DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE INFORMAR QUE VIOLAM A PERSONALIDADE, E A PROBLEMÁTICA DA INTERNET

THE CONSTITUTIONAL LIMITS OF INFORMATON THAT VIOLATES THE PERSONALITY´S RIGHT, AND THE INTERNET ISSUE

Luis Gustavo Liberato Tizzo*

Manuel Vinícius Toledo Melo de Gouveia**

RESUMO: O presente artigo faz um breve estudo os limites do direito fundamental de informar e de ser informado, por meio da análise de material doutrinário e jurisprudencial a fim de formar no leitor um senso crítico sobre o assunto, no sentido de entendê-lo sob o viés dos valores que fundamentam todo o direito. Para o desenvolvimento do assunto, o trabalho é dividido em sete partes; a primeira versa sobre os direitos fundamentais como um parâmetro inicial para se estabelecer os limites. A segunda parte trata dos direitos da personalidade, na busca do fortalecimento dos limites. Em seguida aborda-se sobre o princípio da liberdade, para, em um quarto momento, trabalhar com a dignidade da pessoa humana como valor a ser observado. Após esses momentos introdutórios, o artigo ingressa especificamente no tema em análise, usando-se dos elementos antes trazidos para estudar os direitos à informação, à imagem e à privacidade, bem como as consequências jurídicas pela violação dos dois últimos. Tendo em vista que se deseja trabalhar com o exercício dos direitos na internet, por ser pertinente com o assunto abordado, dedica-se o sexto tópico para analisar a responsabilidade dos sites hospedeiros pela veiculação de informação ofensiva, comentando também sobre a Lei 12.737/2012. Finalmente, o sétimo tópico agregará a visão prática trazida nos tópicos anteriores e a teoria advinda desde o início à visão doutrinária de solução dos conflitos por meio dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à informação. Direito à imagem e à privacidade. Limites constitucionais.

* Mestre em Direito pela Unicesumar. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional Contemporâneo - IDCC. Graduado em Direito pela PUCPR. Membro do Grupo de Pesquisas (CNPq) "Internacionalização do direito: dilemas constitucionais e internacionais contemporâneos". Professor no curso de Direito da Universidade Norte do Paraná - Unopar. Advogado. Endereço eletrônico: tizzo.adv@gmail.com

** Mestrando em Direito pela Unicesumar. Especialista em Direito Internacional Econômico pela Universidade Estadual de Londrina - PR e em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, Unidade Curitiba. Graduado pela Faculdade de Direito Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP. Professor no curso de Direito da Universidade Norte do Paraná - Unopar. Advogado. Endereço eletrônico: manuelvinicius@hotmail.com

ABSTRACT: This Article makes a brief study the limits of the fundamental right to inform and be informed, by means of analysis of doctrinal and jurisprudential material in order to form on the reader a critical sense about the matter, in order to understand it under the bias of the values that underpin the entire right. For the development of the subject, the work is divided into seven parts; the first deals with the fundamental rights as an initial parameter to set the limits. The second part deals with the rights of personality, in search of the strengthening of the limits. Then it approaches on the principle of freedom, for, in a fourth time, working with the dignity of the human person as a value to be observed. After these moments, the introductory Article joins specifically on this, using the components before brought to study the rights to information, image and privacy, as well as the legal consequences for violation of the last two. Bearing in mind that if you want to work with the exercise of rights on the internet, be pertinent to the subject matter covered, devotes himself to the sixth topic to examine the responsibility of sites hosts by displaying information offensive, commenting also on the Law 12,737 /2012. Finally, the seventh topic appends the vision practice brought in previous topics and theory originated from the beginning, the vision of doctrinaire solution of conflicts by means of the criteria of reasonableness and proportionality.

KEYWORDS: Information's right. The Right of image and privacy. Constitutional limits.

INTRODUÇÃO

Na atual conjuntura global seria impossível imaginar uma sociedade sem acesso a informação, sem a divulgação ampla desta e a possibilidade de se expressar de maneira livre. Após a queda da ditadura militar, pensar em controlar a manifestação de opinião e até mesmo a informação é motivo de arrepio a muitas pessoas, as quais entendem ser um retrocesso ao desenvolvimento democrático, pois, afinal, democracia possui a liberdade como um pressuposto.

Realmente as conquistas pautadas na ideia de liberdade são preciosas e, de maneira correlata, a livre manifestação de pensamento e a informação são direitos que devem ser protegidos por parte do Estado. Todavia, esta é uma visão da regra geral, da perspectiva ampla, que precisa de ponderação e de critério excepcionais. Seria possível considerar o direito à liberdade de informar e ser informado de forma absoluta? A informação é fundamental à sociedade, mas existiriam limites a serem impostos pelo Estado para o exercício de tal direito?

Tal reflexão se mostra pertinente pois as violações a direitos fundamentais e personalíssimos, como a privacidade, a honra e a imagem acontecem cada vez com mais frequência. A própria abrangência da internet e a extensão de sua acessibilidade facilitam a divulgação do que pensa, a despeito das consequências geradas na vida dos envolvidos.

Ora, o direito à liberdade de expressão e o direito de informação são direitos fundamentas, mas – semelhantemente – os direitos à imagem e à privacidade também os são. Nesse sentido, qual observar, e de que forma um deve preponderar sobre o outro?

Fatos envolvendo tal discussão ocorrem e precisam de solução. A proposta deste trabalho científico é gerar reflexão para que se entenda acerca da coexistência possível entre o direito de informar, e o direito à privacidade e à imagem, trazendo, além de menções doutrinárias, o entendimento dos Tribunais pátrios a esse respeito.

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PARÂMETRO INICIAL PARA SE ESTABELECER LIMITES

Os direitos fundamentais são aqueles direitos ou disposições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentados na Constituição (FACHIN, 2012, p. 232). Alguns critérios podem ser estabelecidos para sua caracterização, o primeiro aduz que podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. E o segundo identifica-os como sendo os direitos que receberam da Constituição grau mais elevado de garantia e de segurança (imutabilidade via emenda à Constituição). (BONAVIDES, 2012, p. 579)

Antonio Enrique Pérez Luño (LUÑO, 1995, p. 48) afirma que direitos fundamentais são:

> un conjunto de facultades y instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional y internacional.

Na ótica de José Afonso da Silva (SILVA, 2012, p. 58), a melhor forma de se designar direitos fundamentais é a expressão "direitos fundamentais do homem", veja-se o extenso, porém, completo conceito:

> 'Direitos fundamentais do homem' constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de se referir a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo 'fundamentais' acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais 'do homem' no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. 'Do homem' não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. 'Direitos fundamentais do homem' significa 'direitos fundamentais da pessoa humana' ou 'direitos humanos fundamentais'. É com esse sentindo que a expressão 'direitos fundamentais' encabeça o Título II da Constituição, que se completa como 'direitos fundamentais da pessoa humana', expressamente referidos, no art. 17.

A despeito do que defende José Afonso da Silva, Robert Alexy trabalha sob um viés um pouco distinto, separando o conceito de direitos fundamentais e direitos do homem. Para o referido autor os direitos fundamentais representam a parte nuclear da ideia de constitucionalismo (especificamente no que tange a sua teoria de constitucionalismo discursivo), sendo que existe uma estreita relação entre direitos do homem e direitos fundamentais. Os direitos do homem são definidos por cinco características: são universais, fundamentais, preferenciais, abstratos e morais; já os direitos fundamentais são aqueles escolhidos em uma Constituição com o intuito ou com a intenção de positivar os direitos do homem. (ALEXY, 2011, p. 10)

Os direitos fundamentais possuem um caráter duplo, não apenas determinando e assegurando a posição jurídica do particular, mas também funcionando como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Deste modo tem-se que os direitos fundamentais, além de significar o marco de proteção de situações jurídicas subjetivas, se apresentam na Constituição como um conjunto de valores objetivos

básicos, de modo a ter também a função de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento jurídico democrático a que a maioria dos cidadãos presta seu consentimento. (MARTINS NETO, 2003, p. 96)

Deste modo, pode-se observar que, na perspectiva majoritária, tem-se que o termo direitos fundamentais devem ser utilizados para aqueles direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. (SARLET, 2010, p. 29)

Vários foram os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal, sendo que a gênese da discussão ora trazida reside no desenvolvimento e no exercício dos direitos fundamentais das pessoas de maneira indistinta, o que será tratado oportunamente.

2. DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A CONTINUIDADE DA CONSTRUÇÃO DOS LIMITES

A tutela jurídica dos direitos humanos, no plano internacional, de construção – primordialmente – ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, vem sendo realizada através de convenções e tratados internacionais, sendo implementada por sua recepção como direitos fundamentais no ordenamento interno dos Estados. Nessa tutela se insere a voltada aos direitos da personalidade, como construção sócio-jurídica circunscrita à proteção da esfera privada dos indivíduos, em especial para protegê-los de eventuais lesões, sejam estas oriundas das relações interpessoais ou da esfera pública. (SILVA, 2012, p. 337)

Com o intento de satisfazer suas necessidades em decorrência das relações sociais, o homem, adquire direitos e assume obrigações, sendo – portanto – sujeito ativo e passivo de relações jurídico-econômicas; o conjunto dessas situações jurídicas individuais denomina-se patrimônio, o qual representa a projeção econômica da personalidade, sendo que esta consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. (DINIZ, 2005, pp. 119-121)

A construção teórica dos direitos da personalidade parte da concepção antropocêntrica do Direito, eis que nem sempre o ser humano foi visualizado como núcleo deste, tanto que a discriminação à pessoa adotou várias formas, até se chegar a aceitação do valor da dignidade do qual todas as pessoas são dotadas (SILVA, 2012, p. 339). Segundo Adriano de Cupis (CUPIS, 2008, p. 23) "todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se 'direitos da personalidade'".

Pode-se entender a personalidade como um atributo, como um conjunto dos direitos atuais ou meramente possíveis, e das faculdades jurídicas atribuídas a um ser (BORGES, 2009, p. 8). Cleber Sanfelici Otero e Nilson Tadeu Reis Campos Silva (OTERO; SILVA, 2012, p. 94) apontam interessante distinção entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade:

> Normalmente, prefere-se utilizar a expressão "direitos humanos" para os direitos reconhecidos em documentos de direito internacional, ao passo que os direitos fundamentais são positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. Na maioria das vezes, por sinal, os mesmos direitos são identificados tanto no plano internacional como no plano normativo interno de vários países, a ponto de os juristas não se preocuparem com a realização de uma distinção.
>
> Uma outra distinção, ora no plano interno, é feita entre os direitos fundamentais individuais e os direitos da personalidade: aqueles são visualizados como direitos

> constitucionais reconhecidos para a proteção das pessoas em face da ordem estatal; estes, mais especificamente, os direito inerentes à pessoa humana para a sua proteção nos relacionamentos particulares e sociais, por vezes até reconhecidos como direitos fundamentais.

A diferenciação trazida possui seu valor prático, todavia encontram-se juristas que unificam o conceito; porém, parece ser mais coerente a identificação semântica de cada uma das espécies de direitos apontadas, eis que não se pode ignorar seus elementos diferenciadores, bem como o entendimento de que os Direitos Fundamentais não são garantias somente contra o Estado, mas também em face do particular, como decorrência lógica do princípio da universalidade. (SARLET, 2010, pp. 209-210)

Parte da doutrina considera que os direitos da personalidade são inatos e impostos através da natureza das coisas, por outro lado – a exemplo de Adriano de Cupis (CUPIS, 2008, pp. 24-25) – há críticas à gênese jusnaturalista dada aos direitos da personalidade, dispondo que estes se justificam historicamente, o que não se sustenta atualmente, pois a concepção dos direitos da personalidade, por serem inatos e invulneráveis ao arbítrio do Estado não abona a imposição de direitos à sociedade, independente da formação política, cultural ou social. (CANTALI, 2009, pp. 73-74)

Os direitos da personalidade são reconhecidos como direitos subjetivos, e representam os valores essenciais da personalidade humana, tendo como objetivo a tutela da dignidade (FERMENTÃO, 2006, p. 241). A personalidade não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constituindo uma precondição destes, seu fundamento e pressuposto; nas palavras de Adriano de Cupis (CUPIS, 2008, p. 21) "a personalidade seria uma condição física destinada a ser revestida de direitos, assim como os direitos seriam destinados a revestir essa mesma configuração".

É por meio dos direitos da personalidade que o ser humano tem tutelado a garantia e o respeito aos elementos e expressões da personalidade humana. Tal prerrogativa abrange toda a esfera individual, acrescentando-lhe valores como o sentimento, a inteligência, vontade, igualdade, segurança e o desenvolvimento de sua personalidade. (FERMENTÃO, 2006, p. 245)

A realização dos direitos de personalidade ou a materialização do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana está diretamente ligada a expressões de liberdade jurídica, que têm uma das suas maiores expressões na autonomia privada e em seu instrumento, o negócio jurídico. Essa realização não se dá apenas, como vê a doutrina, na proteção desses direitos contra a lesão de terceiros; cada vez mais a realização desses interesses se dá pelo exercício ativo de tais direitos, pelo exercício positivo dos direitos de personalidade. (BORGES, 2009, p. 107)

Relevante ponderar que o ordenamento jurídico brasileiro adotou um sistema misto de proteção no que tange à tutela da pessoa humana, um sistema geral de proteção da personalidade extraído do princípio da dignidade humana e outro que protege direitos especiais de personalidade tipificados na Constituição Federal enquanto direito fundamentais. (SZANIAWSKI, 2005, p. 137)

Mais uma vez estabelece-se aqui a identificação de um limite, algo a ser observado o qual se encontra desenvolvido de forma íntima e correlata com os direitos fundamentais.

3. ASPECTOS DA CONSTRUÇÃO DO AXIOMA LIBERDADE

Entre os teóricos da política é comum o reconhecimento de que o Estado é uma figura teorética. Os grupos arcaicos constituíam sistemas simples, identificados, em geral, por fatores totêmicos, como é o exemplo das tribos. A expressão Estado só adquiriu estatuto teórico na Era Moderna, sendo utilizada para designar formações bastante peculiares que, não obstante, parecem reproduzir caracteres comuns aos grupos políticos em geral. As organizações políticas da Antiguidade não chegam a se caracterizar como Estado, na medida em que as suas administrações eram dominadas pela indistinção da organização constitucional e pela ausência de nomeação própria, tornando recorrente a presença do trabalho escravo (escravizados ou libertos) e dos servos nos serviços considerados hoje públicos. (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 413)

Entre os gregos, aquilo que modernamente entende-se por liberdade articulava-se, primordialmente, com a necessidade e com o acaso. A interpretação da sorte como a decisão (justa) de um poder (jurídico) divino e do seu oposto como a falha pecaminosa – o injusto – pode ser um indício de que a ação humana se supusesse livre. Por sua vez, em oposição à necessidade, a temática da liberdade teria alguma vinculação ao que poderia ser denominado como acaso. Deste modo, por trazer o sentido da contingência e não estar na esfera da necessidade, a ação humana teria algo de liberdade (liberdade como oposição ao determinado ou necessário). (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 96)

O Estado é, definitivamente, um fenômeno da modernidade, contudo a ideia de se configurar o Estado como um ente próprio, juridicamente, começou a aparecer na experiência tardia dos romanos e na Idade Média. A organização política do Estado, para ser legitimada, deveria explicar como o homem, ao aderir desta, abdicou de certas prerrogativas naturais. Assim a relação universal governante-governado tem por base a concepção contratualista da sociedade e pressupõe uma equação teórica em que ser cidadão é igual a ser obediente, pois a ideia de ser livre era correlacionada com o agir politicamente (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 414-417). Ora, nada mais é do que liberdade restrita à configuração do reconhecimento e estrutura do Estado, uma liberdade desenvolvida a partir do "aspas".

A formação do Estado, da maneira como se entende, exige uma clara compreensão da evolução sofrida pela vida política, no Ocidente, desde a Antiguidade, inicialmente em razão na distinção entre a esfera privada (onde se operavam as desigualdades naturais, no âmbito familiar, por uma questão de hierarquia entre o chefe de família e os demais) e a esfera pública (na qual imperava a igualdade perante as normas, a isonomia). A concepção grega se propunha a sustentar, e com veemência, que a estrutura da vida privada não deveria ser transportada para a vida pública, pois por meio disso se construía a tirania. O princípio da vida pública, sendo liberdade, exigia igualdade. (FERRAZ JÚNIOR, 2007, pp. 418-419)

Com o Iluminismo o Estado, antes visto como uma aproximação terrena de uma ordem eterna, como modelagem de Deus, passou a ser considerado com o viés da proteção dos direitos naturais e aos elementos essenciais de cada indivíduo. O direito à liberdade estava em processo de formação, a fim de nascer em decorrência deste movimento e da Revolução Francesa (considerada a mais importante revolução histórica para a liberdade humana), por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual

foi fruto da luta pela renovação do direito, em prol da justiça, da igualdade e, principalmente, da liberdade. Foi um marco divisor entre o antigo regime opressor ao direito à liberdade, tornando-se um novo paradigma diante da crise existente. (FERMENTÃO, 2009, pp. 70-75)

É possível identificar que a diferença entre o valor liberdade construído na antiguidade e o valor moderno exerceu bastante influência no pensamento liberal. Os antigos exerciam a liberdade participando ativamente da vida social e das decisões políticas. Por outro lado, a liberdade dos modernos prescinde da participação direta das pessoas nas coisas do Estado, eis que cada pessoa decide e vive, individualmente, seu espaço. (FACHIN, 2012, p. 259-260)

Bobbio aponta distinção entre a liberdade negativa (ausência de algo) e a liberdade positiva (existência de algo). A liberdade negativa, compreendida em sentido político, representa uma situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado; ou seja, é a teorização da ausência de impedimento ou a possibilidade de fazer, bem como da ausência de constrangimento ou a possibilidade de não fazer. Já a liberdade positiva, para o autor, deve entendida como a situação na qual um sujeito tem a possibilidade orientar seu próprio querer, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer do outro, o que é também conhecido como autodeterminação ou autonomia. (BOBBIO, 2002, p. 48-51)

Alessandro Zenni (ZENNI, 2006, p. 106) assevera que:

> [...] Na intersubjetividade as mesmas demarcações à liberdade se apresenta no ser dos homens que se implicam, embora assistamos às eleições de volições contrárias ao bem como fim natural no processo de atração axiotrópica. Eis o paradoxo máximo humano de racionalmente descobrir o fim bom e praticar o mal real, negando-se ao aperfeiçoar pela escolha do nihilificar.
>
> Intuitivo que se repute o dever como uma condição natural de ser do homem, pois busca necessariamente o bem no seu aperfeiçoar ontológico, sempre referido ao outro, em relação de conformidade com a justiça; aquele ser encubado no interior do homem, que deve fazer-se no convívio justo, surge como revelação pela razão, e o nada no ser torna-se ser que deve ser em conformidade com seus fins imanentes.
>
> Chegamos ao ponto em que almejávamos: o homem deve, por natureza, sair de sua condição infra-humana, nihilista, e pela sequência de ações livres vertidas ao bem, na associação, preencher-se com seu enriquecimento ontológico. O dever é o fim do homem, há uma responsabilidade por fazer-se no ofício da liberdade e colaborar nessas empreitadas em face do outro, na associação.

O princípio da liberdade é, de fato, um dos sustentáculos do Estado e de todo o ordenamento jurídico vigente. Entretanto, com ele surgem os problemas de entendimento, interpretação e de exercício dos direitos fundamentais. Até então tratou-se da construção de limites ao exercício de direitos fundamentais e personalíssimos, tendo em vista que a vida em sociedade não pressupõe existência individual, na qual os seres humanos precisam entender sua relação conjunta com os demais.

É comum que, sob a bandeira da liberdade, sejam desconsideradas prerrogativas individuais, e a partir disso divulga-se o que se tem em mente, muitas vezes até mesmo desprovido de qualquer cuidado acerca da veracidade do que fora veiculado. Eis então o problema do direito à informação em face ao direito à imagem e à privacidade.

4. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR A SER OBSERVADO

Quando se refere ao princípio da dignidade, e especificamente no tocante ao seu conceito, provavelmente sua melhor definição derive da construção perpetrada por Tomás de Aquino, ao considerar o termo dignidade como algo absoluto e pertencente à essência, situando esta identificação como um requisito inerente à condição humana. Neste norte, a dignidade humana é atributo da pessoa e não pode ser medida por um único fator, pois nela intervém a combinação de aspectos morais, econômicos, sociais e políticos. (CARVALHO, 2012, pp. 250-251)

O respeito à dignidade humana constitui princípio fundamental porque enraizado na consciência coletiva das sociedades modernas. Exatamente em razão dessa fundamentalidade, este princípio independe, para a produção de efeitos jurídicos, de inclusão expressa em um texto normativo. (ANDRADE, 2005, p. 15)

Cleide Fermentão (FERMENTÃO, 2009, p. 170) afirma que:

> Pessoa humana e dignidade humana podem ser analisadas como sinônimas diante da importância de cada uma para o direito. É particularmente importante nos dias atuais refletir sobre a noção de pessoa e procurar entender o valor da pessoa humana, na dignidade ontológica e ética.

A dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que acaba por não contribuir para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade. Deve-se sempre ter em mente que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano. (SARLET, 2009, p. 18)

Clayton Reis assevera que o Estado Democrático brasileiro, ao eleger a dignidade da pessoa humana como norma fundamental, fez com que a ordem Constitucional destacasse um dos valores mais importantes que integram a personalidade dos indivíduos, eis que o homem não pode viver sem dignidade no meio social, na família e no trabalho. (REIS, 2007, p. 25)

Alessandro Zenni (ZENNI, 2006, pp. 106-107) constrói argumentos pautados na premissa de uma dignidade decorrente da liberdade, note-se:

> [...] No âmago da natureza humana radica a liberdade para se agir com discernimento em vista ao fim de sua elevação. Só por ser racional o homem tem liberdade, centelha de Causa Eficiente, Razão Suprema que a pões a agir ao fim ético. (...)
>
> O dever ser jurídico coincide com o próprio dever ser humano. Elementar a concepção de dinamismo no ser, como anotado supra, uma pulsão natural do homem, esse ser que é causa e fim de si mesmo. O homem, escoimado de sua liberdade, é ser material, causalidade pura, sem poder conjecturar a ideia de fim, enquanto que pensando em Bem, como fim, o homem atraído pelo valor põe sua liberdade diante da convocação de seus fins, podendo aceitá-los ou negá-los no que convergirá para sua deificação ou nihilificação.
>
> Vê-se a notada importância da liberdade, como condição *sine qua non* para realização dos valores, portanto, guindada à garantia jurídica, indispensável na realização do homem ou impugnação de sua própria natureza de ser humano.

A dignidade, na condição de valor intrínseco da pessoa humana, não poderá ser sacrificada, já que, em si mesma insubstituível. Em que pese a máxima anteriormente

descrita, poderão ser justificadas violações da dignidade de tal sorte a sacrificá-las. Neste sentido já não se poderá falar de um princípio absoluto, impedindo reconhecer que mesmo prevalecendo em face de todos os demais princípios e regras do ordenamento não há como afastar a necessária relativização (ou se preferir, a conivência harmônica) do princípio da dignidade da pessoa em homenagem à igual dignidade de todos os seres humanos. (SARLET, 2009, pp. 82-83)

A dignidade do ser humano é, dessa forma, valor conformador e está presente em todo o direito, seja nas relações econômicas entre particulares, como um contrato, seja nas relações existenciais, como no direito de família e nos direitos de personalidade, seja nas relações entre o indivíduo e o Estado, como no direito tributário e no direito penal. (BORGES, 2009, p. 83)

Percebeu-se então que as pessoas não deveriam ser protegidas apenas em suas relações com o Estado, mas também nas suas relações particulares. Também nessa esfera de atuação dos indivíduos deve haver cuidado para que a liberdade e a igualdade meramente formal não se transformem em exploração acobertada pelo individualismo jurídico, versão do liberalismo econômico. É nessa circunstância que se resgata o valor do ser humano também nas relações privadas. A dignidade da pessoa humana passa a ser valor fundamental também para esse tipo de situações reguladas pelo direito privado. O indivíduo deve ser protegido contra o Poder Publico e também contra os abusos cometidos pelos mais fortes nas relações privadas. Essa proteção do indivíduo é necessária mesmo nas relações privadas de âmbito mais íntimo, como as relações familiares: também aí o indivíduo merece proteção contra abusos que possam vir a ser cometidos pelos membros de sua própria família. (BORGES, 2009, p. 84)

E são, primordialmente, essas relações particulares que exigem maior atenção no desenvolvimento deste tema, haja vista que a atuação das pessoas no exercício de sua liberdade deve respeitar o pressuposto da dignidade das demais.

4.DIREITO À INFORMAÇÃO, À IMAGEM E À PRIVACIDADE E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA VIOLAÇÃO DESTES ÚLTIMOS

4.1 DO DIREITO À INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito a informação merece lugar de destaque no rol de Direitos Fundamentais, conforme assevera o autor português Paulo Ferreira da Cunha. As liberdades de expressão e comunicação são sustentáculos da liberdade em si, dos direitos civis e políticos, da cidadania. Assegurada a vida e a saúde do indivíduo, o momento primeiro de livre desenvolvimento da personalidade em que se analisa a dignidade humana em ação, será o livre interagir com o seu semelhante; isso porque a sociedade é, em si mesma, comunicação. (CUNHA, 2007, pp. 159-162)

Segundo José Afonso da Silva (SILVA, 1997, p. 240):

> A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um 'direito fundamental' de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um

> dever. Reconhece-lhes o direito de informar ao público os acontecimentos e idéias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação.

Para Frank Michelman (MICHELMAN, 2007, p. 54), a liberdade de expressão é, ao contrário da própria democracia, um fim em si mesma. A democracia, segundo o autor, serve ao homem para otimizar a concretização dos Direitos Fundamentais pelo Estado. As liberdades de expressão e informação encontram-se previstas na Constituição Federal quando assegura o acesso à informação (art. 5º, XIV) e estabelece a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5º, IV); entretanto o exercício de tal direito não pode ser entendido de forma cega e absoluta, haja vista, em inúmeros casos, atingir a esfera privada do indivíduo, o que deve ser repudiado.

Muito próximo ao direito de informação está a liberdade de expressão, também tida como direito fundamental. Com relação ao limite entre o direito à informação e liberdade de expressão frente à vida privada e a intimidade das pessoas a Suprema Corte Norte Americana firmou interessante posicionamento baseado em situações concretas, o qual poderia ser estudado para – ao menos – ser tido como ponto de partida no Brasil.

A liberdade de expressão, no direito norte americano, não protege o discurso obsceno; assim, leis federais ou estaduais que criminalizam a obscenidade são constantemente julgadas constitucionais. Há um teste utilizado para se identificar se o discurso é ou não obsceno, o qual é composto por três questões. A primeira é saber se o conteúdo é lascivo segundo os padrões da comunidade local; a segunda indaga se o ato se trata de algo ofensivo para os padrões da comunidade local; e por último, deve-se verificar se a obra padece de falta de valores artísticos, literários, políticos ou científicos sérios, segundo o padrão nacional. (ROHRMANN, 2005, pp. 141-144)

Ainda nos Estados Unidos, há restrição no tocante ao local da manifestação. O direito de liberdade de expressão é um direito oponível ao Estado, e não ao particular. Deste modo, uma dona de casa tem o poder de restringir o discurso com bem entender. Quanto aos locais públicos, existem três classificações: Fóruns públicos, Fóruns públicos designados, e Fóruns não públicos. Os Fóruns públicos são os lugares onde a liberdade de expressão merece a maior proteção possível; são as praças públicas e a maioria das calçadas (uma exceção é a calçada em frente aos Correios). Os Fóruns públicos designados são locais em que a liberdade de expressão pode ser restringida, como nas universidades públicas, nas escolas e nos ônibus públicos. E os Fóruns não públicos são locais onde o Estado pode proibir o discurso, desde que a proibição seja neutra e razoável com relação ao ponto de vista a ser proibido. Como exemplos citam-se as penitenciárias, bases militares, aeroportos e demais dependências dos Correios. (ROHRMANN, 2005, pp. 141-144)

Como direito fundamental constitucionalmente previsto, a liberdade de expressão, como uma vertente decorrente do direito à informação, não pode ser eliminada por norma legal; entretanto, obviamente essa liberdade conhece, ou menos deve conhecer limites legais, os quais podem se referir ao alcance do próprio direito ou ao seu exercício (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 223). Este é ponto da discussão, a verificação da existência de um elemento limitador decorrente, e encontradiço no próprio direito e através do usufruir dele.

4.2 DO DIREITO À IMAGEM E À PRIVACIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE, E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA INOBSERVÂNCIA

Cada dia que passa a sociedade, de uma forma ou de outra, evolui, e, com isso, os direitos da personalidade podem sofrer restrição. Luiz Alberto David Araújo (ARAÚJO, 2003, p. 119) sustenta que "à medida em que temos cada vez mais um aparato tecnológico desenvolvido de forma assustadoramente rápida, temos os direitos da personalidade ameaçados".

No tocante ao direito à privacidade, esclarecedor é o ensinamento do professor Paulo Bonavides (BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, 2009, p. 109):

> [...] Pode-se afirmar que o direito à privacidade sempre esteve presente, como decorrência do direito à vida, nos textos constitucionais anteriores. Como garantia do direito à vida, componente do direito à personalidade, o direito à personalidade sempre foi respeitado. O Constituinte de 1988, no entanto, tratou de dar destaque ao tema, especialmente pela ameaça tecnológica que já se fazia presente. Se já havia preocupação com o desenvolvimento tecnológico, invasor da privacidade nos idos de 1988, tais preocupações se fizeram mais do que justificadas passados vinte anos. A internet, por exemplo, é capaz de recolher uma foto de forma indevida, violando à privacidade, e coloca-la na rede mundial, provocando danos irreparáveis. Quanto seria o valor de uma indenização de uma foto decorrente de uma relação íntima publicada pelo mundo todo? Seria reparável? Qual parâmetro utilizado para afixação da indenização? Diariamente encontramos notícias de violação da privacidade. Estamos todo o tempo cotejando entre o direito à privacidade e a segurança pública, por exemplo. Por tais razões, o cuidado do Constituinte de 1988. O cuidado foi de tal forma que preferiu deixar consignado que os bens protegidos, de forma genérica, no artigo 5º, inciso X, são: vida privada, intimidade, honra e imagem.

A discussão dos direitos da personalidade, especialmente o direito à privacidade, intimidade, e afins, como disposto no art. 5º, X, da constituição Federal, passa por um ataque permanente da mídia e do desenvolvimento tecnológico. Como consequência do próprio desenvolvimento tecnológico encontra-se bens personalíssimos sofrendo veementes intimidações. (ARAÚJO, 2008, p. 149)

De forma complementar ao tema, mas especificamente tratando do direito à imagem, note-se a interessante observação feita pela doutrinadora Maria Cecília Affornalli (AFFORNALLI, 2008, pp. 23-24):

> [...] A imagem interessa ao Direito como sendo toda e qualquer forma de representação da figura humana, não sendo possível limitar e nem enumerar os meios técnicos pelos quais ela se apresenta, vez que, com o avanço da tecnologia, a cada momento surgem novas maneiras e mecanismos capazes de exibir a imagem das pessoas. Assim, desde pelos primitivos desenhos na pedra e nas cavernas, feitos na Pré-História, até por meios contemporâneos, como a pintura, a caricatura, a filmagem, a fotografia, o cinema, os computadores, a internet, a televisão, os impressos etc. pode o semblante humano ser representado, exibindo-se sua imagem. (...). De sua origem latina, através da palavra imago, quer-se significar não apenas reprodução mas também aspecto. Atualmente admite-se que é forma de exteriorizar a personalidade, de torná-la perceptível. Ou seja, é aparência visível do ente humano e de outros entes animados ou inanimados.

Importante destacar que o direito à imagem é autônomo, não precisando estar em conjunto com a intimidade, a identidade, a honra, entre outros, embora possam estar,

em certos casos, tais bens a ele conexos, mas isso não faz com que sejam partes integrantes um do outro. (DINIZ, 2005, p. 44)

Ponto importe acerca da consequência jurídica diante do desrespeito a esfera íntima das pessoas está na fala de Clayton Reis (REIS, 2007, p. 39), ao afirma que "é indiscutível que toda e qualquer ofensa perpetrada à pessoa que atinja sua intimidade, gerando perturbações ou outros incômodos considerados como insuportáveis (...) constituem ofensas aos direitos da personalidade, gerando indenização (...)".

Os Tribunais pátrios têm se manifestado em circunstâncias em que se observou o embate entre tais direitos, sendo interessantes a perspectiva pela qual as decisões foram fundamentadas. Note este interessante Acórdão do Supremo Tribunal Federal (Ação Ordinária 1390/Paraíba):

> EMENTA Ação originária. Fatos incontroversos. Dispensável a instrução probatória. Liberdade de expressão limitada pelos direitos à honra, à intimidade e à imagem, cuja violação gera dano moral. Pessoas públicas. Sujeição a críticas no desempenho das funções. Limites. Fixação do dano moral. Grau de reprovabilidade da conduta. Fixação dos honorários. Art. 20, § 3º, do CPC. 1. É dispensável a audiência de instrução quando os fatos são incontroversos, uma vez que esses independem de prova (art. 334, III, do CPC). 2. Embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra limites em outros direitos também essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana: a honra, a intimidade, a privacidade e o direito à imagem. 3. As pessoas públicas estão sujeitas a críticas no desempenho de suas funções. Todavia, essas não podem ser infundadas e devem observar determinados limites. Se as acusações destinadas são graves e não são apresentadas provas de sua veracidade, configurado está o dano moral. 4. A fixação do quantum indenizatório deve observar o grau de reprovabilidade da conduta. 5. A conduta do réu, embora reprovável, destinou-se a pessoa pública, que está sujeita a críticas relacionadas com a sua função, o que atenua o grau de reprovabilidade da conduta. 6. A extensão do dano é média, pois apesar de haver publicações das acusações feitas pelo réu, foi igualmente publicada, e com destaque (capa do jornal), matéria que inocenta o autor, o que minimizou o impacto das ofensas perante a sociedade. 7. O quantum fixado pela sentença (R$ 6.000,00) é razoável e adequado. 8. O valor dos honorários, de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, está em conformidade com os critérios estabelecidos pelo art. 20, § 3º, do CPC. 9. O valor dos honorários fixados na reconvenção também é adequado, representando a totalidade do valor dado à causa. 10. Agravo retido e apelações não providos.

Importante notar que existe reconhecimento de indenização inclusive quando a violação à direito à imagem não resulta em algum dano aparente. Note-se o seguinte Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 85905):

> CIVIL. USO INDEVIDO DA IMAGEM. INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. O uso não autorizado de uma foto que atinge a própria pessoa, quanto ao decoro, honra, privacidade, etc., e, dependendo das circunstâncias, mesmo sem esses efeitos negativos, pode caracterizar o direito à indenização pelo dano moral, independentemente da prova de prejuízo.

Entretanto, da mesma forma que não se trabalha com a ideia de um direito de informação absoluto, a perspectiva do direito à imagem e da privacidade também não possuem tal conotação, eis que uma pessoa não poderia buscar ressarcimento diante de uma exposição da qual é responsável. O seguinte Acórdão (Recurso Especial 595600) trabalha com esta questão.

> DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO. Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Recurso especial não conhecido.

Com as evoluções tecnológicas, os meios de informação passam a operar efeitos e resultados, casa vez mais, em meio ao que se denomina rede mundial de computadores. Nesse sentido, tratar do tema do conflito entre o direito à informação e a liberdade de expressão frente aos direitos da intimidade, privacidade e imagem, faz com que seja necessária a análise no viés dessa prática no mundo virtual, o que se passa a trabalhar no tópico seguinte.

5. DA RESPONSABILIDADE DOS SITES HOSPEDEIROS DE INFORMAÇÕES OFENSIVAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

De maneira simples e objetiva a internet pode ser conceituada como sendo "uma rede internacional de computadores conectados entre si" (LEONARDI, 2005, p. 1). De fato, a internet é:

> [...] um sistema global de rede de computadores que possibilitam a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada na rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento. (CORRÊA, 2000, p. 8)

A internet representa tamanha evolução social que, no dia 16 de maio de 2011, a ONU (Organização das Nações Unidas) publicou um relatório sobre promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão. (Assembleia Geral das Nações Unidas, s.d., s.p.)

Segundo o mencionado Relatório, impedir o acesso à informação pela web infringe, segundo a ONU, o Artigo 19, parágrafo 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966. De acordo com o Artigo, todo cidadão possui direito à liberdade de expressão e de acesso à informação por qualquer tipo de veículo.

Sem dúvida a internet é hoje um meio de comunicação que possibilita o intercâmbio de informações de toda natureza, em escala global, com um nível de interatividade jamais visto anteriormente (LEONARDI, 2005, p. 1), motivo pelo qual o direito deve se ater para providenciar uma tutela coerente e limitadora, a fim de abranger as responsabilizações pelo uso indevido.

Existem diversos pontos de conexão entre os Direitos Fundamentais, Direitos da Personalidade e a Internet. Em 1968, Bobbio previra que a revolução tecnológica no campo das telecomunicações implicaria em mudanças tais na organização dos indivíduos e nas relações sociais que surgiriam então situações favoráveis para "o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes" (BOBBIO, 2004, p. 53).

No dia 23 de novembro de 2001, trinta países aderiram ao primeiro Tratado de prevenção e combate aos crimes praticados na Internet ou com o uso do computador.

As assinaturas foram colhidas na sessão inaugural da Convenção sobre Cibercrimes (ETS 185), em Budapeste, Hungria. A Convenção visa, basicamente, obter a cooperação, em sentido amplo, de todos os signatários para que adotem medidas legislativas locais, bem como outras ações preventivas e repressivas no combate aos delitos e ofensas praticadas na Internet, e por meio desta como ferramenta. (Convention on Cybercrime, s.d., s.p.)

O Brasil não é signatário do referido Tratado, possui uma única legislação em vigor que trate da responsabilidade dos provedores e dos sites por informação ali veiculadas, sendo que a denominada Lei Carolina Dieckmann não trata sobre responsabilidade dos provedores ou sites hospedeiros de informação, mas de responsabilidade em razão de invasão dos arquivos pessoais e sua divulgação.

No final no do ano de 2012, com a promulgação das Leis 12.735/2012 e a Lei 12.737/2012, esta última conhecida como Lei Carolina Dieckmann, houve - como mencionado - a inicial regulamentação nacional específica. A primeira Lei é uma grande falácia, uma norma quase integralmente vetada que estabelece uma estruturação programática dos órgãos da polícia judiciária para o combate a crimes praticados na rede de computadores. A segunda Lei, mais conhecida e de fundamentação muito mais política do que jurídica, traz a criminalização da invasão de dispositivo informático, conectado ou não à internet, desde que por meio de violação indevida de dispositivo de segurança, sem haver a necessidade de divulgação dos arquivos obtidos (se houver divulgação a pena é aumentada).

Certamente que a Lei indicada possui seu efeito e sua validade, mas condicionar a existência de um crime à violação de um dispositivo de segurança é uma inversão de valores, eis que o ato a ser combatido é a violação da privacidade e não a questão se o proprietário do computador possui ou não senha em sua máquina.

O art. 18 da Lei 12.965/2014 destaca que o provedor de conexão à Internet não será responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Todavia, é relevante a ressalva a esta disposição por meio da previsão do artigo 19, o qual prevê que o provedor será responsabilizado em caso de descumprimento de ordem judicial para retirada do conteúdo veiculado.

Certamente que a Lei em questão representa um avanço diante da anterior inexistência de qualquer norma específica sobre o assunto, todavia não se pode ignorar que a responsabilidade do provedor somente ocorrerá em caso de descumprimento de ordem judicial, ou seja, retira-se do ofendido a possibilidade de entrar em contato com o provedor e requerer – administrativamente – o cancelamento da veiculação do material ofensivo.

A Lei é clara ao escolher a necessidade da via processual, o que poderia ser diferente, permanecendo da forma como os Tribunais pátrios até então vinham julgando, reconhecendo válido o pedido administrativo do ofendido, bem como a responsabilidade decorrente da não identificação do que postou a informação danosa.

Os Tribunais afirmavam a obrigação do Google (como proprietário do site Orkut), e demais provedores, em promover um melhor controle dos que utilizam sua página, buscando ordem para um terreno tido como de ninguém. Notem-se os seguintes acórdãos:

> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. APELAÇÃO CÍVEL 2009.001.47765. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SITE DE RELACIONAMENTOS. ORKUT. RESPONSABILIDADE. DEVER DE INDENIZAR. REDUÇÃO DO QUANTUM. Criação de "comunidade" de conteúdo ofensivo à honra e a imagem da autora. Reclamação feita pela vítima. Inércia do provedor em proceder à exclusão da "comunidade". Dano moral configurado. Inaplicabilidade do CDC. Responsabilidade que decorre do desinteresse em averiguar a denúncia feita pela autora, tendo em vista reconhecer-se a impossibilidade de controle prévio de todos os dados lançados no site de relacionamentos. Hipótese de aplicação da responsabilidade subjetiva prevista nos artigos 186 e 927, caput do Código Civil. Provimento parcial do segundo recurso, somente para afastar a aplicação da norma consumerista e para reduzir a indenização fixada em primeiro grau. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO. PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO RECURSO.
>
> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. APELAÇÃO CÍVEL 2009.001.41528 - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL - SITE DE RELACIONAMENTO - PERFIL FALSO CRIADO NO ORKUT - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, COM CONDENAÇÃO EM R$ 30.000,00, A TÍTULO DE DANOS MORAIS - APELAÇÃO INTERPOSTA SOB O ARGUMENTO DE EQUÍVOCO NA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUSTENTA NÃO SER OBRIGADA A MANTER INFORMAÇÕES DOS USUÁRIOS - ADUZ INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - ALEGA TRATAR-SE DE RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E AUSENTE A CULPA DA APELANTE, POR TER O FATO SE ORIGINADO DE TERCEIRO POR FIM, ALEGA SE EXCESSIVO O VALOR DA CONDENAÇÃO. Não se sustenta que a responsabilidade seria da Google Inc. ao invés da Google BR, pois ambas as empresas pertencem ao mesmo grupo econômico. Quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, entende-se pela sua possibilidade. Embora a relação estabelecida entre as partes não possua remuneração direta, é notório que a remuneração se opera de forma indireta, na medida em que terceiros utilizam seus serviços para promover anúncios, tendo em vista o elevadíssimo número de acessos em seu site. A partir do momento em que a apelante não cria meios de identificação precisa do usuário, mas permite a criação de páginas pessoais em seu site, beneficiando-se, ainda que indiretamente como dito acima, entende-se que ela assume o ônus pela má utilização dos serviços que disponibiliza, independentemente da existência de culpa. Sentença que se mantém. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO CAPUT DO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

E, por fim:

> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. APELAÇÃO CÍVEL 2008.001.18270. INTERNET. PROVEDOR DE HOSPEDAGEM DE SITE PUBLICACAO OFENSIVA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL. AÇÃO ORDINÁRIA. INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. OFENSAS À AUTORA INSERIDAS POR ANÔNIMO NO ORKUT. 1. Ação movida contra a Google em razão de referências ofensivas em relação à autora inseridas no Orkut. 2. Se o réu é proprietário do domínio Orkut e permite a postagem de mensagens anônimas e ofensivas, responde pelo dever de indenizar a parte que sofreu dano à sua honra e dignidade. 3. Não havendo identificação da origem daqueles que hospedaram mensagens não há como eximir o réu, apelante 2, da responsabilidade direta se o anônimo efetuou algum ataque a honra de pessoas. 4. Aplicação do art. 927, parágrafo único, do CP que adota a teoria da responsabilidade civil objetiva, estabelecendo que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem. 5. O art. 5º, inciso IV, da CF/88 veda o anonimato nas livres manifestações de pensamento. 6. Caracterizado o dever de indenizar do réu. 7. No arbitramento do dano moral deve-se

> levar em consideração a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano, pelo que, verifica-se que o valor de R$ 10.000,00 foi arbitrado de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 8. Sentença de procedência, que se mantém. 9. Recursos não providos.

Tais julgados demonstram a posição que o Judiciário adotou, em detrimento da existência ou não de norma específica, pautando-se em analogia e nos Princípios Gerais do Direito, revelando uma acertada e prudente responsabilidade atribuída ao Google.

A partir da promulgação da Lei 12.965/2014 houve então a compreensão da necessidade de decisão judicial específica para se construir responsabilidade ao provedor. Note-se:

> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL - AGI: 20140020166695 DF 0016792-72.2014.8.07.0000. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTEÚDO PUBLICADO EM BLOG. DETERMINAÇÃO DE RETIRADA. INDICAÇÃO CLARA E PRECISA DAS PÁGINAS. MARCO CIVIL DA INTERNET. DECISÃO JUDICIAL GENÉRICA. IMPOSSIBILIDADE. RESTRIÇÃO AO CONTEÚDO INDICADO NOS AUTOS. CONTEÚDO PUBLICADO EM SITES DE TERCEIROS. EXONERAÇÃO. MULTA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO. 1. A Lei nº 12.965/2014, que se convencionou chamar de marco civil da internet, exige que a decisão judicial que determina a retirada de conteúdo da internet deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material (art. 19, § 1º); 2. Reforma-se a decisão no ponto em que não especifica adequadamente o conteúdo supostamente ofensivo, bem assim quanto às páginas na internet mantidas por terceiros estranhos aos autos; 3. Mantém-se o valor fixado a título de multa, quando adequado ao porte econômico-financeiro daquele a quem imposta a obrigação e à natureza do direito discutido nos autos que, no caso, revela-se de extrema grandeza, considerando a proteção constitucional da intimidade; e 4. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Independente de haver críticas à Lei, deve-se ter em mente que a Lei 12.737/2012 se trata do único regramento específico sobre o tema prevê responsabilidade penal, o que evidencia a importância do chamado Marco Civil da Internet, a fim de promover a responsabilização na esfera civil, e o prolongamento das discussões sobre a violação dos direitos à privacidade, intimidade e imagem, frente a justificativa da liberdade de informar e da liberdade de expressão, a qual ainda não se verificou a contento, podendo evoluir ao se aproximar das perspectivas interpretativas aplicáveis anteriormente à existência da norma.

6. DOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE APLICADOS EM RAZÃO DA COLISÃO ENTRE O DIREITO À INFORMAÇÃO O DIREITO À IMAGEM E À PRIVACIDADE

No desenvolvimento do texto destacaram-se três direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico; tratam-se do direito à informação, do direito à privacidade e do direito à imagem. Tendo em vista que todos são previstos e vigente na legislação pátria, é certo que devem coexistir coerentemente. No curso do trabalho já foi possível identificar as diretrizes pelas quais se orientam a interpretação.

Conforme visto, existirão situações em que eles entrarão em conflito de aplicabilidade, discutindo-se sua prevalência sobre o outro diante do caso concreto. A

tarefa de elucidação do problema deve ser feita por meio da utilização dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sempre tendo em vista o viés da dignidade da pessoa humana.

A razoabilidade estrutura e direciona a aplicação de outras normas, princípios e regras; dentre várias acepções possíveis acerca do assunto três se destacam. Primeiramente a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as peculiaridades do caso concreto. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência. E por fim, a razoabilidade é utilizada como diretriz que demanda a relação de equivalência entre duas grandezas. (ÁVILA, 2009, pp. 151-152)

De forma mais esmiuçada a primeira acepção pode ser denominada razoabilidade como equidade, no qual há necessidade de harmonização da norma geral com o caso individual. Assim, a razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas, exigindo determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios envolvidos no caso estudado; ou seja, a razoabilidade opera na exegese das regras gerais como decorrência do Princípio da Justiça (Preâmbulo Constitucional e art. 3º da Constituição Federal). Também há a razoabilidade como congruência, onde o postulado do razoável implica na harmonização das normas com suas condições externas de aplicação (recorrência a um suporte empírico existente); e, no tocante à terceira acepção tem-se razoabilidade como equivalência, no qual estabelece que tal regra, em sua aplicabilidade, forma – ou deveria formar – uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. (ÁVILA, 2009, pp. 152-160)

O postulado da proporcionalidade implica que o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais, subdividindo-se em três subpostulado, ou subprincípios. (ÁVILA, 2009, p. 159)

Evidencia-se que tal princípio cresce em importância no Direito pátrio, servindo, cada vez mais, como instrumento de controle dos atos do Poder Público. Com base neste enfoque passa-se a análise de sua subdivisão.

A adequação se concretiza na congruência entre meio-fim, ou seja, se a decisão normativa restritiva (meio) do direito fundamental possibilita a obtenção da finalidade desejada. Deve-se perquirir se a medida é apta, idônea, apropriada para atingir o resultado perseguido. "O juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental" (STEINMETZ, 2001, p. 149).

Outro subprincípio que serve de sustentáculo ao princípio da proporcionalidade é o da necessidade. "A idéia subjacente ao princípio é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o menos possível" (STUMM, 1995, p. 78). Seu pressuposto é que a medida restritiva seja realmente essencial para a manutenção do direito fundamental, e que não possa ser substituída por outra de igual significância, ou menos gravosa. "Pelo qual a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou seja, uma medida para ser admissível deve ser necessária; e esse subprincípio se confunde com o da escolha do meio mais suave" (ALMEIDA, 1996, p. 40).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, reporta-se a colisão de direitos que surge quando uma garantia de um direito acaba por afetar outro direito também protegido constitucionalmente, ocasionando a declaração da inconstitucionalidade da

lei, com fundamento no princípio em análise. Sobre este aspecto, "é a ponderação de bens propriamente dita, é o mandato de ponderação" (STEINMETZ, 2001, pp. 152-153).

No caso em tela não se trata de declaração de inconstitucionalidade entre um direito sobre o outro, mas sim em possibilidade de gozo de um em detrimento do outro. Conforme já comentado no decorrer do texto, tem-se que a dignidade é o fim maior da promoção dos direitos fundamentais e da personalidade, portanto, analisa-se razoável e proporcionalmente qual o direito que mais preservará a dignidade do indivíduo, chegando-se ao resultado de gozo e exercício, bem como de exigência de respeito perante terceiro.

Não é difícil concluir que na colisão entre liberdade de informação, imagem e privacidade, mais comum será a prevalência do direito à imagem e à privacidade do indivíduo, mesmo se isso significar restrição à liberdade de informação de outrem.

A partir disso, havendo abuso sobre o direito à imagem e à privacidade, deverá incidir responsabilização sobre o agente, independentemente se a esfera de atuação foi no ambiente comum ou no virtual, sendo este um limite constitucional ao direito de informar e de se expressar.

CONCLUSÃO

Diante de todo o que fora trazido no decorrer dessas páginas tem-se que não se pode mais considerar os direitos fundamentais de maneira absoluta, eis que o próprio significado da palavra exclui os demais direitos que também gozariam de tal característica, formando um bloco de garantias sem eficácia prática.

O direito de informar e de ser informado é profundamente relevante na seara social, todavia, os direitos à privacidade e à imagem também o são, o que gera um conflito na aplicação normativa, o qual deve ser resolvido por critério de elucidação de antinomias, como por exemplo, através dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, eis que se tratam de normas de igualdade hierárquica e garantidas no mesmo período.

A dignidade da pessoa humana, como valor fonte e vetor de todo o ordenamento jurídico, também opera sua influência, sendo que o entendimento de prevalência do direito à imagem e à privacidade decorrem de uma perspectiva do digno. Ora, não existe indignidade à pessoa que deixa de informar fato que não lhe diz respeito, ou que deixa de saber circunstância que não lhe agrega coisa alguma. Por outro lado, há indignidade àquele que tem sua imagem aviltada e sua privacidade exposta, devendo haver interferência Estatal para prevenir e reprimir atos como esses.

A internet tem sido muito utilizada nesse tipo de violação a direitos personalíssimos, eis que permite que as pessoas postem o que pensam sem a necessidade de identificação, o que dificulta no processo de responsabilidade. Diante disso é necessário que o Estado se atente para a promulgação de leis realmente eficazes e efetivas, sem fundamentação política (como o caso da Lei nº 12.737/2012), mas voltada à preocupação com as pessoas. A Lei 12.965/2014 possui profundidade e abrangência muito superiores à apresentada pela Lei editada no auge do problema que acometeu a atriz Carolina Dieckmann, mas mesmo assim precisa de aperfeiçoamento.

Portanto, não é mais possível a sustentação de um discurso pautado em uma liberdade indistinta, ilimitada e irresponsável. Existe limite no exercício dos direitos fundamentais, e – consequentemente – no exercício do direito de informar, e este limite reside no outro, na dignidade do outro, na sua imagem e na sua privacidade.

REFERÊNCIAS

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito a própria imagem**. 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Direitos da personalidade na Constituição Federal de 1988**: um exercício de aplicação quotidiana. Zulmar Fachin (Coordenador). 20 anos da Constituição cidadã. São Paulo: Método, 2008.

____. **O conteúdo do direito à própria imagem**: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2003, n.º 73.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Human Rights Council** – Seventeenth session. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed. ampl. e. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

____. **Igualdade e liberdade.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

____; MIRANDA, Jorge; AGRA, Válber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 2.126 de 2011. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>. Acesso em: 17 jun. 2013.

____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 595600. Quarta Turma. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Julgado em 18 mar. 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 19 jun. 2013.

____. ____. Recurso Especial n.º 85905. Terceira Turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Julgado em 19/11/1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 19 jun. 2013.

____. Supremo Tribunal Federal. Ação Ordinária 1390/ Paraíba. Relator: Ministro Dias Tóffoli. Julgado em 12/05/2011, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28viola%E7%E3o+a+privacidade+e+a+intimidade%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pway48w>. Acesso em: 19 jun. 2013.

____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Quarta Turma Cível. AGI n.º 20140020166695 DF 0016792-72.2014.8.07.0000. Relator: Desembargador Gislene Pinheiro. Julgado em: 24/09/2014. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/143759331/agravo-de-instrumento-agi-20140020166695-df-0016792-7220148070000>. Acesso em: 10 nov. 2015.

____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Nona Câmara Cível. Apelação Cível n.º 2009.001.47765. Apelante 1: Carla Cristina Pasche. Apelante 2: Google Brasil Internet Ltda. Apelado: os mesmos. Relator: Desembargador Marco Aurélio dos Santos Fróes. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI94636,11049-TJRJ+Google+e+condenado+por+comunidade+difamatoria+no+Orkut>. Acesso em: 19 jun. 2013.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARVALHO, José Raimundo de; SILVA, Bruno Miola da. O princípio da dignidade humana e o direito à inclusão social. SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Orgs). **Direitos humanos:** um olhar sob o viés da inclusão social. Birigui: Boreal, 2012.

CONVENTION ON CYBERCRIME. ETS 185. Budapeste, 23 nov. 2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 17 jun. 2013.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet.** São Paulo: Saraiva, 2000.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Direito à informação ou deveres de protecção informativa do Estado? In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação:** algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Traduzido: Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 44.

____. **Curso de direito civil brasileiro.** 22. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito à liberdade:** por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade. Curitiba: Juruá, 2009.

____. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar**, INFORMAR CIDADE, v. 6, n. 1, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional:** liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007.

____. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion.** 5. ed. Madri: Tecnos, 1995.

MARTINS NETO, João dos Passos. Direitos fundamentais: conceito, função e tipos. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, 2003.

MICHELMAN, Frank. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação:** algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Direitos fundamentais e justiça têm limites? Poligamia e a questão da publicização do privado.In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira Siqueira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. (Orgs). **Direitos humanos:** um olhar sob o viés da inclusão social. Birigui: Boreal, 2012.

REIS, Clayton. A dignidade do nascituro. CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade,GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Orgs.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana:** diálogo entre a ciência e o direito. Curitiba: Juruá, 2007.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível n.º 2009.001.41528. Relator: Desembargador Ernani Klausner, 24 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI94636,11049-TJRJ+Google+e+condenado+por+comunidade+difamatoria+no+Orkut>. Acesso em: 19 jun. 2013.

____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível n.º 2008.001.18270. Relator: Desembargador Benedicto Abicair, 16 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI94636,11049-TJRJ+Google+e+condenado+por+comunidade+difamatoria+no+Orkut>. Acesso em: 19 jun. 2013.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.** 7. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

____. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

____. **Comentário Contextual à Constituição.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Os direitos da personalidade e o ciberespaço: o ponto de conexão das esferas público e privada na contemporaneidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de. (Orgs.). **Acesso à justiça:** uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. Birigui: Boreal, 2012.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. 2. ed., rev., atual. e ampl.: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2005.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér Zenni. **A crise do direito liberal na pós-modernidade.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

RECEBIDO EM: 02/03/2016
APROVADO EM: 13/04/2016