nacional (conceito hoje cada vez mais flácido e pouco considerado).

Um levantamento dos acórdãos do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) permite a identificação de alguns importantes parâmetros para o desenvolvimento de uma *fórmula* (menos que um modelo teórico, é claro) para o problema aqui analisado:

12 STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. em 30-4-2009, *DJe*-208, de 6-11-2009.

13 STF, HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. em 17-9-2003, *DJ* de 19-3-2004.

a) O depoimento em comissão parlamentar de inquérito, *de per si*, não é ofensivo à honra e à imagem¹⁴; b) o direito de crítica jornalística a figuras públicas ou notórias não se caracteriza como delito de injúria ou de calúnia, especialmente quando, em matéria jornalística, se veiculam opiniões contra essas pessoas¹⁵; c) a publicação de foto de uma pessoa sem sua autorização [no caso dos autos, uma famosa atriz de televisão], com ou sem intuito comercial, “causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X, II”¹⁶; d) “a reparação patrimonial decorrente da utilização indevida da imagem, na espécie, deve perscrutar quanto a empresa de jornalismo lucrou a mais do que normalmente lucraria com a utilização indevida da imagem do recorrido. Como medida de justiça, tem-se que a base de cálculo deve levar em consideração dois parâmetros: i) a efetiva vendagem da revista na semana em que se deu a veiculação da imagem do recorrido, e ii) a média de vendagem das semanas imediatamente anterior e posterior”¹⁷; e) é legítima a divulgação de informações sobre personagens políticas, em nome do interesse público, com a oferta do contraditório, ainda que posteriormente não se tenham comprovado cabalmente as denúncias de corrupção¹⁸; f) críticas à atividade de um homem público (um juiz, no caso), “são decorrência natural da

14 Caso Law Kin Chong (STF, MS 24.832 MC, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 18-3-2004, *DJ* de 18-08-2006).

15 Caso Claudio Humberto (AI 705.630 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 22-3-2011)

16 Caso Cássia Kis (STF, RE 215984, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. em 4-6-2002, *DJ* de 28-06-2002.

17 Caso jogador Edmundo (STJ, REsp 1.021.688/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ acórdão Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. em 23-6-2009, *DJe* de 1-7-2009)

18 “A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente” (STJ, REsp 984.803/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 26-5-2009, *DJe* de 19-8-2009).

atividade por ele desenvolvida e não ensejam indenização por danos morais quando baseadas em fatos reais, aferíveis concretamente”¹⁹; g) “a crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura”, o que se inclui a crítica humorística em programas de televisão²⁰.

Tomando por base esses precedentes (e outros não listados, por razões de espaço), ter-se-ia a seguinte fórmula (denominada *fórmula 1*): (1) A liberdade de imprensa é ampla, devendo ser confrontada *ex post* com seus excessos por meio da responsabilidade civil. (2) É possível o controle *ex ante* da liberdade de imprensa (e, por extensão, da liberdade de expressão literária ou artística) no caso do discurso do ódio e de narrativas que coloquem em risco vulneráveis, pessoas em situação de risco vital e atinjam a segurança nacional.

Mesmo antes da decisão do STF na ADPF 130, a situação específica das celebridades era distinguível em relação às liberdades comunicativas. Especificamente sobre políticos e famosos, também se fundando no que decidido pelos tribunais superiores, é adequado propor uma *formulação*.

Desse modo, ter-se-ia esta fórmula (denominada *fórmula 2*): (1) É ampla a liberdade de imprensa para divulgar fatos e imagens, inclusive ligados à intimidade, de políticos e de celebridades em sentido estrito. (2) Essa liberdade pode ser restringida se a exposição implicar danos econômicos irrazoáveis em relação às celebridades em sentido estrito e, no que se refere aos políticos, se a divulgação da intimidade não se relacionar com o interesse público. Trata-se de um campo ainda muito polêmico, mormente por não se ter desenvolvido um modelo teórico apropriado para legitimar essas soluções de uma forma impessoal e não casuística.

Entretanto, alguns exemplos da aplicação da *fórmula 2* podem tornar sua visualização mais fácil.

(a) Está-se em campanha eleitoral e um político mantém um caso

extraconjugal ou é um alcoólico, circunstâncias que comprovadamente, conforme a moralidade social de nossos dias (isso pode mudar no futuro...), podem ter efeitos perante seus eleitores. Essas duas situações não têm nenhuma relação com o interesse público, por dizerem respeito à esfera privada do político. (b) Esse mesmo político usa (ou usou) verbas públicas para financiar sua relação amorosa ou foi autuado ao volante por um guarda de trânsito por dirigir sob o efeito de bebidas alcoólicas. No item (a), não haveria nenhum *interesse público* na divulgação dos fatos. Ao contrário, existiria a possibilidade de manipulação dessas informações para alterar o equilíbrio eleitoral em favor do oponente desse político, como, aliás, já ocorreu na história recente do País, com efeitos nada interessantes. Quanto ao item (b), é notória a necessidade de se difundir esses fatos, pois há *interesse público* conjugado com informações de caráter pessoal.

Em relação às celebridades, prevalece a lógica de que qualquer fato gerador de difusão é positivo. Situações ridículas, acidentes, casos fortuitos e brigas públicas não são necessariamente fatos que, a despeito de detrimetosos ao sujeito, sejam economicamente negativos. A exposição da intimidade familiar não se coloca nessa fórmula, pois haveria a proteção dos outros membros da família, tuteláveis *de per si*. A celebridade em sentido estrito só se preservaria da ampla liberdade de imprensa se o fato gerasse “prejuízos econômicos irrazoáveis”, dado que ela escolheu mercadejar a própria imagem e, com isso, quem recebe os bônus, há de suportar os ônus. Ser contratado por uma empresa multinacional como garoto-proganda e envolver-se em um rumoroso caso de adultério, de embriaguez ou drogadição implicará sérios danos à imagem, com reflexos econômicos, pois quase sempre há cláusulas contratuais de resolução culposa quando o agente pode, com sua conduta, arruinar a reputação do patrocinador.

Outro aspecto relevante é que o uso da imagem da celebridade não pode servir como instrumento de ganho exclusivo ou preponderante para o meio de comunicação social. É o exemplo clássico do uso da imagem, da voz ou de parte da produção artística de uma celebridade sem contraprestação. Nessa chave também se inclui a realização de programas sensacionalistas que se limitam a explorar a celebridade, de maneira sistemática e recorrente, como se ela fosse parte integrante do elenco, sem, contudo, nada receber por isso.

19 STJ, REsp 531.335/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, j. em 2-9-2008, *DJe* de 19-12-2008.

20 Caso dos Humoristas – STF, ADI 4451 MC-REff, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 2-9-2010, *DJe*-125 de 1-7-2011.

Há também a questão de ser o controle apenas *ex post* (o que implica o caminho exclusivo da reparação civil ou da responsabilização criminal) ou se ainda é possível o controle *ex ante* (por meio da proibição prévia da difusão do fato, seja por meio de obras literárias ou de programas de televisão). Com o não julgamento do mérito da Reclamação n. 9.428/DF, relativa à publicação de informações pelo Estado de São Paulo, o STF deixou essa dúvida para ser resolvida, provavelmente, quando da apreciação da ADI 4815, da Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), que contesta a constitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil²¹.

A *fórmula 2* pressupõe que, em termos de comportamento social e de vivência das práticas políticas brasileiras, não se adote no Brasil o modelo norte-americano, de moralização absoluta da política (no sentido de moralidade sexual e íntima), o qual integrou a sindicância da vida pessoal ao próprio mecanismo de seleção de membros da classe política, altos servidores públicos e celebridades. Do contrário, os políticos e as celebridades em sentido estrito não terão mais nenhuma diferenciação específica quanto à proteção de sua intimidade.

É notória a diferença da *fórmula 2* com o atual modelo de proteção por etapas (ou camadas) desenvolvido na jurisprudência alemã. A restrição naquele país é extremamente maior do que a ora experimentada no Brasil, especialmente após a afirmação solene de uma conexão da liberdade de imprensa com a dignidade humana e seu caráter de prevalência (*a priori*) sobre a intimidade (o que foi chamado de “bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada”). No Brasil, como se disse, ainda se está em busca de um modelo adequado.

21 “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

5. CONCLUSÕES

As *fórmulas 1 e 2* são apenas uma tentativa (singela, incompleta e limitada, até pelo espaço deste artigo) de organizar os termos do problema. Em suma, não correspondem necessariamente ao posicionamento do autor, mas a uma expressão *descritiva* do estado da arte da matéria na jurisprudência atual. Não se pode, todavia, conceber que os debates em torno de um problema tão sensível sejam conduzidos ob o prestígio da metodologia *fuzzy* e de “camaleões normativos”, como denunciou José Joaquim Gomes Canotilho²².

As celebridades e os políticos, em suma, ao menos para a jurisprudência brasileira, renunciaram a parcela de sua vida íntima e privada. Como se realizar o controle entre a “esfera de iluminabilidade” e sua “esfera de reserva” é o que ainda se precisa definir com base em critérios uniformes.

22 O texto referido é um capítulo intitulado “Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, que se publicou no livro *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. Contrariando essa perspectiva, há interessantes trabalhos sobre o tema na doutrina brasileira, como os livros de Luiz Claudio Bueno Godoy (*A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008) e de Anderson Schreiber (*Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011).