

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO

ÉLVIO MOTA

O DIREITO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE E A LEI Nº 12.527/2011

Aracaju
2015

ÉLVIO MOTA

O DIREITO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE E A LEI Nº 12.527/2011

Monografia apresentada como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

ORIENTADOR:
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Aracaju
2015

ÉLVIO MOTA

O DIREITO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE E A LEI Nº 12.527/2011

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe FANESE.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva.
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Marcelo de Macedo Schimmelpfeng
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Rodolpho Orsini Filho
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes. todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia, em especial ao meu orientador Professor Dr. Lucas Gonçalves da Silva, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Aos meus pais, irmãos, minha namorada, minha filha e a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Aos amigos e colegas, pelo incentivo e pelo apoio constantes, em especial a Paulo Roberto França de Jesus.

Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.

Charles Chaplin

RESUMO

O crescente avanço tecnológico trouxe para o seio da sociedade um ônus e um bônus. Assim como expandiu barreiras geográficas por todo o mundo, facilitando o processo de comunicação, incitou também a violação de alguns direitos, tais quais o de informação. Neste sentido, as pessoas públicas, justamente por serem públicas, são compelidas a renunciar parte de sua “vida privada”, haja vista que em função de sua atuação, despertam maior interesse na sociedade. A presente monografia tem como problemática: Até que ponto o direito a intimidade pode ser resguardado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela Lei nº 12.527/2011? Tem como objetivo geral, analisar e definir o direito à intimidade, diferenciando-o do direito à privacidade, e também procurando enquadrar o referido direito à luz dos direitos fundamentais. A pesquisa é de caráter qualitativo e terá como enfoque analisar a literatura jurdoutrinária e outras fontes subsidiárias sobre o tema em análise. O tema ainda é bastante controverso, pois em algumas ocasiões a legislação dá margem a dúvidas interpretações, criando uma verdadeira celeuma entre os doutrinadores, propiciando o surgimento de diversas opiniões, o que poderá ser até prejudicial, visto que uma má interpretação, pode gerar uma má aplicação da Lei.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Informação; Entendimentos Doutrinários. LAI. Pessoas Públicas.

ABSTRACT

The increasing technological advances brought to the bosom of society a liability and an added bonus. As well as expanded geographical barriers around the world, facilitating the communication process, also urged the violation of some rights, such that the information. In this sense, public people, precisely because they are public, are compelled to give up part of their "private life", considering that according to their performance, most interest in society. This monograph has the problem: To what extent the right to privacy can be safeguarded by the principle of human dignity and by Law No. 12,527 / 2011? It has the general objective, analyze and define the right to privacy, differentiating it from the right to privacy, and also seeking to frame the said law in the light of fundamental rights. The research is qualitative in nature and will focus analyze the jus doctrinal literature and other related sources on the subject under review. The theme is still controversial because sometimes the legislation gives rise to misinterpretation, creating a real stir among scholars, leading to the emergence of diverse opinions, which may even be harmful, since a misinterpretation, can generate a misapplication of the law.

KEYWORDS: Right to Information; Doctrinal understandings. LAI. Public People.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E LIBERDADES PÚBLICAS.....	11
2.1 Conceito de Pessoa e Direitos da Personalidades	11
2.2 O Direito Natural e os Direitos da Personalidades.....	12
2.3 Características Gerais dos Direitos da Personalidade.....	13
2.4 Direito da Personalidade e Liberdade Pública.....	15
2.5 Interesses Públicos.....	16
2.5.1 Interesse público <i>versus</i> interesse do público.....	17
2.5.2 Liberdade de expressão e informação na constituição de 1988.....	19
2.5.3 Conceito de pessoa pública	20
2.5.4 A publicidade e as pessoas públicas	21
3 DIREITO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE E A LIBERDADE À INFORMAÇÃO.....	23
3.1 Surgimento e Evolução Histórica.....	23
3.2 Posição Constitucional.....	24
3.3 O Direito de Informação.....	26
3.3.1 Limites da imprensa.....	30
3.3.2 A utilização <i>post ortem</i> da imagem da pessoa pública.....	34
3.3.3 O proveito econômico e a falta de consentimento.....	37
4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS.....	46
4.1 Conceituação.....	46
4.2 Critérios de Controle.....	48
4.2.1 Meios de controle.....	48
4.3 Efeitos de Decisão.....	49
4.3.1 Natureza da decisão.....	49
4.4. As Mazelas do Processo Legislativo.....	49
4.5 Tipos de Inconstitucionalidades.....	50
5 A LEI Nº 12.527/2011 – “LEI DE ACESSO A INFORMAÇÃO – LAI”.....	52
5.1 O Surgimento e Importância.....	52
6 BREVE DISCUSSÃO ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DA DIVULGAÇÃO NOMINAL DA RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA DOS AGENTES PÚBLICOS.....	54
7 CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, estabelece uma nova visão no ordenado jurídico brasileiro, no que tange a divulgação e acesso às informações públicas. Ou seja, institui um acervo de regras que direcionam a emenda, a proteção, e a seriação das informações pessoais e sigilosas, e determina que as informações que não estejam dentro dessa classificatória sejam de livre acesso público, e assim, possibilitar a todo o cidadão plena informação das atividades administrativas que estão ocorrendo nas entidades públicas das três esferas do poder (legislativo, executivo e judiciário), fundações públicas, empresas públicas, sociedade de economia mista, e entidades mantidas de forma direta ou indireta por órgãos federais.

Também estão impostas a esse regime as entidades privadas sem fins lucrativos, mas que recebe recursos financeiros públicos para a realização de atividades públicas.

Não se pode esquecer que um dos princípios da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, que está prevista no Art. 1º da Constituição Federal e vista como um dos fundamentais suportes do Estado democrático de direito. Em meio às diversas difusões desse princípio, está à intimidade, prevista no Art. 5º, X, instituído também na Carta Magna. O direito a intimidade está totalmente ligada à ideia de proteger o cidadão das interposições de indivíduos extremamente curiosos, que se utiliza da audição e da visão para tomar conta da vida alheia de outrem (BARROS, 2009).

Por sua vez, lidar com o direito à intimidade é tratar da forma mais ampla sobre a liberdade, sendo que a intimidade é atributo ligado à vida humana. Por mais simples que seja as ações do dia-a-dia, a forma particular de pensar é a prova mais objetiva de que o silêncio e a particularidade é uma característica do ser humano. É nesse momento que a liberdade se destaca, mantendo da melhor forma possível as informações, ideias, pensamentos e atos da vida pessoal que o indivíduo queira manter em pleno sigilo.

Ainda assim, quando o homem não tem sua intimidade respeitada e esta é invadida, ele acaba por ficar aprisionado, sem livre execução de sua liberdade. A ideia de se ter a intimidade exposta está ligada a ideia de liberdade, e um dos seus

atos é, exatamente, o direito de quere ficar só, isolar-se, recolher-se em seu próprio mundo.

Desta forma, a presente monografia tem como problemática: Até que ponto o direito a intimidade pode ser resguardado pelo principio da dignidade da pessoa humana e pela Lei nº 12.527/2011?

Apresenta como questões norteadoras: O dever de prestar informações à coletividade, decorrência lógica da transparência e ética administrativas, permite lesão aos direitos da personalidade? Qual o entendimento jusdoutrinário sobre o direito de acesso às informações assegurado pela Lei nº 12.527/2011?

Tem como objetivo geral, analisar e definir o direito à intimidade, diferenciando-o do direito à privacidade, e também procurando enquadrar o referido direito à luz dos direitos fundamentais. E como objetivos específicos: analisar a constitucionalidade da Lei nº 12.527/2011 diante de um conflito normativo e principiológico entre o princípio da publicidade e o direito constitucional à intimidade; refletir sobre a colisão do direito à intimidade com o princípio constitucional da publicidade; comprovar a existência de vício material quando da promulgação da Lei nº 12.527/2011 e seus regulamentos; demonstrar a inviabilidade da divulgação nominal da remuneração dos servidores públicos frente à garantia constitucional de segurança; analisar a efetivação da Lei nº 12.527/2011 no âmbito estadual, distrital e municipal.

Justifica-se pela sua importância de informar o direito de acesso do usuário aos serviços públicos e administrativos, inerentes aos atos do Governo. Uma vez, que esse direito foi regulamentado pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI) que, a partir de então, passou a representar uma mudança de paradigma na Administração Pública brasileira, implementando a “cultura da transparência”, necessária ao combate à corrupção e ao controle social da máquina administrativa.

A pesquisa é de caráter qualitativo e terá como enfoque analisar a literatura jusdoutrinária e outras fontes subsidiárias sobre o tema em análise. Nas palavras de Sílvio Luiz de Oliveira (2009, p. 54), a abordagem quantitativa “tem como objetivo quantificar opiniões, dados, na coleta de informações”. De outra forma, entende o autor a qualitativa como descritiva por relatar o que os diferentes autores escrevem sobre o assunto e daí estabelecer relações e construir um ponto de vista conclusivo. Embora seja de grande valia, a abordagem quantitativa não se

fará presente, visto que não serão utilizados dados como instrumentos aos argumentos dos autores pesquisados.

Será utilizado como método de abordagem o hipotético-dedutivo, desenvolvido de acordo com as seguintes etapas: a primeira é a criação do problema, para qual se formula uma ou mais hipóteses a partir das teorias já existentes. A segunda é o estabelecimento da solução, a partir da dedução de consequências na forma de proposições. Por fim, a terceira será a realização de pesquisas bibliográficas, onde se testam as proposições levantadas para solucionar o problema por meio de estudos que objetivam refutar ou aceitar hipóteses.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E LIBERDADES PÚBLICAS

2.1 Conceito de Pessoa e Direitos da Personalidade

Para explicar o direito à imagem será necessária uma breve incursão acerca dos Direitos da Personalidade, já que aquela é uma espécie desta. Para tanto, é imprescindível em primeiro momento definir qual o significado do termo “pessoa”.

Leciona Venosa (2005) que em qualquer instituto jurídico que se analise, em qualquer situação jurídica, deve-se partir do ponto fundamental, questionando-se: “qual é a relação jurídica existente? Quem faz parte dessa relação jurídica? Quais são os sujeitos de direito dessa relação?” O ser humano é a destinação de todas as coisas na esfera do Direito.

Assim, explica o autor supracitado que a palavra *persona* no latim significa máscara de teatro, o papel atribuído ao ator, isto porque na Antiguidade os atores usavam máscaras para atuar, com dispositivo especial que emitia voz. Através da evolução do sentido, o termo *pessoa* passou a representar o sujeito de relações jurídicas, como se todos os seres humanos fossem atores a representar um papel dentro da sociedade.

De acordo com a doutrina tradicional “pessoa” é o ente físico ou coletivo de direitos e obrigações. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, o poder de se fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de dever jurídico (DINIZ, 2006).

O Art. 2º do Código Civil de 2002 dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa a partir do nascimento com vida; mas a Lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Desta forma, de acordo com o legislador, a personalidade civil do homem tem início com o nascimento com vida. A personalidade seria aptidão genérica, abstrata, que concedia ao ser humano lhe permite contrair direitos e obrigações na ordem civil (DIAS, 2000).

Na acepção de França (s/d apud AFFORNALLI, 2007, p.17) os direitos da personalidade representam “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos

aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções”.

Ferrara (s/d apud AFFORNALLI, 2007, p.1) entende que os direitos da personalidade,

são os direitos supremos do homem, aqueles que garantem o gozo dos seus bens pessoais. Ao lado dos direitos a bens externos, os direitos de personalidade garantem o gozo de nós mesmos, asseguram a cada um a senhoria da sua pessoa, a atuação das próprias forças físicas e espirituais.

Desta forma entende-se que todo ser humano é detentor de personalidade, haja vista que o Código Civil de 2002 reconhece que ao nascer o homem já adquire personalidade jurídica.

2.2 O Direito Natural e os Direitos da Personalidade

É antiga a ideia de um direito inato ao homem, superior a qualquer direito escrito que seja contrário a ele, e que deve orientar o direito positivo e a ele se submeter à autoridade do Estado e a vontade dos demais indivíduos. (SILVA JUNIOR; LEOPOLDO, 2002).

Ráo (1976 apud LEOPOLDO; SILVA JUNIOR, 2002, p.3) defende o direito natural como sendo: “um conjunto de princípios supremos, universais e necessários que, extraídos da natureza humana pela razão, ora inspiram o direito positivo, ora por este direito são imediatamente aplicados, quando definem dos direitos fundamentais do homem”.

A escola de direito natural proclama que a imagem é um direito inato ao homem, pois representa uma faculdade exercida naturalmente por ele. Segundo Dias (2000, p. 28) “os naturalistas, por seu turno, defendem que o homem, pelo fato de ser denominado pessoa, é dotado de personalidade, cuja proteção dar-se-ia pelos direitos da personalidade”.

A partir da necessidade de sua proteção, foi necessário que houvesse apenas a sua positivação, já que este “direito” existia anteriormente de forma natural ao indivíduo. Desta forma, arremata a autora supracitada que os direitos da personalidade “não nascem do direito positivo, mas sim da concepção da pessoa”.

Para os positivistas conforme explica Dias (2000, p.45) “a personalidade decorre da concepção jurídico-normativa do homem. Teria assim, natureza jurídica positiva”. Esta corrente nega que o direito da personalidade tenha sua origem no direito natural, sendo esta originária da Lei, e somente esta poderá instituir seus bens e seus direitos.

A doutrina moderna considera os direitos da personalidade um direito privado, qualificado como subjetivo e tendo como fundamento primeiro o Direito Natural (DIAS, 2000). Isso poderá ser observado no Código Civil de 2002, que dispõe que os direitos da personalidade se iniciam a partir do nascimento com vida.

Entende-se que os Direitos da Personalidade são originárias do Direito Natural, pois elas são inerentes ao homem, existindo antes mesmo de sua positivação. Prova disto é o fato da atual legislação conferir ao homem, direito de personalidade a partir do nascimento com vida, sendo que este não nasce do ordenamento jurídico.

2.3 Características Gerais dos Direitos da Personalidade

Affornalli (2007) explica que os direitos da personalidade possuem algumas características que a deixam em posição privilegiada por se tratar de direitos essenciais¹ e fundamentais.

São absolutos ou oponíveis *erga omnes*², todos devem respeitá-los, pois sua violação é vedada, inclusive para o Estado que deverá exigir e assegurar-lo. São direitos gerais, pertencem a todas as pessoas naturais; essenciais, sem eles a noção de direitos da personalidade estaria ameaçada. (grifo do autor).

Muitos autores classificam como inatos, fundamentados no fato de que eles começam a existir a partir do nascimento do indivíduo. São indisponíveis, já que o titular tem uso e gozo, mas não pode dispor do mesmo. A partir desta, estão ligadas também as características de inalienabilidade, intransferibilidade e irrenunciabilidade. (grifo do autor).

¹ Segundo Dias (2000, p. 56) “Os direitos essenciais são direitos sem os quais os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, sendo essenciais o titular não pode dispor dos mesmos.”

² *Erga Omnes* - palavra originária do latim, significa “contra todos”.

Se não podem ser objeto de disposição voluntária, também não poderá ser alvo de expropriação forçada pelo interesse público. Daí afirma-se serem direitos inexpropriáveis. (grifo do autor).

Possuem também a característica de imprescritibilidade, já que não se extinguem com o decurso do tempo somado a inércia do titular, nem ocorre a perda do direito da ação atribuída àquele direito. (grifo do autor).

São ilimitados quanto ao número, pois se referem aos incontáveis desdobramentos da personalidade, nem todos são reconhecidos pelo direito positivo, mas nem por isso deixam de existir. (grifo do autor).

Segundo Nery Junior e Andrade Nery (2003, p. 143-144) os direitos da personalidade são:

intransmissíveis e irrenunciáveis, sendo ilimitados por ato voluntário, inclusive de seu titular. Está compreendido na irrenunciabilidade dos direitos de personalidade, a indisponibilidade, pois seu titular deles não pode dispor livremente. Podem ser inatos, quando inerentes à natureza humana (e.g., vida, liberdade, honorabilidade, auto estima) e decorrentes (derivados ou adquiridos), quando se formam em momento posterior ao nascimento da personalidade do sujeito de direito (e.g. direito moral do autor) (Rosa Nery, Noções, p. 143). São perpétuos, não podendo ser extintos (prescrição e decadência) pelo não uso. São insuscetíveis de apropriação, isto é, não se pode penhorá-los, nem expropriá-los, tampouco adquiri-los pela usucapião.

O Código Civil faz referência apenas às três características: intrasmitibilidade, irrenunciabilidade e ilimitados, assim como dispõe o Art. 11 do CC/2002, onde lê-se “Com exceção dos casos previstos em Lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. HERDEIROS. LEGITIMIDADE.

1. Os pais estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos que deram publicidade ao fato de a vítima ser portadora do vírus HIV.

2. Os autores, no caso, são herdeiros da vítima, pelo que exigem indenização pela dor (dano moral) sofrida, em vida, pelo filho já falecido, em virtude de publicação de edital, pelos agentes do Estado réu, referente à sua condição de portador do vírus HIV.

3. O direito que, na situação analisada, poderia ser reconhecido ao falecido, transmite-se, indubitavelmente, aos seus pais.
4. A regra, em nossa ordem jurídica, impõe a transmissibilidade dos direitos não personalíssimos, salvo expressão legal.
5. O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183).
6. A perda de pessoa querida pode provocar duas espécies de dano: o material e o moral.
7. "O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se entendesse (deve ser estendesse) ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores" (Leon Mazeaud, em magistério publicado no Recueil Critique Dalloz, 1943, pg. 46, citado por Mário Moacyr Porto, conforme referido no acórdão recorrido).
8. Recurso improvido.

Foi pleiteado um recurso que se pedia a transferência de indenização para os herdeiros por danos morais sofridas pela divulgação de uma doença (AIDS). Porém o pedido foi negado, haja vista, que uma das características dos direitos da personalidade é a intransmitibilidade. De acordo com o ministro José Delgado (relator), "o sofrimento, em si, é intransmissível. A dor não é "bem" que componha o patrimônio transmissível do *de cujus*".

2.4 Direitos da Personalidade e Liberdades Públicas

Segundo Silva Júnior (2002) quando os direitos naturais ganham proteção constitucional ou em Lei ordinária, sendo oponíveis contra o Estado, passam a constituir "liberdades públicas", que é o direito que limita o poder do Estado em detrimento ao direito individual da pessoa.

De acordo com a lição de Canotilho (1997 *apud* SILVA JUNIOR; LEOPOLDO, 2002, p.8):

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem

arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Leciona Cretella Júnior (1997 *apud* SILVA JUNIOR; LEOPOLDO, 2002, p.9) que:

Strictu sensu, “liberdades públicas” são apenas as liberdades declaradas, i. e., as que se inscrevem nos textos constitucionais, nas declarações, nos preâmbulos. *Lato sensu*, liberdades públicas são todos os direitos e garantidos pela Lei, ou seja, as liberdades reconhecidas.

Classificam-se as liberdades em individuais (ou pessoais) e coletivas. O titular das primeiras é o homem, a pessoa física; o titular das segundas é a pessoa jurídica (associações) ou o agrupamento de pessoas físicas (reuniões). Entre as liberdades individuais incluem-se, em primeiro lugar, a liberdade física (ou corporal), ou seja, o direito de permanecer, de ir e vir (*jus manendi, ambulandi, eundi ultra citroque*), “*the Power of locomotion*”, e também as liberdades do espírito (liberdade de opinião, de crença, de religião, de imprensa, de ensino), as liberdades económicas (liberdade de trabalho, liberdade de comércio e de indústria). Entre as liberdades coletivas incluem-se a liberdade de reunião, a liberdade de associação, a liberdade sindical.

São os direitos dos cidadãos, que protegem o indivíduo do Estado através das vias constitucionais. Se distinguem dos direitos do homem que se dão através dos direitos da personalidade, pois estes asseguram os indivíduos de atentados de outros indivíduos (DIAS, 2000).

Entende-se que é possível se opor ao Estado através dos direitos da personalidade, pois tratam-se de direitos inerentes ao homem. Assim também entende Leopoldo e Silva Junior (2002, p. 9) que explicam ser os direitos da personalidade, ainda que não positivados e, portanto não constituídos de liberdades públicas, oponíveis contra o Estado, por serem essenciais ao homem, tendo sua origem no direito natural, já que o direito apenas o declara, existindo eles anteriormente a este reconhecimento.

2.5 Interesses Públicos

Todo sistema de comunicação, na acepção de Dias (2000), é considerado sistema de signos. Eles estão presentes em todos os lugares, não apenas em

palavras, como também em gestos, imagem, etc. Nos dias atuais, tudo tem uma significação. O que menos importa é o que é dito, e sim a forma como é dito, qual o meio utilizado para tal. Segundo McLuhan (s/d apud DIAS, 2000, p. 68) “o meio é a mensagem”. Deste modo, a comunicação publicitária assume o importante papel: o de informar e o de persuadir, sendo a imagem um de seus componentes principais.

Explica Dias (2000), que a avanço da publicidade ocorreu a partir da segunda metade da Revolução Industrial. Devido à reprodução em massa, foi necessário se fazer algo para o escoamento dos produtos. Houve necessidade de se buscar novos mercados. A publicidade então assumiu papel principal, deixando de lado sua participação coadjuvante.

2.5.1 Interesse público *versus* interesse do público.

Dispõe o Art. 20 do Código Civil de 2002 que:

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. (grifo nosso)

Mas o que viria a ser administração pública e ordem pública? Segundo conceitua Meirelles (2004) a "Administração Pública é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando o bem comum".

Por outro lado, nas palavras do advogado Elia Junior (2006) a ordem pública figura “[...] um reflexo dos valores de determinada época e de certas culturas jurídicas, representando, assim, os valores que a moral vigente em nossa cultura jurídica considera fundamentais”.

A divulgação feita pela administração pública, quando necessária e a manutenção da ordem pública, fazem parte de integralização do interesse público. Porém, não há um conceito definitivo por parte do legislador, do que viria a ser o

“interesse público”. Por este motivo, existem diversos entendimentos acerca do seu alcance em detrimento as pessoas públicas.

Nas palavras de Affornalli (2007, p. 60), o interesse público “seria a invocação do interesse geral em detrimento do interesse do particular titular do direito à própria imagem. É a antiga posição da prevalência do interesse geral sobre o interesse individual”.

Segundo Pereira da Silva e Rigatto (s/a, *on line*),

o conceito de interesse público é muito complexo, [...] pois são interpretações diversas e conflituosas. Entretanto, o poder público pode usá-lo como um conceito de : 1) balança onde o interesse público atende a vários interesses simultâneos; 2) negociador, onde age de forma que todos os interessados entrem em um acordo; 3) intercâmbio associação de interesses, 4) objetivos nacionais ou sociais, onde os interesses particulares ficam em segundo plano e 5) paternalista que ocorre quando é estabelecido por uma única autoridade.

Entende-se que a divulgação enunciada no Art. 20 do Código Civil só poderá ser usada quando houver o real interesse público, que são aqueles voltados aos objetivos nacionais ou sociais. Porém, tais interesses sociais são aqueles que teriam a função de evitar danos e a desarmonização da coletividade, mantendo assim a ordem pública.

Nesse diapasão, Venosa (2005) faz uma importante ressalva, ao afirmar que deve-se ter comprovado o legítimo interesse. Já que nem sempre ele saltará à evidência à primeira vista, deste modo o juiz deverá analisar cada caso concreto.

Almeida (1998 *apud* Affornalli, 2007), adverte sobre a importância de se fazer a diferenciação entre o “interesse público” e o “interesse do público”. Este último significa toda forma de intromissão desnecessária na vida alheia, principalmente na de personalidades artísticas e políticas visadas.

A título de exemplo, pode-se citar o caso que envolveu Walter Casagrande Jr., o Casão, ex-goleador e comentarista da TV Globo. Foi publicado em determinada revista, o envolvimento de Casagrande com as drogas, antes mesmo de ele tomar a decisão de se manifestar em público.

Um colunista de um site de debate de observação sobre a imprensa manifestou-se afirmando que

o comentarista da TV Globo nunca escondeu seu drama dos colegas do meio jornalístico – para os mais próximos chegou a deixar claro,

em vários momentos, que precisava de ajuda –, mas também nunca manifestou o mais remoto desejo de tornar públicos os seus problemas pessoais. Se quisesse, nada seria mais fácil a alguém com tanto trânsito no meio: bastaria escolher o veículo ou o jornalista e contar a sua história (*on line*). (grifo nosso)

No caso de político, em contrapartida, como por exemplo, o escândalo que envolveu ex-presidente do senado, Renan Calheiros (*on line*). Em primeiro momento houve interesse do público, visto que inicialmente as divulgações atingiram a esfera da vida privada, que foi o envolvimento do referido político com a jornalista Mônica Veloso (que era sua amante). Porém, o episódio tomou proporções diferentes quando a mesma revelou que o dinheiro que Renan Calheiros usava para pagar a pensão da sua filha era proveniente de um lobista. Neste caso, tal fato passou a ser de interesse público, havendo assim legitimidade para a configuração do Art. 20 do Código Civil.

Entende-se que a decisão de divulgar um conflito da esfera da vida privada, compete ao próprio titular do direito, caso contrário, haverá um mero interesse do público. Nesse sentido explica Silva Junior e Leopoldo (2002) que “[...] um homem público deve ser, a rigor, julgado pelas suas ações públicas.” A imprensa poderia usar de bom senso, não se esquecendo de levar em consideração a ética profissional.

2.5.2 Liberdade de expressão e informação na constituição de 1988

Uma nova Constituição, de acordo com a teoria clássica, é uma reação ao passado e compromisso com o futuro. A carta de 1988 foi fundamental no processo de recomposição do Estado democrático de direito e de superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder (BARROSO, 2006).

A Constituição Federal de 1988, prevê o direito à informação em seu Art. 5º, inciso XIV e a liberdade de expressão, no inciso IX, onde lê-se:

Art. 5º - IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

A liberdade de expressar o pensamento, por atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, compactuou-se com a democracia, amparada pelo Estado de Direito. Por isso, a censura ou licença para exteriorizar ideias, é inadmissível (BULOS, 2003).

Tal liberdade conjuntamente ao direito à informação formam prerrogativas indissociáveis e complementares a livre circulação de ideias. Neste sentido, a Constituição abre o capítulo dedicado à comunicação social (BARROSO, 2006): “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”.

Segundo Bulos (2003, p. 143),

A jurisprudência vem entendendo que as liberdades de expressão e de manifestação de pensamento não podem sofrer nenhum tipo de limitação prévia no tocante a censura de natureza política, ideológica e artística (TRF, 1º Região, REO 90.01.02610-89/DF, rel. Min. Juiz Aldir Passarinho Jr., 1º Turma, DJ, de 10-6-1991).

O § 1º do Art. 220, enuncia que “nenhuma Lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no Art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Tal norma reforça o *caput* do referido artigo, dando ênfase os limites da liberdade de informação jornalística.

2.5.3 Conceito de pessoa pública

Segundo Leopoldo e Silva Junior (2002), pessoa pública é aquela que se dedica à vida pública ou que a ela está ligada, estando incluídas as pessoas que exercem cargos políticos, ou cuja atuação dependa do sufrágio popular ou do reconhecimento das pessoas ou a elas é voltado, ainda que seja para entretenimento e lazer, mesmo sem objetivo de lucro ou com caráter eminentemente

social. Dentre as pessoas públicas podem destacar-se as celebridades, políticos, *socialites*, esportistas, artistas, modelos, pessoas notórias, dentre outros.

É importante esclarecer que para que o indivíduo seja considerado pessoa pública, ele deverá ter atuação pública. O que não ocorre, em contrapartida, com aqueles que são membros da realeza que não exerçam cargo público, ou aqueles que têm momentaneamente o interesse público voltado para eles, como os ganhadores da loteria e os heróis por um dia, assim a divulgação nestes casos se dará em caráter jornalístico, cessado esse, cessa também a autorização da pessoa. Deve-se ressaltar ainda que pessoas que sejam casadas, parente, ou aqueles que mantenham relacionamento duradouro ou não, não são consideradas necessariamente pessoas públicas, visto que é necessário ter uma atuação pública (LEOPOLDO; SILVA JUNIOR, 2002).

Entende-se que as pessoas públicas são aquelas voltadas ao reconhecimento da sociedade em razão da atuação que exercem, podendo tornar-se conhecidas também por algum fato ou motivo advindos de sua conduta.

2.5.4 A publicidade e as pessoas públicas

Todo sistema de comunicação, na acepção de Dias (2000), é considerado sistema de signos. Eles estão presentes em todos os lugares, não apenas em palavras, como também em gestos, imagem, etc. Nos dias atuais, tudo tem uma significação. O que menos importa é o que é dito, e sim a forma como é dito, qual o meio utilizado para tal. Segundo Mcluhan (s/d apud DIAS, 2000, p. 68) “o meio é a mensagem”. Deste modo, a comunicação publicitária assume o importante papel: o de informar e o de persuadir, sendo a imagem um de seus componentes principais.

Explica Dias (2000), que a avanço da publicidade ocorreu a partir da segunda metade da Revolução Industrial. Devido à reprodução em massa, foi necessário se fazer algo para o escoamento dos produtos. Houve necessidade de se buscar novos mercados. A publicidade então assumiu papel principal, deixando de lado sua participação coadjuvante.

Não raramente, há vinculação de um produto à imagem de uma pessoa, com objetivo de fazer crer que a coisa tenha virtudes, como honestabilidade e confiabilidade, ou para inspirar a ideia de que o consumo de determinado produto,

tenha a magia de transformar um simples cidadão, na personificação de seu ídolo (LEOPOLDO; SILVA JUNIOR, 2002).

Observou-se que o uso da imagem para fins publicitários gerava lucros. A exploração econômica ganhou ares de comércio, gerando profissionais especializados em permitir a publicação de sua imagem em troca de remuneração (DIAS, 2000)

Sobre isso entende Vestergaard e Schroder (1994 apud LEOPOLDO; SILVA JUNIOR, 2002, p.29):

a maioria das pessoas concordará que muitos anúncios, tomados individualmente, funcionam ao nível do devaneio. Mostrando gente incrivelmente feliz e fascinante, cujo êxito em termos de carreira ou de sexo – ou ambos – é óbvio, a propaganda constrói um universo imaginário em que o leigo consegue materializar os desejos insatisfeitos da sua vida diária.

Podem ser citados vários exemplos do uso da imagem na publicidade, como a propaganda de perfumes, roupas, onde os artistas tem seu nome batizado em marcas. Existem também vinculação da imagem em propagandas de aparelhos eletrônicos, como os celulares, bem como as operadoras telefônicas. Leopoldo e Silva Junior (2002) relembram a propaganda do perfume Chanel, em que com apenas algumas gotas, a atriz Marilyn Monroe usava para dormir.

Explica o autor supracitado, que a propaganda comercial tem como objetivo, o lucro ou uma vantagem, razão pela qual se vincula imagem de pessoa ao produto, ou apenas utilizada na divulgação, mesmo que não se trate de pessoa famosa, ou que adquira notoriedade somente depois dela, ao devido ressarcimento financeiro.

3 DIREITO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE E A LIBERADDE À INFORMAÇÃO

3.1 Surgimento e Evolução Histórica

A intimidade em tempos remotos era privilegio das altas classes sociais, nem todos os seres humanos detinham dessa apropriação de direitos, ou seja, a classe burguesa era complemente desfavorecida de proteção desse tipo.

Mas esse privilégio instituído para poucos foi mudando com o passar dos tempos, e principalmente com o crescimento da classe burguesa. Quanto mais os centros urbanos foram se ampliando, aumentava nos anseios da burguesia, então emergente, a expectativa de seus direitos quanto a proteção a intimidade. Assim, o direito a intimidade emergiu de “uma aspiração burguesa, transformando um privilégio de poucos numa expectativa de muitos” (AIETA, 1999, p. 78).

Aieta, comentando os dizeres de Rodótà, diz que o,

nascimento do direito à intimidade coincide com a consagração de um privilégio de classe social e não como a realidade de uma exigência natural de todos os homens, afirmação revolucionária dos direitos humanos (AIETA, 1999, p. 78).

A intimidade resplandece historicamente, apenas quando a burguesia passa ser universalizada como classe social, e o surgimento das tecnologias com seus avanços, faz com que as possibilidades de violação da cidadela da intimidade da pessoa humana aumentem (FARIAS, 2000).

Segundo o doutrinador Comparato (2007, p. 225), “o primeiro texto internacional a proteger a intimidade foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XII”. Já para Farias, “o primeiro texto a proteger a intimidade foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá, na Colômbia, no dia 2 de maio de 1948, em seu artigo 5º” (FARIAS, 2000, p. 138).

O Legislador Constituinte Originário, já cansando dos descasos e absurdos que dominavam no regime militar ditatorial que governou o país nos anos da ditadura, e visando a proteção de todo o ser humano, fez-se valer na Constituição da República de 1988, mais precisamente no Título II (Dos Direitos e Garantias

Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), o direito à intimidade:

“Art. 5º Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”; (grifo nosso)

Notavelmente, é perceptível que a intimidade não é pautada numa fundamentalidade, puramente por que está prescrita no inciso X do artigo 5º da Constituição de 1988, mas sim, por representar um direito fundamental a pessoa humana. Desta forma, o direito a intimidade está alicerçado na dignidade da pessoa humana.

3.2 Posição Constitucional

Justamente, por ser um direito fundamental, o direito à intimidade não pode ser destituído por emenda constitucional, por Lei, ou qualquer outro ato normativo, como determina o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição da República Federativa do Brasil.

Para uma melhor compreensão, se fez uma transcrição dos escritos de Vânia Siciliano Aieta:

[...] é através do reconhecimento ao direito à intimidade, como direito fundamental, que o homem moderno poderá vir a desenvolver plenamente a sua personalidade [...] Trata-se de um direito essencial à própria dignidade humana e sua importância política se faz indiscutível no regime democrático, pois sendo fundamental à democracia o respeito à liberdade individual, para que esta possa realmente existir é preciso reconhecer a intimidade como um direito (AIETA, 1999, p. 77).

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins conceituam o direito a intimidade da seguinte forma:

Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 63).

Tércio Sampaio Ferraz Junior, a respeito do tema, aborda que:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Neste termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange. (FERRAZ JUNIOR, 1992, p. 77)

Condensando os conceitos salientados, a intimidade diz respeito à uma fração da privacidade que um indivíduo guarda para si, de forma pessoal, íntima, protegida da invasão de pessoas indesejáveis, até mesmo os que fazem parte da família e/ou amigos mais chegados. É o intitulado direito de estar só.

Buscando apoio na doutrina pátria, destaca-se o dizer de Silva que escreve: “a intimidade se caracteriza como a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais” (SILVA, 2001, p. 206).

O direito constitucional, fundamental a intimidade, constitui-se por ser o direito de alguém poder resguardar-se à solidão e ter seu ambiente íntimo preservado. Sendo assim, o direito a intimidade deriva-se da liberdade que cada pessoa tem de não querer determinados detalhes da sua vida cheguem ao conhecimento de desconhecidos, terceiros.

Pode-se citar como exemplo de direito a intimidade: os diários pessoais, segredos confidenciais, dúvidas existenciais, opção sexual, a formação anatômica do corpo, onde na maioria dos casos apenas o cônjuge ou companheiro, namorado vê. Segundo Farias, “a intimidade pode ser definida como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só” (FARIAS, 2000, p. 137).

Em palavras mais simples, a intimidade é a liberdade que o cidadão tem de possibilitar a plena autorização sobre a sua e sobre as relações pessoais. Ou

seja, é direito de querer está só, recolher-se, de não ser incomodado em sua vida particular. Na compreensão de Melo, “a intimidade é o ato pelo qual o ser humano pode desenvolver livremente a sua própria personalidade” (MELO, 2007, p. 63).

Desta forma, pode-se dizer que a intimidade refere-se ao que é íntimo da própria pessoa, assim como os desejos e segredos. Onde “se fixa uma divisão linear entre o ‘eu’ e os ‘outros’, de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2005, p. 140).

Entretanto, mesmo sendo um direito fundamental, é comum presenciar a intimidade sendo invadida, isso para não dizer arruinada pelos meios de comunicação, que para dar uma notícia passa por cima de quaisquer direito a dignidade da pessoa humana.

E em função disso, eis que urge um ponto crucial, que é o balanceamento entre o direito à intimidade e a liberdade de informação.

3.3 O Direito de Informação

Antes de dar-se início a temática em pauta, abordara-se a distinção entre liberdade de informação e liberdade de expressão.

A liberdade de informação, “diz respeito ao direito individual de comunicar fatos e ao direito difuso de ser deles informado” (BARROSO, 2004, p.66). Ou seja, a liberdade de informar está diretamente ligada com a divulgação de fatos, dados, de determinadas qualidades concretas e conferidas. No que concerne a liberdade de expressão, está relacionada a qualquer manifestação do pensamento humano, é a ação pela qual o indivíduo expressa as suas colocações, ideias, ideais, opiniões, a cerca de delimitado assunto.

Feita tais distinções, aborda-se neste universo teórico as pautas sobre a liberdade de informação.

Em detrimento a sua vital importância, a liberdade de informação, no século XVIII foi fincada de forma positiva e enfatizada nos Estados Unidos e na França pela Constituição dos Estados Unidos da América do Norte (1789), por meio da primeira emenda, em 1791, e Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 acabou também reconhecendo à liberdade de informação em seu Art. XIX. Em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos, intitulada de Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 13, *caput*, e inciso 1, também reconheceu a liberdade de informação como fundamental ao ser humano.

No Brasil, foi instituído por meio da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, um Estado Democrático de Direito, que passou a ser amparada em nível constitucional alguns valores vistos como essenciais para uma sociedade libertária, justa e democrática.

Em meio a tais direitos constitucionalizados tidos como essenciais, coloca-se em evidência a liberdade. A liberdade, entretanto, passou a ser elencada como garantia suprema, instituída no rol de direitos considerados indeclináveis e irrevogáveis.

Restaram garantir as liberdades individuais da pessoa humana, como por exemplo, a liberdade de ir e vir, de manifestar-se, de escolher a religião, entre outras. Assim como foi defendida pela Lei Maior a Liberdade de Informação.

Art. 5º Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”
Destarte, a proteção constitucional ao direito fundamental à informação compreende tanto os atos de comunicar, de informar (artigo 5º, inciso IX), quanto os de receber livremente informações (artigo 5º, inciso XIV). Por isso a doutrina afirma que a liberdade de informação compreende no “direito de informar e ser informado.

Nesse direcionamento, pode-se constatar que não existe simplesmente “liberdade de informação”, mas também o “direito à informação”, ou seja, o direito de receber informação, de ser informado.

Apesar de possuir um sentido constitucional de liberdade, a liberdade de informação não constitui pura e simplesmente um direito pessoal ou mesmo profissional, mas um direito coletivo, o de ser informado. Noutros termos, àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva, a de que a liberdade de

informação contribui para a formação da opinião pública (FARIAS, 2000, p. 166-167).

Em busca de um entendimento mais aprofundado buscou-se os dizeres de José Afonso da Silva:

O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que essencialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva. (SILVA, 2001, p. 259)

Levando-se em consideração mais uma vez os ensinamentos de Silva, a liberdade de informação é “o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular” (SILVA, 2001, p. 244). E continua no sentido de que:

[...] a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao sigilo profissional [...] (SILVA, 2001, p. 245).

Segundo Farias salienta que liberdade de informação é o “direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações”. Essa “informação verídica” diz respeito a uma verdade subjetiva, ou seja, quem comunicar os fatos ocorridos deve ter atitudes de forma a alcançar o nível da verdade, “no sentido de que seja contactada a fonte dos fatos negociáveis e verificada a seriedade ou idoneidade da notícia antes de qualquer divulgação” (FARIAS, 2000, p. 163-164).

Nesse contexto, Barroso leciona:

A informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira. A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento do direito de personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa fé e dentro dos critérios da razoabilidade, a

correção do fato a qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga. (BARROSO, 2004)

Acrescenta-se que a verdade em sua subjetividade deve ser buscada pelo simples fato de que toda e qualquer informação é direcionada, refere-se não apenas ao ser humano, mas a fatos sociais, que possam interessar a todos ou a especificamente.

Perante todas as informações que explanadas no presente tópico, pode-se salientar que não se pode estudar liberdade de expressão sem estudar ao mesmo tempo o direito de comunicação, usualmente conhecimento como liberdade de imprensa.

Chegou-se a essa conclusão, pois os veículos de informação e exercem uma “função de controles” das ações dos agentes do Estado. Diante disso, pode-se afirmar que: “a imprensa, em seu conceito amplo, representa os olhos e ouvidos do cidadão comum, contribuindo para o fortalecimento da democracia” (BALA, 2007, p.85). Portanto, o papel dos veículos de informação vai além do que apenas manter a sociedade atualizada dos fatos ocorridos.

Em função disso, o artigo 220, parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal, inserido no Capítulo relativo à comunicação social, declara:

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 artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

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

Logo, a liberdade de informação e o direito de comunicação configuram-se concretamente, como direitos fundamentais, cuja assimilação baseia-se na preservação dos fatos, impedindo que o Poder Público, busque impedir a propagação das informações. Sendo assim, todos os cidadãos independentemente de sua classe social ou condição financeira tem o direito a liberdade de informar e de ser informado.

3.3.1 Limites da imprensa

A lei nº 5.250 (Lei de Imprensa), foi instituída em 9 de fevereiro de 1967 e tem como finalidade regular a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

É importante salientar que na época de sua promulgação, o Brasil passava pelo período da Ditadura Militar, podendo haver um resquício³ do período ditatorial com dispositivos incompatíveis com a democracia (*ON LINE*)”.

Segundo Oduvaldo (2002, p.17), os limites da imprensa podem ser externos ou internos,

Os primeiros referem-se às responsabilidades para com a sociedade e equilíbrio na divulgação das informações. Os segundos dizem respeito ao confronto com outros direitos, também resguardados e considerados fundamentais pela Constituição Federal.

Neste sentido, observa o autor anteriormente citado que, “A liberdade de imprensa, assim, não é um direito que transcende a outros da mesma natureza constitucional, mas subsiste com estes, desde que não os viole”.

Existe um projeto de lei nº 3232/980, do Senado Federal, que versa sobre a nova Lei de Imprensa, que já tramitou nas Comissões de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática e de Constituição e Justiça e de Cidadania e encontra-se pronto para a ordem do dia. Foi apensado com ele o projeto de lei nº 3562/04, que tramita na Câmara Federal, alterando a Lei de Imprensa, com objetivo de revogar dispositivos que limitam o valor da reparação, por danos morais e indenização por danos materiais, de jornalista profissional ou empresa que explore o meio de informação ou divulgação (*ON LINE*).

³ A título de exemplo, a Lei de Imprensa no art. 53, faz arbitramento de indenização:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição Social e política do ofendido;

II – A intensidade do dolo ou do grau da culpa de responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III – a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos em lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida.

A crítica se faz porque tal disposto legal constitui de elementos que visam à punição do ofensor no âmbito civil. Nesse sentido, Bodin (*on line*) afirma que “não se considera, comumente, que seja atribuível ao Direito Civil uma função punitiva, pertinente ao Direito Penal”.

Neste sentido, no dizer de Martins da Silva (2000, s/n), “alguns fatores vêm contribuindo para esta mudança. O primeiro deles foi à ressonância encontrada na opinião pública brasileira por grandes erros da imprensa”.

Uma série de celebridades já foram vítimas da imprensa, decorrentes de falsas alegações. Por exemplo, o cantor Milton Nascimento, há alguns anos atrás fora vítima da imprensa, que publicou uma nota fazendo insinuações que o cantor estaria com Aids. Após este fato, os boatos foram se amplificando. Assim, se sucedera com outros artistas como Ney Matogrosso, que ganhou uma ação por perdas e danos morais, de uma revista que teria anunciado na capa que o mesmo estaria com Aids. Miguel Falabella e o cantor e compositor Lobão também já foram vítimas da falsa notícia de que estariam com a referida doença (*ON LINE*).

Existe uma decisão do Tribunal Superior do Paraná (1º C.C), de uma Apelação Cível nº 61769600, acórdão nº 14.594, julgado pelo Relator Desembargador Sydney Zappa, em 23/12/1997, no qual uma conhecida emissora de televisão, ilustrou matéria de grave doença, sem autorização utilizou-se de fotografia de um grupo de pessoas. Neste retrato relacionou-se a imagem de uma respeitável e conhecida pessoa de Magistrado a tal doença, que lhe renderam frustrações, indignação e humilhação, se configurando o dano moral. Na decisão, demonstrou-se a preocupação em ficar o valor da indenização de acordo com critérios de culpa e a situação econômica do devedor, a intensidade do sofrimento, a posição social e econômica do credor. Fica evidenciado a preocupação em promover a reparação do dano, o mais próximo possível da lesão (AFFORNALLI, 2007, p. 93-94):

EMENTA: Civil. Responsabilidade civil. Dano moral decorrente do uso indevido da imagem. Ação que não está prevista na Lei de Imprensa (L. 5.250/67), mas no C. Civil (arts. 159 e 177), pelo que a prescrição, na espécie, verifica-se no prazo de vinte anos. Reportagem editada por emissora de televisão, que vinculou a respeitável pessoa de magistrado a uma doença grave e causar-lhe desgosto, frustração, indignação e humilhação e, portanto, dano moral. Omissão da ré do seu dever de diligência na divulgação de tal matéria, com violação de interesse juridicamente protegido. Dever de reparar o dano que sua conduta culposa deu causa, considerando que o direito de informação, embora amplo, tem limites, entre outros, no direito à imagem e à vida privada, com proteção prevista inclusive a nível constitucional (cf. art. 5º, X). Fixação do valor do dano. Compensação que se aproxime tanto quanto possível ao estado anterior à lesão. Solução da questão levando em conta o prudente arbítrio do julgador, tendo em vista o grau de culpa, a situação econômica do devedor, a intensidade do sofrimento do credor e a

sua posição social e econômica. Razoabilidade do valor encontrado na sentença. Desprovemento de ambas as apelações. (grifo nosso)

Segundo Martins da Silva (2000, s/n),

A imprensa não sobrevive sem o auxílio do prosaico “Dr. Fontes” e este é um dos segredos do negócio. É preciso, no entanto, tomar muito cuidado, pois tal *deep throat*⁴, não aparece na hora da prova dos nove e até conta com o amparo legal e legítimo do expediente chamado sigilo da fonte .(grifo do autor)

Em algumas ocasiões, surgem conflitos de normas entre a liberdade de expressão da atividade intelectual com os direitos da personalidade, surgindo a dúvida de qual deverá prevalecer, se o direito da coletividade ou o da privacidade; o direito de informação ou direito da personalidade?

O fato de a Constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua que podem existir fenômenos de tensão ou antagonismo entre vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar os princípios não obedecem, em caso de conflito, uma “lógica do tudo ou nada”, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante ao seu “peso” e as circunstâncias do caso (CANOTILHO, 2003).

As colisões entre regras e conflitos, surgem com mais nitidez, ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. É comum a colisões e conflitos que duas normas, cada qual aplicada *per si*, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-se jurídico. Em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência pode se resolver de forma contrária. Os princípios têm um “peso” diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso deverá preponderar (s/d ALEXY apud BONAVIDES, 2007).

Segundo Ferreira Filho (2006), vários critérios podem ser propostos. O primeiro é o de se procurar a conciliação de ambos os princípios em colisão. Outro o da pertinência, ou seja, qual o princípio que concerne, mais de perto, à matéria em causa. Outro critério é o do “peso”. Porém, este presume uma valoração (qual

⁴ Segundo o autor da referida citação, *deep throat* é a “Expressão com que os repórteres do caso *Watergate* designavam uma das suas fontes, que lhes passava informações na penumbra de uma garagem. O apelido foi tirado do título de um clássico filme de pornografia.”

princípio mais importante), o que é sempre arbitrário e discutível, já que a Constituição não estabelece tal escala.

De acordo com Afonso da Silva (2006), “a liberdade exercida pela empresa jornalística ou pelo jornalista é reflexa, ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial”. Porém a liberdade está limitada ao direito de resposta proporcional ao agravo, indenização por dano material, moral ou à imagem e sujeição às penas da lei no caso de ofensa a honra de alguém (art. 5º, IV, V, X).

Uma decisão jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça reconheceu o acórdão por unanimidade, através de Recurso Especial (nº 58101/SP), julgada pelo relator Ministro Cesar Asfor Rocha, da Quarta Turma, em 16/09/1997, que o argumento da liberdade de informação não tem condão de afastar indiscriminadamente o direito à imagem, quando não estiver presente o interesse público:

CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. REPRODUÇÃO INDEVIDA. LEI N. 5.988/73 (ART. 49, I, "F"). DEVER DE INDENIZAR. CÓDIGO CIVIL (ART. 159). A IMAGEM E A PROJEÇÃO DOS ELEMENTOS VISÍVEIS QUE INTEGRAM A PERSONALIDADE HUMANA, E A EMANAÇÃO DA PRÓPRIA PESSOA, E O EFLUVIO DOS CARACTERES FÍSICOS QUE A INDIVIDUALIZAM. A SUA REPRODUÇÃO, CONSEQUENTEMENTE, SOMENTE PODE SER AUTORIZADA PELA PESSOA A QUE PERTENCE, POR SE TRATAR DE DIREITO PERSONALÍSSIMO, SOB PENA DE ACARRETAR O DEVER DE INDENIZAR QUE, NO CASO, SURGE COM A SUA PRÓPRIA UTILIZAÇÃO INDEVIDA. E CERTO QUE NÃO SE PODE COMETER O DELÍRIO DE, EM NOME DO DIREITO DE PRIVACIDADE, ESTABELECE-SE UMA REDOMA PROTETORA EM TORNO DE UMA PESSOA PARA TORNA-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 (*on line*).

Para Savadintzky (2006, s/n),

a discussão entre a proteção da imagem, da vida, da honra e da privacidade das pessoas e a liberdade plena de manifestação do pensamento e de crítica — o direito-dever de informar —, onde o segundo não pode violar ou anular o primeiro e reciprocamente, demonstra um direito constitucional limitando o outro. O problema central é saber determinar o ponto onde opera essa limitação.

Entende Vasconcellos (*on line*) que,

os direitos da personalidade são supralegais e hierarquicamente superiores aos outros direitos, mesmo em relação aos direitos fundamentais que não sejam direitos da personalidade, como, por exemplo, o direito de imprensa, que não se insere entre os direitos da personalidade

Savadintzky (2006) arremata que o direito-dever de informação pertence à sociedade. O benefício coletivo ganha força quando revela atos da ação governamental em geral, principalmente dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, impondo cumprimento da transparência. O limite estaria nestas informações, sendo o resto desnecessário, indo além do interesse público.

Segue-se o posicionamento de Savadintzky (2006), visto que os direitos da personalidade são inerentes ao homem, existindo antes mesmo da sua positivação. A divulgação deve ocorrer somente quando houver o legítimo interesse público. Caso contrário, estará violando princípios e garantias fundamentais, que consideramos ser mais relevantes que o direito à informação.

3.3.2 A utilização *post ortem* da imagem da pessoa pública

Leopoldo e Silva Junior (2002), entendem que a divulgação da imagem de pessoas públicas não sofre limitações com a sua morte. O autor anteriormente citado relembra uma ação movida pela filha do pintor Emiliano Di Cavalcanti, contra a EMBRAFILME.

A ação foi movida com intuito de impedir a exibição em circuito comercial, de filme realizado, sem autorização, pelo cineasta Gláuber Rocha, no velório do seu pai, onde o corpo e a face aparecem disforme pela doença.

A película ganhara o Prêmio Especial do Júri do Festival de Cannes de 1977, e a alegação da herdeira foi de que as imagens obtidas não tinham o fim de

um mero documentário, visto que houve inclusão e colagem de várias cenas e participação de diversos atores, ao som de “O teu cabelo não nega”, de Lamartine Babo, em total desrespeito à presença da morte.

A parte ré teve como um de seus argumentos de que se tratava de um velório público e que a autorização não era devida diante da característica documental e jornalística do filme e pela imagem do pintor, um morto célebre, pertencer à cultura e a memória nacional, e por não haver um fim lucrativo.

O Acórdão por maioria julgou improcedente o pedido da filha do pintor, argumentando que “os grandes mortos não pertencem só às suas famílias; pertencem também ao povo que admira as suas obras e não as esquece”: “BRASIL. Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro. 7º Câmara Cível. Ementa: Com a morte da pessoa o direito desta à própria imagem termina. O direito dos herdeiros é imaterial e não incide sobre a própria imagem do morto⁵”.

A partir de tão decisão, concluiu-se que não há violação de imagem, por não se tratar de um filme depreciativo à figura do morto:

Neste sentido, em contraposição ao que foi até agora explanado, entende Dias (2000) que existe um ponto pacífico quanto à existência de direitos dos parentes e de pessoas próximas, após o falecimento do sujeito, ao direito à imagem. A mesma explica que com a morte do indivíduo, há possibilidade de transmissão, que seria uma espécie de comunicação, onde os direitos da personalidade se comunicam a determinadas pessoas de maneira que se configura numa espécie de comunicação, como acontece com a passagem do sobrenome do pai para o filho.

Badinter (s/d apud DIAS, 2000, p. 121) também chegou à conclusão da existência de transmissão do direito à imagem, após estudos da legislação relativa à difamação e ao direito moral, desta forma entende que:

A não se aceitar esta solução no plano da vida privada, estaria suspensa a proteção existente em momento no qual, frequentemente, se manifestava a sua necessidade. A todas as razões que justificam a defesa da vida privada, deve-se acrescer o respeito devido aos mortos. O que não era tolerável durante a vida íntima, aparece menos suportável quando ela já não existe.

⁵Apelação: 18.515. Apelantes: EMBRAFILME e outra. Apelada: Elizabeth Di Cavalcanti. Relator: ABEYLARD GOMES. Rio de Janeiro, 15.12.1981. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 570, p. 177, abr. 1983.

O presente trabalho segue o posicionamento do Acórdão supracitado, já que a pessoa pública tem bastante evidência na sociedade, passando a ser alvo de grande estima pela coletividade, que por sua vez tem todo direito de informação sobre sua morte. Com este mesmo posicionamento encontra-se o de Leopoldo e Silva Junior (2002, p. 91) onde explicam que:

na morte das pessoas públicas, principalmente quando são precedidas de angustiante doença e tratamento doloroso, comumente, amplamente divulgados pela mídia, eclode verdadeiro luto coletivo. As pessoas têm a sensação de serem próximas ao morto, e choram, lamentam e sofrem como se realmente fossem. Têm necessidade de notícias, revivem sentimentos solidários, deixam seus afazeres para acompanharem o velório. A pessoa pública tem condão de simbolizar para as pessoas comuns, modelos de conduta, de vida, de esperança, sucesso, ambição. Concretizam os sonhos do cotidiano. A imagem que transmitem ora é do pai, ou do super-homem, mas sempre alguém dotado de valores distintos aos comuns.

Pode-se tomar como exemplo enterros de pessoas célebres tais quais o do tenor italiano Luciano Pavarotti (falecido em 06/09/2007). Segundo estimativas, se fizeram presentes cerca de 50 mil pessoas (*on line*); o do papa João Paulo II (falecido em 02/04/2005), com a reunião de pelo menos 300 mil pessoas na Praça São Pedro e na via da Conciliação, outras 700 mil ficaram espalhadas em pontos estratégicos diante de vários telões, totalizando 1 milhão de pessoas. Teve a presença na média de 3.500 jornalistas que cobriram o evento, segundo o Vaticano (*on line*); outros de grande repercussão de acordo com que cita Leopoldo e Silva Junior (2002) foi o enterro de Ayrton Senna (falecido em 01/05/1994), cerca de 50 mil pessoas estiveram no velório na Assembleia Legislativa e outras 250 mil acompanharam o cortejo até o Cemitério do Morumbi e o do cantor Leandro que morreu de câncer em 23/06/1998, 25 mil pessoas foram ao velório e 300 mil pessoas eram esperadas em Goiânia, lugar em que foi enterrado.

Entende Leopoldo e Silva Junior (2002) que tanto na divulgação da morte, quanto na divulgação da doença, não há necessidade de permissão para invasão de privacidade, assim como no acompanhamento do tratamento, pois há interesse da sociedade na evolução. Assim, arremata (2002, p. 92-93):

Limitações, porém, devem haver, quanto à imagem do morto que possam de alguma maneira desfazer o conceito até existente sobre sua pessoa, estando muito em voga atualmente, reescrever-se a história, ou se misturar a fatos reais outro fictos, de forma a tornar os enredos mais atraentes e comerciais e que de alguma forma possa gerar confusão quanto a biografia do morto, ou mesmo que venha a revelar intimidades ocultadas durante sua existência e que só guardavam relação com a sua vida privada, hipóteses em que é necessária a autorização dos herdeiros, por exceder as bordas da mera informação e narração biográfica, inexistindo interesse público que justificasse a violação da imagem do finado.

O presente trabalho concorda com a divulgação *post mortem* da imagem de pessoas públicas. Porém, invasão de privacidade de pessoa pública que estiver condicionada a uma doença invade a esfera da vida privada. Neste caso deve-se levar em consideração se há predominância de um real interesse público, caso contrário, não será justificada tal invasão.

3.3.3 O proveito econômico e a falta de consentimento

É comum ver imagem de pessoas célebres estampadas em vários lugares, como a de Che Guevara e Einstein. São imagens signos que exercem uma função semiótica de transmitir mensagens que simbolizam o que essas pessoas representaram em vida.

Segundo Silva Junior (2002), quando a divulgação ocorre em caráter jornalístico, havendo o interesse público e não se tratando de algum fato da vida privada, que tenha proveito econômico da empresa jornalística, com aumento de vendas com a publicidade, não configura o direito à indenização. Porém, se a imagem de pessoa pública for utilizada sem autorização, visando unicamente à vantagem financeira, mesmo que não abale a reputação e a honra do retratado.

A jurisprudência de uma apelação cível (nº 91.0304/2), impetrada pelo ator André Almeida de Souza Marques, que na época era menor, sendo representado por sua mãe Selysette Mendes de Almeida, contra a Ellus Indústria e Comércio Ltda, julgada em 11/05/2000, sendo o relator do caso Testa Marchi. A decisão foi favorável ao ator, entendendo ser passível de reparação ao direito de imagem, a publicação não autorizada em catálogo promocional de empresa, fotos de ator de televisão, visando vantagem econômica, ainda que tal divulgação não tenha sido desprestigiada:

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 6º Câmara de Direito Privado. Ementa: Constitui ato ilícito, passível de reparação por transgressão ao direito de imagem, a publicação não autorizada de fotos de renomado ator de televisão em catálogo promocional de empresa de vestuário, mormente se ocorrida com intenção de explorar e usufruir vantagem, ainda que tal divulgação não tenha sido desprestigiada. (*on line*).

O julgamento foi embasado através de um Recurso Especial (nº 230268/SP), julgado em 11/12/2002, pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo o relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. *In verbis*: “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” (*ON LINE*).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entendeu ser passível de indenização o caso da atriz Regina Duarte que teve sua imagem divulgada em pôsteres sem sua autorização, sem cunho jornalístico, que integravam publicação vendida em bancas:

BRASIL. I Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro. 1º Câmara Cível. Ementa: Caracterizada a exploração comercial da imagem dos autores, cabível a indenização. Apelação n. 85.011. Apelante: Bloch Editores s/a. Apelados: Regina Blois Duarte de Franco e outros. Relator: Fernando Celso Guimarães (1978 REVISTA DOS TRIBUNAIS *apud* LEOPOLDO; SILVA JUNIOR, 2002, p. 105).

Os atores Dênis Carvalho e Elizabete Mendes de Oliveira entraram com ação ordinária (relator Ministro Djaci Falcão), em vista de uma divulgação de imagem em anúncio de curso de correspondência denominado “Dicas para sua paquera”, sendo o caso julgado em 2/10/1981 a favor dos recorridos, sendo concedido o direito a indenização: *In verbis*:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2º Turma. Ementa: Direito à proteção da própria imagem, diante da utilização de fotografia em anúncio com fim lucrativo sem a devida autorização da pessoa correspondente. Indenização pelo uso indevido da imagem. Tutela jurídica resultante do alcance do Direito Positivo. Recurso Extraordinário não conhecido⁶.

⁶ Relator: Min.: Djaci Falcão. Revista dos Tribunais, vol. 558, p. 230, abr. 1982.

As decisões em instância ordinária reconheceram proteção à própria imagem, em vista da propaganda lucrativa, onde conseqüentemente, configura em indenização por envolver ato ilícito. Levaram em conta não apenas a falta de autorização para divulgação da imagem, como também o fim lucrativo da publicidade (*ON LINE*).

Existem outras decisões cujas ementas tratam do uso não autorizado da imagem de atletas, que por sua popularidade se tornaram alvos de prejuízos morais (pelo simples uso não consentido) e materiais, sendo-lhes concedido o direito à indenização (AFFORNALLI, 2007).

INDENIZAÇÃO. DIREITO À IMAGEM. JOGADOR DE FUTEBOL. ÁLBUM DE FIGURINHAS. ATO ILÍCITO. DIREITO DE ARENA.

-É inadmissível o recurso especial quando não ventilada na decisão recorrida a questão federal suscitada (súmula nº 282-STF).

- A exploração indevida da imagem de jogadores de futebol em álbum de figurinhas, com intuito de lucro, sem o consentimento dos atletas, constitui prática ilícita a ensejar a cabal reparação do dano.

- O direito de arena, que a lei atribui às entidades desportivas, limita-se à fixação, transmissão e retransmissão de espetáculo esportivo, não alcançando o uso da imagem havido por meio da edição de "álbum de figurinhas". Precedentes da Quarta Turma. Recursos especiais não conhecidos. (STJ – 4º Turma – RESP 67292/RJ, Relator: Ministro Barros Monteiro, julgado em 03/12/1998) (*on line*).

RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO A IMAGEM. INDENIZAÇÃO. JUROS. ALBUM DE FIGURINHAS. "HEROIS DO TRI".

- o valor do dano sofrido pelo titular do direito, cuja imagem foi indevidamente incluída em publicação, não está limitado ao lucro que uma das infratoras possa ter auferido, pois o dano do lesado não se confunde com o lucro do infrator, que inclusive pode ter sofrido prejuízo com o negócio.

- os juros devidos na indenização por ilícito absoluto correm desde a data do fato. Recurso conhecido em parte e, nesta, provido (STJ – 4º Turma – RESP 100764/RJ, Rel.: Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 24.11.1997) (*on line*).

A ementa seguinte desrespeito ao uso da imagem de personalidade pública, sem fins lucrativos, onde poderá ser considerada lícita. As pessoas públicas mesmo assim poderão se opor, ou explorá-la economicamente. Deverá, no entanto, levar em consideração quando houver o legítimo interesse público a informação e o interesse meramente comercial ou publicitário, o qual não pode impor limitações aos direitos da personalidade (AFFORNALLI, 2007, p. 97).

Direito à imagem. Personalidade pública. Possibilidade de reprodução por terceiro, sem autorização, para fins meramente informativos. Descabimento, porém, do uso publicitário ou comercial. Hipótese de confecção desautorizada de cromos de futebolistas famosos para colagem em álbuns. (jurisprudência comparada s/n.º, caso julgado em 09.03.1998 – Jurisprudência Brasileira 140/164). (*on line apud* AFFORNALLI, 2007, 97).

Quanto ao uso de imagem de menor para fins comerciais e publicitários, assim entendeu a jurisprudência em ação proposta por modelo:

Indenização. Direito à preservação da imagem garantida na CF (art. 5º, X). Autorização. Caso em que a fotografia de bebê é utilizada para adornar embalagem de produtos alimentícios infantis. Ação proposta pelo modelo, vinte anos após. Comprovada a autorização dada pelos pais para a comercialização da imagem do filho, sem suporte jurídico resta o pleito indenizatório. Sentença de improcedência. Manutenção com desprovimento do apelo. (TJRS – 6º CC – APC 598086742, Relator: Desembargador Osvaldo Stefanello, julgado em 05/04/2000). (*on line apud* AFFORNALLI, 2007, 99).

Existem casos em que o retratado autorizou inicialmente o uso de sua imagem para determinado fim, limitando a autorização a condições pactuadas. Porém, a *posteriori* sua imagem foi utilizada em desacordo com a autorização concebida. É o caso de um artista da Sociedade Paramount que consentira para publicação de fotografia sua, com a finalidade determinada de servir publicitariamente à divulgação de película em que trabalhara. Mais tarde, surpreendeu-se, pois sua foto estava sendo utilizada na publicidade de um purgante. Neste caso, o artista teve reconhecido, pelo tribunal, o uso ilegítimo da publicação (AFFORNALLI, 2007, p. 101).

Adiante, serão expostos casos em que o uso da imagem extrapolou as condições de autorização concedida:

Dano moral. Direito à Imagem. Cenas de Nudez em filme de que a autora participa como atriz. Reprodução fotográfica das mesmas em revistas e cartazes sem autorização. Publicações promocionais indevidas, que não se confundem com a apresentação do filme às portas dos cinemas. Falta de previsão contratual. Reparação devida. A voluntária adesão da demandante para se deixar fotografar durante as filmagens, não induz, por si só, na falta de previsão contratual expressa, à autorização para o emprego da imagem em publicações

promocionais diversas da apresentação da obra à porta dos cinemas. (TJSP – AC 50.984-1 – SP – Rel.: Des. Arhur de Godoy. Julgado em 13.02.1985 – *In jurisprudência Brasileira* 157/233. (AFFORNALLI, 2007, p. 101-102).

Responsabilidade civil. Direito à imagem. Modelo que cede, gratuitamente, fotografias suas para entidade estatal de cultura e turismo. Utilização restrita, sem fins lucrativos. Transferência indevida para a empresa ré, que vende tais imagens em calendários por todo país. Uso indevido. Indenização. Procedência. CF/88, art. 5º, X. O direito à imagem decorre de texto legal expresso, que assegura à modelo recompensa indenizatória pela reprodução não autorizada de suas fotos. Recurso provido. (TJPR – Ap. Cív. 21.892-8 – 05.10.1993). (AFFORNALLI, 2007, 102).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4º Câmara Civil. Ementa: Se ocorre violação de contrato com editora para publicação de fotografia em determinada revista e não há sanção prevista, cabe indenização. Apelação n. 267.998. Apelante: Editora Abril Ltda. Apelada: Ana Cynira de Almeida Moraes Arruda. (Relator: Sydney Sanches. São Paulo, 4.4.1978). (REVISTA DOS TRIBUNAIS *apud* LEOPOLDO; SILVA JUNIOR, 2002, p. 104).

Cumpra distinguir, por oportuno, que as esferas de proteção à imagem variam conforme for à notoriedade pública do indivíduo. O primeiro julgado a adotar esse entendimento ocorreu em meados de 1892, no caso Schuyler vs. Curtis, onde o magistrado consignou que as pessoas notoriamente públicas, sobretudo as que ocupam cargo público e os artistas, sofrem uma relativa limitação em seu direito de imagem e intimidade, sendo a proteção aos cidadãos comuns mais significativas do que aos homens públicos, de maneira que estes são compelidos a abdicarem parcela de sua intimidade que lhes é resguardada (*ON LINE*).

Um dos precedentes mais salutar, no qual reflete o atual posicionamento jurisprudencial acerca da exposição da imagem em locais públicos, ocorreu na oportunidade em que uma modelo foi flagrada enquanto fazia *topless* na piscina de um hotel. A magistrada em primeiro grau julgou improcedente o pedido de indenização de que voluntariamente expôs sua efígie em local público (*ON LINE*). A ementa contém a seguinte redação:

RESPONSABILIDADE CIVIL. FOTOGRAFIA PUBLICADA EM REVISTA SEMANAL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA.

Modelo flagrada quando fazia *topless* na piscina de um hotel. Pessoa Pública que voluntariamente expôs sua imagem em local de acesso público. Inexistência de violação ao seu direito de intimidade. Indenização descabida. Desprovimento do Recurso. Manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido inicial. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Segunda Câmara Cível. APC nº. 2000.001.22727. Rel.: Des. Leila Mariano. Julgado em 17.04.2001).

De acordo com entendimento do desembargador aposentado Fernandes (*on line*): a) a ninguém é dado o direito de fixar e reproduzir imagem sem autorização do modelo; b) autorização não se presume, salvo casos particulares; c) autorização é limitada e seu objeto específico.

As três exceções em que a utilização da figura alheia não dependeria do consentimento do retratado, de acordo com Kohler, são: a do indivíduo incluído numa vista geral, no apanhado de um cenário, de uma paisagem, uma multidão etc.; a do uso da figura para estudo artístico; e a da representação humorística (caricatura) (*ON LINE*).

A jurisprudência também tem se manifestado positivamente ao entendimento de Kohler em relação à multidão, como mostra a seguinte ementa:

Direito da personalidade. Imagem publicada em jornal. Foto tirada da multidão. De logo, afasta-se a incidência do art. 56 da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa). Não se trata de indenização por dano moral, mas indenização por uso indevido da imagem. No mérito, trata-se de foto tirada da multidão ilustrando a primeira página do jornal e, em primeiro da qual se destaca de plano, a figura do autor. Logo se vê que não se tirou a foto pessoal do autor, senão a foto da multidão e nela estava o autor. Nestes casos, de interesse público, de mera coleta de fatos públicos, não se pode pretender direito à imagem, porque a reportagem não tem pertinência com a situação pessoal do autor, mas se refere à paixão genérica da torcida por um clube de futebol. Não se fez qualquer menção ao autor, particularmente. Não se destacou sua imagem da multidão para propaganda, nem se arranhou sua reputação, nem se destacou seu nome. Nem se utilizou sua imagem para fins lucrativos ou qualquer outra vantagem. Portanto, se não houve a intenção de se utilizar a imagem do autor em destaque para fins lucrativos, mas se ela está inserida na multidão, então não se pode defender o direito à indenização porque não houve uso indevido da imagem. (TJRJ – Apelação Cível 3.161 – Rel.: Des. Gustavo A. K. Leite – julgado em 15.06. (AFFORNALLI, 2007, p. 103-104).

A jurisprudência reconheceu o direito à imagem de ator que teve divulgada sua foto beijando outra mulher que não era a seu cônjuge, estando este no momento da captação de imagem em local aberto:

RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. EXISTÊNCIA DO ILÍCITO, COMPROVAÇÃO DO DANO E OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. PESSOA PÚBLICA. ARTISTA DE

TELEVISÃO. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E CUSTAS PROCESSUAIS. REPARTIÇÃO.

- Ator de TV, casado, fotografado em local aberto, sem autorização, beijando mulher que não era sua cônjuge. Publicação em diversas edições de revista de “fofocas”;

- A existência do ato ilícito, a comprovação dos danos e a obrigação de indenizar foram decididas, nas instâncias ordinárias, com base no conteúdo fático-probatório dos autos, cuja reapreciação, em sede de recurso especial, esbarra na Súmula 7/STJ;

- Por ser ator de televisão que participou de inúmeras novelas (pessoa pública e/ou notória) e estar em local aberto (estacionamento de veículos), o recorrido possui direito de imagem mais restrito, mas não afastado;

- Na espécie, restou caracterizada a abusividade do uso da imagem do recorrido na reportagem, realizado com nítido propósito de incrementar as vendas da publicação;

- A simples publicação da revista atinge a imagem do recorrido, artista conhecido, até porque a fotografia o retrata beijando mulher que não era sua cônjuge;

- Todas essas circunstâncias foram sopesadas e consideradas pelo TJ/RJ na fixação do quantum indenizatório, estipulado com base nas circunstâncias singulares do caso concreto. A alteração do valor fixado implicaria em ofensa à Súmula 7/STJ;

- Tratando-se de responsabilidade extracontratual, decorrente de ato ilícito, os juros de mora contam desde a prática do ilícito, de acordo com a regra do art. 398 do CC e com a Súmula 57/STJ;

- Tendo o autor decaído apenas em pontos de pouca significância em face do pleito indenizatório, a recorrente deve arcar com a totalidade das custas e honorários advocatícios;

- Em ação de danos morais, os valores pleiteados na inicial são meramente estimatórios, não implicando em sucumbência recíproca a condenação em valor inferior ao pedido.

Recurso especial não conhecido. (STJ – 3º. Turma – RESP 1082878 / RJ, Rel.: Min. Nancy Andrighi, julgado em 14.10.2008) (*ON LINE*).

A Ministra Nancy Andrighi (relator) do referido caso, julgou parcialmente procedentes os pedidos. Reconheceu que houve abuso do uso da imagem na reportagem, sendo a situação do recorrido especial, por se tratar de pessoa pública. Os critérios para caracterizar violação da privacidade são distintos das pessoas cuja profissão não lhe expõe. O direito de informar sobre a vida íntima de uma pessoa pública é mais amplo, porém, não permite tolerar abusos. A indenização inicialmente fixada em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), foi reduzida para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), pois se chegou à conclusão que embora seja reprovável a conduta da ré, não pode ela ser responsabilizada integralmente pelas consequências inerentes às opções do autor. (*ON LINE*).

Entende-se que as pessoas públicas independentemente de suas atuações, devem ter assegurado seu direito à vida privada. Ainda que a imagem tenha sido captada em locais públicos, em multidões, permanece o direito do retratado de opor-se a divulgação não autorizada da sua imagem. Neste sentido entende Kohler:

Também no que concerne aos homens públicos, a divulgação só é legítima à medida que satisfaça ao objetivo de dar ao povo uma noção da sua atividade humanamente significativa: também estas pessoas têm direito de estar de quando em quando, sós entre quatro paredes nuas, ou a ser contempladas pelo céu azul somente. A ninguém é permitido retratar outro no banho ou no quarto de vestir, para a publicidade, e quando alguém se encontra num situação embaraçosa, seja ela correta ou incorreta, tem de ser protegido contra a Kodak. A divulgação, portanto, só é permitida dentro de objetivos lícitos. Seria inadmissível publicar a estampa de um orador do parlamento em trajes de acrobata, ou de uma senhora no círculo de beneficência em traje de bailarina. Assim, em França, foi proibido a um pintor expor o retrato de Alexandre Dumas representado como mercador num bazar.

Curioso fato é o retratado por Patrícia de Almeida em que a Suprema Corte americana determinou a suspensão da campanha publicitária da Christian Dior, onde uma das três modelos guardavam certas semelhanças com Jacqueline K. Onassis, ainda que nenhuma menção se fizesse ao seu nome (SILVA JUNIOR, 2002).

O julgado em exame ofereceu duas soluções interessantes em matéria de direito de imagem. Uma refere-se à aparência física da figura pública que, em casos de semelhança, teria prioridade ao ponto de configurar obstáculo ao uso da imagem de outrem, no sentido, de que a pessoa que com ela tenha semelhança obtenha vantagem da celebridade alheia. Outra é que a figura pública pode, através de sócia, ser representada na reconstituição de situações, de maneira a impedir que a personalidade pública seja objeto da exploração comercial, renunciando assim sua vida privada (SILVA JUNIOR, 2002 apud TORRES, 1998).

Segundo Silva Junior (2002), o que se deve proibir não é a atuação dos sócias ou mesmo de irmãos gêmeos de pessoas famosas, pois eles ficariam impossibilitados de trabalhar como modelos, atores, cantores, etc., ao não ser que adotassem uma "imagem própria", mas sim que não haja uma indevida confusão com o famoso, induzindo as pessoas a erro, ou vinculação de sua imagem a certos

produtos, campanhas, etc. É comum que em programas humorísticos os atores se caracterizem de pessoas famosas, porém em nenhum momento há perigo de confusão quanto às identidades.

É inadmissível também que, surpreendida pessoa notória, ainda que em local público, usando roupa de determinada marca, dirigindo determinado veículo ou frequentando certos lugares, pudesse a imagem ser utilizada como propaganda, tendo como referência a escolha pessoal de qualquer produto, sem o expresso consentimento, por ser inequívoco o caráter de lucro (SILVA JUNIOR, 2002, p. 108).

4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS

4.1 Conceituação

O controle da Constitucionalidade caracteriza-se por verificar a adaptação vertical que deve existir entre as normas infraconstitucionais e a Constituição. É também um exame comparativo entre um ato normativo e legislativo e a Constituição. Ou seja, todo e qualquer ato legislativo e normativo que possa vir a contrariar a Lei Fundamental de organização do Estado deve considerado inconstitucional.

O controle Constitucional fundamenta-se na ideia de predominância da Constituição escrita, da individualidade de uma Lei maior que se justapõe a todas as demais normas jurídicas existentes no País. A hegemonia advém das próprias asperezas que estão escritas nas Constituições. A norma constitucional exige procedimento especial de alterações mais rigorosas que as das normas infraconstitucionais, tornando assim os demais atos legislativo e administrativo em categorias hierárquicas inferiores.

Aquilo que estiver em desacordo com a Constituição, com as arestas que ligam todo o sistema jurídico, deve ser considerado inconstitucional. Existem dois pressupostos fundamentais para que o controle de constitucionalidade seja devidamente aplicado:

1º) a presença de uma Constituição rígida, da qual resulte a superioridade das normas constitucionais sobre as demais; e

2º) existência de um órgão que efetivamente assegure a supremacia do texto constitucional.

O mecanismo da verticalidade da constitucionalidade das normas infraconstitucionais exercida pelo Poder Judiciário é um remonte do constitucionalismo norte-americano. São múltiplos os antecedentes judiciais que levaram ao mecanismo de verificação judicial da adaptação vertical das Leis junto ao Texto Constitucional, até o surgimento do famoso caso *Marbury versus Madison*, relatado pelo Presidente da Suprema Corte Norte Americana John Marshall em 1803. O Controle da Constitucionalidade das Leis pelo Poder Judiciário baseado

nessa doutrina, em virtude fundamental da superioridade da Constituição escrita em comparação às demais normas solidificou-se na jurisprudência norte americana.

O Brasil, sofrendo fortes influências desse modelo, passou a adquirir o mecanismo legal do controle judicial da constitucionalidade a partir da primeira Constituição Republicana, em 1891. Por sua vez, na Europa, com a chegada do século XX, fundamentada pelas ideias de Kelsen, desenvolveu um novo modelo para asseverar a supremacia das normas constitucionais. Foi assim, instituído o controle de constitucionalidade em abstrato, direcionado por um órgão que não pertencia ao Poder Judiciário, era regido por um Tribunal ou uma Corte Constitucional, analisando a Lei em tese e com efeitos e erga omnes.

Esse controle foi implementado no Brasil de forma definitiva a partir de 1965, com a Emenda Constitucional 16 à Constituição de 1946. A Constituição de 1934 já obtinha em seu regime legislativo a possibilidade de representação interventiva por iniciativa do Procurador-Geral da República diante do Supremo Tribunal Federal.

O controle da constitucionalidade praticado em dois momentos, antes e depois da aprovação do ato legislativo ou normativo. As duas formas de controle são: preventivo e repressivo.

a) Controle preventivo – feito primeiramente, ou seja, a priori, antes da elaboração da Lei, impedindo que um projeto de Lei infraconstitucional seja promulgado. A partir do momento que o controle preventivo é realizado antes da aprovação da Lei, este incide sobre o projeto de Lei. É exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo. O Legislativo executa esse controle pelas Comissões (CF, Art. 58).

Toda Casa legislativa possui uma Comissão de Constituição e Justiça, ou órgão semelhante, que tem como função primordial justamente a verificação da constitucionalidade do projeto de Lei apresentado para aprovação. O Poder Executivo exerce essa forma de controle pelo veto do Presidente da República ao projeto de Lei aprovado pelo Legislativo (CF, Art. 6, § 1º).

a) Controle repressivo, sucessivo ou "a posteriori". Realizado após a elaboração da Lei ou ato normativo. Tem por objetivo retirar uma Lei ou ato normativo. Sua especificidade é retirar uma Lei ou ato normativo inconstitucional da esfera jurídica. Esse tipo de controle é exercido nos países que aderiram ao sistema constitucional norte americano pelo Poder Judiciário. No Brasil, o Poder Judiciário

atua junto ao controle repressivo da constitucionalidade frente a dois sistemas: em abstrato e em concreto.

O controle da constitucionalidade pode ser exercido por diversos órgãos, pertencentes ou não ao Poder Judiciário.

b) Político: o controle político da constitucionalidade é exercido por órgão não pertencente ao Poder Judiciário.

c) Judicial ou judiciário: O controle judicial da constitucionalidade é exercido pelos integrantes do Poder Judiciário. A verificação da adequação vertical, da correspondência entre atos legislativos e a Constituição, é feita pelos juízes e tribunais. Exemplos: Brasil e Estados Unidos. Esse controle pode ser feito pelos critérios difuso ou concentrado.

4.2. Critérios de Controle

a) Difuso: O controle da constitucionalidade é exercido por todos os integrantes do Poder Judiciário. Qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade da Lei no caso em exame (Estados Unidos).

b) Concentrado: O controle só é exercido por um Tribunal Superior do país ou por uma Corte Constitucional (Alemanha). O Brasil adota os dois critérios: o difuso no controle em concreto e o concentrado no controle em abstrato.

4.2.1 Meios de Controle

a) Incidental ou via de defesa: O objeto da ação é a satisfação de um direito individual ou coletivo. Sendo alegada de forma incidental a ofensa do ato legislativo ou normativo ao Texto Constitucional.

b) Principal ou via de ação: O objeto da ação é a própria declaração da inconstitucionalidade do ato legislativo ou normativo.

4.3 Efeitos da Decisão

a) ["Inter partes"]: A decisão produz efeitos somente entre as partes, para as pessoas que participaram da relação processual. É uma consequência da via de defesa.

b) ["Erga omnes"]: A decisão produz efeitos para todos. É uma consequência da via de ação.

4.3.1 Natureza da decisão

a) ["Ex tunc"]: A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma Lei ou ato normativo é retroativa, alcançando a Lei e todas as suas consequências jurídicas desde a sua origem.

b) ["Ex nunc"]: A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma Lei ou ato normativo não é retroativa, produzindo efeitos a partir da sua publicação.

4.4 As Mazelas do Processo Legislativo

O controle da constitucionalidade no Brasil é exercido por todos os poderes constituídos, que tem por objetivo defensivo zelar pelo respeito à Constituição. O controle preventivo é exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo, e impede que qualquer projeto de ato legislativo inconstitucional seja aprovado.

O Poder Legislativo realiza O controle pela Comissão de Constituição e Justiça existente em toda Casa Legislativa, que examina o projeto de ato legislativo sob esse aspecto antes da votação em Plenário (CF, Art. 58).

O Poder Executivo exerce essa forma de controle pelo poder de veto jurídico do Presidente da República ao projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional (CF Art. 6, § 1º).

De forma extraordinária, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, somente por parte de parlamentares, o exercício de um controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade. É assegurado aos membros do Poder Legislativo

o direito público subjetivo à correta formação de espécies normativas, impedindo a tramitação de emendas constitucionais e Leis que incidam em vícios constitucionais. Por exemplo, é possível a concessão de um mandado de segurança contra ato do Presidente de uma Casa Legislativa que admita a tramitação de uma proposta de emenda constitucional que pretenda a supressão de uma cláusula pétrea (RTJ, 9:1.031 e Informativo STF, n. 239).

No que concerne aos demais sujeitos, em detrimento ao princípio constitucional da separação de poderes, não é admissível pedido em juízo para se questionar a constitucionalidade de projeto de ato legislativo, existindo a obrigatoriedade de esperar eventual aprovação e promulgação. A repressividade é feita pelo Poder Judiciário. Se algum caso o projeto de Lei que obtenha alguma inconstitucionalidade venha a ser aprovado pelo Legislativo e sancionado pelo Executivo, a Lei poderá ser revogada pelo Poder Judiciário.

A repressão do controle é exercida por uma via de mão dupla: de forma absoluta, via principal ou de ação, ou de forma concreta por via de exceção ou incidental. A Constituição Federal, de forma excepcional, em duas hipóteses, permite que o controle de repressão da constitucionalidade seja exercido pelo Poder Legislativo, com o objetivo de extrair do ordenamento jurídico normas já descritas com plena vigência e eficácia:

1ª) decreto legislativo do Congresso Nacional visando sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (CF, Art. 84, IV, segunda parte) ou dos limites da delegação legislativa (CF, Art. 68, § 2º), conforme o disposto no Art. 49, V;

2ª) medidas provisórias rejeitadas pelo Congresso Nacional por apresentarem vício de constitucionalidade, por não atenderem aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência (CF, Art. 62, § 5º).

4.5 Tipos de Inconstitucionalidade

A Inconstitucionalidade configura-se pela incompatibilidade entre um ato legislativo e um ato administrativo e também a Constituição Federal. Existem duas formas de inconstitucionalidade: por ação e por omissão.

a) Inconstitucionalidade por Ação

É a produção de atos legislativos ou normativos que contradigam mecanismos constitucionais. A inconstitucionalidade ocorre por meios formais e materiais. A primeira decorre de um ato produzido por autoridade incompetente ou em inconformidade com as formalidades legais, como prazos, ritos, etc. referente à inconstitucionalidade material a produção de atos legislativos ou normativos que desrespeitem o próprio conteúdo das normas constitucionais.

b) Inconstitucionalidade por Omissão

É quando não se elabora atos legislativos ou normativos que impossibilitem o cumprimento preceituais constituintes.

É uma inovação da Constituição portuguesa de 1976, que foi adaptada, pelo constituinte de 1988 à atual Lei Maior. Sempre que um preceito constitucional não puder ser cumprido por inércia legislativa ou administrativa dos poderes constituídos estaremos diante de uma inconstitucionalidade por omissão. Exemplo: participação dos trabalhadores na gestão da empresa, "conforme definido em Lei" (CF, Art. 7º, XI). Enquanto esse direito não for passível de cumprimento por falta de legislação regulamentadora, existirá uma inconstitucionalidade por omissão. Duas novas ações foram introduzidas pela Constituição de 1988 para solucionar a inércia legislativa ou administrativa: a ação de inconstitucionalidade por omissão (Art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (Art. 5º, LXXI), com pressupostos e efeitos diferentes. Essas novas ações serão estudadas em capítulos próprios.

5 A LEI Nº 12.527/2012 – “LEI DE ACESSO A INFORMAÇÕES – LAI”

5.1 O Surgimento e Importância da LAI

A transparência pública depende da implementação do direito fundamental à informação previsto no artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal. De forma igual, o artigo 37, §3º, inciso II do referido diploma legal estabelece o direito de acesso dos usuários dos serviços públicos aos registros administrativos e às informações sobre atos do governo.

O Art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal prevê que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral. A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 além de garantir esse direito, colabora para o fortalecimento do controle social e da participação cidadão.

No âmbito infraconstitucional, o direito à informação foi regulamentado pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI) que, a partir de então, passou a representar uma mudança de paradigma na Administração Pública brasileira, implementando a “cultura da transparência”, necessária ao combate à corrupção e ao controle social da máquina administrativa.

As despesas com o pessoal representam uma parcela significativa dos gastos do setor público brasileiro. A Constituição Federal de 1988⁷ e a Lei de Responsabilidade Fiscal (artigos 18 a 24) impõem limites para essas despesas a fim de que haja equilíbrio entre as contas públicas, sem comprometimento ou redução dos recursos destinados a políticas públicas e investimentos.

Os debates em torno da divulgação da remuneração, subsídios, proventos e outras vantagens dos servidores públicos com a identificação nominal dos agentes públicos foram intensificados com a publicação da LAI. Porém, fazendo uma Leitura

⁷ Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em Lei complementar. §1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II - se houver autorização específica na Lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

detalhada da Lei e, principalmente em face da privacidade de certas informações, pode-se verificar que não há qualquer dispositivo que imponha o dever de publicação nominal das espécies remuneratórias dos agentes públicos nessa Lei⁸.

O que impôs a obrigatoriedade de divulgação das remunerações, subsídios e proventos, dos servidores públicos no âmbito do Poder Executivo Federal foi o Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012⁹¹⁰, e no Poder Judiciário foi a Resolução nº 151, de 05 de julho de 2012¹¹, que alterou a Resolução nº 102, de 15 de dezembro de 2009, do Conselho Nacional de Justiça.

⁸ O artigo 8º, §2º da LAI dispõe: “Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. [...] § 2º Para cumprimento do disposto no *caput*, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (*internet*)”.

⁹ Art. 7º É dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observado o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 12.527, de 2011. §1º Os órgãos e entidades deverão implementar em seus sítios na Internet seção específica para a divulgação das informações de que trata o *caput*. [...] §3º Deverão ser divulgadas, na seção específica de que trata o § 1º, informações sobre: [...] VI - remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, *jetons* e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

¹⁰ O artigo 45 da LAI determina que cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em legislação própria, definir as regras específicas sobre o acesso à informação.

¹¹ Art. 3º Sem prejuízo do disposto nos artigos anteriores, os órgãos referidos no *caput* do Art. 1º publicarão, nos respectivos sítios eletrônicos na rede mundial de computadores, e encaminharão ao Conselho Nacional de Justiça: [...] VI – as remunerações, diárias, indenizações e quaisquer outras verbas pagas aos membros da magistratura e aos servidores a qualquer título, colaboradores e colaboradores eventuais ou deles descontadas, com identificação nominal do beneficiário e da unidade na qual efetivamente presta os seus serviços, na forma do Anexo VIII.

6 BREVE DISCUSSÃO ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DA DIVULGAÇÃO NOMINAL DA RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA DOS AGENTES PÚBLICOS.

Na discussão acerca da obrigatoriedade da divulgação nominal da retribuição pecuniária dos agentes públicos, a interpretação e o alcance almejado pela Lei de Acesso à Informação devem ser analisados dentro do sistema de direitos e garantias constitucionais.

Asseveram Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes que,

num eventual conflito de princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a perspectiva de relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro (BRANCO; MENDES, 2011, p.209)

Assim, destacam-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que precisam ser utilizados a fim de conciliar interesses e direitos.

Em que pese o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que os servidores não podem reclamar um direito à intimidade da mesma forma que os sujeitos particulares, a quebra desse direito deve ser analisada com cautela. Não se pode admitir a exposição em meio eletrônico, de acesso amplo, geral e indiscriminado, da vida privada de uma pessoa, desnecessária e inadequadamente, sem qualquer cuidado.

Nesse sentido, Luis Manuel Fonseca Pires afirma que “a evolução tecnológica torna possível uma devassa da vida íntima das pessoas, insuspeitada por ocasião das primeiras declarações de direito” (PIRES, 2010, s/n). Motivo pelo qual ao se tratar da divulgação em meio eletrônico, deve-se analisar o meio de se fazer isso, inclusive buscando preservar a identidade dos servidores devido à criação de bancos de dados.

Não se pode criar uma cultura de informação apenas para a especulação. Busca-se uma participação crítica na gestão pública.

Desse modo, a prioridade da Lei nº 12.527/2011 é a participação dos cidadãos direta e constantemente na Administração Pública, desenvolvendo nestes uma consciência participativa. Será realmente necessário e adequado publicar os nomes dos servidores, sabendo que X e Y recebem tal remuneração, ou será que

aos cidadãos e órgãos de controle é suficiente saber que o salário pago está acima do limite, ou irregular, independente do sujeito que a receba?

Verifica-se que a divulgação da remuneração, dos subsídios e proventos dos servidores, com a identificação direta destes via *internet*, leva ao conhecimento de um número indeterminado de pessoas uma informação irrelevante (nome do agente público) do ponto de vista da função que se busca com a Lei. Há outros meios de efetuar controle dos recebimentos salariais dos agentes públicos, sem lhes violar a intimidade e a vida privada, isto é, sem impor um encargo desproporcional.

Para ser útil, a informação deve estar vinculada à consecução de uma determinada finalidade de interesse público. Analisando o sentido de proporcionalidade da norma, vê-se que, “mesmo que adequada e necessária, a Lei pode ser inconstitucional quando adote cargas coercitivas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos” (CANOTILHO, 2003, p.457). É o que se consagra modernamente como princípio da proibição de excesso.

Ora, não se trata de defender um direito ao sigilo absoluto dos recebimentos pecuniários dos agentes públicos, mas sim, de uma divulgação responsável e adequada aos seus fins.

Sugere-se que a publicação não seja feita via *internet*, mas, que a qualquer cidadão, devidamente identificado, sejam fornecidas as informações de maneira completa (das remunerações, subsídios e proventos de quaisquer agentes públicos). Essa identificação auxiliaria em caso de mau uso da informação.

7 CONCLUSÃO

A possibilidade de integralização da comunicação é um processo natural da globalização. A inclusão digital proporcionou ao homem, a possibilidade de ingresso a um mundo sem barreiras, a internet, por exemplo. O avanço da tecnologia, o barateamento dos meios de captação de imagem, facilitaram a exposição da imagem das pessoas públicas.

A disponibilização das informações e a transparência da gestão fiscal são indispensáveis para o controle público e social da probidade e qualidade na gestão pública, fundamentais para o crescimento do Brasil e melhor aplicação dos recursos públicos e qualidade de vida de toda a sociedade.

O tema ainda é bastante controverso, pois em algumas ocasiões a legislação dá margem a dúbias interpretações, criando uma verdadeira celeuma entre os doutrinadores, propiciando o surgimento de diversas opiniões, o que poderá ser até prejudicial, visto que uma má interpretação, pode gerar uma má aplicação da Lei.

Um ponto de divergência entre os doutrinadores é a questão do interesse público elencado no Art. 20 do Código Civil de 2002. Devido à atuação que exercem na sociedade, as pessoas públicas são compelidas a renunciar parte de sua vida privada. Essa renúncia se dá porque, em algumas ocasiões não será necessário o consentimento para a divulgação da sua imagem, sendo este justificado pelo interesse público. Porém, se a publicação for desnecessária, para mero entretenimento da sociedade ou para aproveitamento econômico do infrator, pode-se pleitear ação indenização por danos morais ou materiais.

Daí porque não compete ao administrador público sonegar informações sobre a gestão pública, e aos cidadãos incumbe à cobrança desses gestores para que toda a Administração adote padrões de qualidade, eficiência, economia, legalidade e moralidade. Quanto mais bem informada à população estiver, melhores condições terão de participar dos processos decisórios, verificar a aplicação dos recursos públicos, avaliar a qualidade dos serviços oferecidos e apontar falhas na gestão.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. A garantia da intimidade como direito fundamental. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1999.

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. Direito à própria imagem. 5.a tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BALA, Darlei Gonçalves. Os limites do direito de informação frente aos direitos da personalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1318, 9 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9477>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BARBOSA JUNIOR, Floriano. Direito à intimidade como direito fundamental e humano na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2008, p.62

BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. 2.ed. São Paulo: LTr, 2009, p.29.

BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 209.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 18 ab. 2015.

_____. Código civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 18 abr. 2015.

_____. Decreto nº 7.724, de 16 de Maio de 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/2012/decreto-7724-16-maio-2012-612993-publicacao-original-136107-pe.html>>. Acesso em 18 abr. 2015.

____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/12527.htm>. Acesso em 18 abr.. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003, p. 457.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Jacqueline Sarmiento. O direito à imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2006.

ELIA JUNIOR, Mario Luiz. Conceito de ordem pública e sua aplicação quando da homologação de sentença arbitral estrangeira. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8678>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

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

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 77, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29. ed. Atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Gustavo Procópio Bandeira de. Prevalência da intimidade como corolário da dignidade humana. Consulex: Revista jurídica, Brasília, DF, ano XI, n. 255, p. 63-65, ago. 2007

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

ODUVALDO, Donnini. Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do novo código civil. Oduvaldo Donnini, Rogério Ferraz Donnini. São Paulo. Método Editora, 2002.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. O princípio constitucional da publicidade da Administração Pública: o dever de informar e o direito de proteção à imagem e à intimidade à luz da teoria dos papéis sociais. Biblioteca Digital da Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./jun. 2010. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67001>> Acesso em: 16 mar.2015.

RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 2.ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. Tomo II, v.1.

SAVADINTZKY, Larissa. Informação e privacidade: direito à informação e à intimidade não podem se agredir. Consultor Jurídico, 22 de fevereiro de 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo. A pessoa pública e seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores e socialites. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, Luiz Martins da. Imprensa, danos morais e indenizações. UFRGS. Disponível em: <www.ufrgs.br/gtjornalismocompos/do2000/martins_da_silva_2000.doc> Acessado em 04 jun. 2015.

SILVA, Rogério Pereira da; RIGATTO, Sandra C. Interesse público: conceito ambíguo na prática política brasileira. Disponível em: <http://www2.metodista.br/unesco/agora/pmc_forum_interesse.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Direito de Família. V. VI. 5ª ed. São Paulo: Atlas 2005.