



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAIMUNDO RIBEIRO REBOUÇAS NETO

**LIMITES À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE DOS AGENTES
POLÍTICOS ELEITOS EM PROL DO INTERESSE PÚBLICO**

Salvador

2017

RAIMUNDO RIBEIRO REBOUÇAS NETO

**LIMITES À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE DOS AGENTES
POLÍTICOS ELEITOS EM PROL DO INTERESSE PÚBLICO**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em
Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal
da Bahia, como requisito para obtenção de grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Doutora Roxana Cardoso
Brasileiro Borges.

Salvador

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

RAIMUNDO RIBEIRO REBOUÇAS NETO

LIMITES À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE DOS AGENTES POLÍTICOS ELEITOS EM PROL DO INTERESSE PÚBLICO

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

Aprovada em 06 de setembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Roxana Cardoso Brasileiro Borges
Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Examinador: Tércio Spínola Gomes
Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Examinador: Maurício Requião de Sant'ana
Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, é Ele o autor de meu destino, o meu guia. Dedico também aos meus pais, Edevaldo Almeida Rebouças e Ana Gracia Souza Rebouças, as minhas irmãs, Tereza Rebouças e Susana Rebouças e a minha namorada Káren Rosendo, por estarem comigo em todos os momentos importantes da minha vida.

Gostaria de agradecer:

À professora Roxana Cardoso Brasileiro Borges que me apoiou em todos os momentos na orientação desse trabalho, tornando possível a sua conclusão;

Aos amigos que construí nessa jornada em Salvador e puderam me proporcionar dias felizes e produtivos nos corredores da faculdade, especialmente: Victor Brasileiro, Sérgio Barros Júnior, Laís Rocha, Thereza Victória Almeida, Matheus Martins, Tiago Del Rey, Rafael Mota, Valmir Chaves, Antônio Fragoso, Juan Manuel, Vítor Costa, Tiago Ribeiro, Claudimar Lopez e Lucas Nery;

Aos meus primos Caio Vinicius Almeida e Luís de Souza Neto e aos meus amigos Luiz Fernando Ribeiro, Mauricio Couto, Matheus Silva, Jessé Barbosa e Adelson Junior, que sempre estiveram ao meu lado tornando meus dias mais felizes;

À minha terra, Marcionílio Souza, que sempre me deu orgulho e que agora posso orgulhá-la por esta formação.

REBOUÇAS NETO, Raimundo Ribeiro. **Limites à Privacidade e à Intimidade dos Agentes Políticos Eleitos em prol do Interesse Público**. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RESUMO

A presente monografia busca atribuir quais limites podem sofrer a intimidade e a privacidade quando em colisão com a liberdade de expressão e imprensa e direito à informação. Foi feita uma conceituação dos princípios em estudo, atribuindo diferenças e aproximações entre eles. Após, foi delimitado o objeto de investigação apenas aos agentes políticos, por se tratarem de sujeitos que sofrem constantes ofensas à privacidade pela imprensa. O conflito em questão, exigiu um estudo minucioso da teoria dos princípios e a colisão existente entre eles. Para tanto, foi feita uma diferenciação entre princípios e regras. Posteriormente foi atribuído os critérios determinantes na solução do conflito em estudo. A ponderação foi o método determinante para solucionar o problema. Seu uso decorre da verificação de casos concretos e atribui valores diferentes aos princípios a depender dos fatos analisados. Assim, para um melhor entendimento dos limites existentes nos princípios analisados, foi investigado dois casos concretos relacionados a atuação de agentes públicos.

PALAVRAS-CHAVE: PRIVACIDADE. INTERESSE PÚBLICO. AGENTE POLÍTICO. PONDERAÇÃO.

REBOUÇAS NETO, Raimundo Ribeiro. **Privacy and Intimacy Boundaries of Elected Political Agents for the Benefit of Public Interest.** Undergraduate Thesis – Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2017.

ABSTRACT

The present undergraduate thesis intends to assign the limitations that intimacy and privacy can tolerate when in comparison with the freedom of the press and the right of information. Was made a explanation of the principles in analysis, establishing the differences and similarities between them. Then, was restricted the object of investigation only to the political agents, once they are persons that used to suffer frequent privacy offenses by the media. The conflict in question demanded a meticulous study about the theory of principles and their conflicts. Thus, was made the distinction between principles and rules. Subsequently, the procedure to establish the solution of the conflict under discussion. The ponderation is the method used to solve the issue. Your employment comes from the verification of hard cases and the values given to the principles will depend on the facts scrutinized. Therefore, to have a best understanding about the boundaries of the principles in question, two legal cases involving political agents were examined.

KEYWORDS: PRIVACY. PUBLIC INTEREST. POLITICAL AGENTS. PONDERATION.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. O DIREITO À PRIVACIDADE E SUA PREVISÃO JURÍDICA	12
2.1 PRIVACIDADE X INTIMIDADE: DIFERENÇAS ENTRE OS PRINCÍPIOS E A NECESSIDADE DE ANÁLISE CONJUNTA	16
3. GARANTIA DO INTERESSE PÚBLICO: DIREITO À INFORMAÇÃO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E IMPRENSA	18
3.1 A INOVAÇÃO QUANTO A PERSPECTIVA DE INTERESSE PÚBLICO	19
3.2 DIREITO DE INFORMAR	20
3.2.1 A liberdade de imprensa como instrumento garantidor do direito de informar.....	21
3.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO SUBJETIVO DE EXPRESSAR OPINIÕES ..	23
4. AGENTES POLÍTICOS ELEITOS	25
4.1 NOTORIEDADE DA VÍTIMA COMO PARÂMETRO LEGITIMADOR DE OFENSAS À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE	27
5. CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS EM ANÁLISE: DIREITO À PRIVACIDADE E INTIMIDADE VS DIREITO À INFORMAÇÃO	30
5.1 AVALIAÇÃO DO ART. 200, §§1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	30
5.1.1 O art. 20 do Código Civil e sua ofensa à Constituição.....	32
5.2 BREVE ESTUDO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS.....	33
5.3 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NA COLISÃO DOS PRINCÍPIOS EM ANÁLISE	38
5.3.1 Métodos diversos de aplicação da técnica da ponderação.....	40
<i>5.3.1.1 Parâmetros constitucionais para a ponderação por Luís Roberto Barroso</i>	<i>41</i>
<i>5.3.1.2 Métodos de aferição da ponderação na colisão de princípios e cláusulas gerais sob a luz da responsabilidade civil proposta por Anderson Schreiber</i>	<i>44</i>
<i>5.3.1.3 Circunstâncias determinantes na ponderação através da análise de precedentes do STJ na colisão envolvendo o direito à honra e a liberdade de expressão</i>	<i>48</i>
<i>5.3.1.4 Parâmetros limitadores do direito à vida privada em primazia do interesse público por Pedro Frederico Caldas</i>	<i>50</i>
6. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS	53
6.1 APELAÇÃO CÍVEL 0409114-02-2014.8.19.0001 –TJ/RJ 16ª CÂMARA CÍVEL	54

6.2 O CASO TOP, TOP	57
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS	64

1. INTRODUÇÃO

A sociedade moderna pautada em avanços tecnológicos e sociais é também a sociedade da informação, da necessidade de obtenção e divulgação dos mais diversos fatos públicos e pessoais. Os instrumentos protetores da informação como corolário do recente processo de redemocratização dos países em desenvolvimento – como o Brasil – são a liberdade de imprensa, de expressão e o direito à informação. Esses direitos são garantias modernas previstas no ordenamento brasileiro na Constituição Federal. Tratam-se de direitos fundamentais que visam alguns dos objetivos balizares de qualquer sociedade moderna que conviveu com constantes momentos de censura prévia, a segurança da democracia através da informação.

A defesa dos direitos à informação e liberdade de expressão praticada pela imprensa e pela própria população, apesar do intuito de preservação da democracia, acaba por vezes atingindo outros direitos fundamentais de igual proteção, como à privacidade. Trata-se de direito de personalidade também previsto na Constituição Federal que visa a tutela ao cidadão dos seus desejos e atos mais íntimos. Surgiu como o direito de garantia de não intromissão na vida pessoal. Ganhou contornos diversos com a sociedade da informação, como direito ao controle de dados e informações pessoais.

Pautada no interesse do público, a imprensa atinge à privacidade sobre o pretexto de proteção da liberdade de informação e expressão. Essa preservação da informação foi por vezes limitada na sociedade brasileira em razão de censuras políticas. Por isso, hoje é bastante abrangente a proteção desses direitos. Contudo, esse privilégio não evita um dos conflitos entre princípios mais recorrentes na sociedade, onde ganham-se contornos definidores para sua solução os valores atribuídos caso a caso.

Os sujeitos que mais sofrem com essa intervenção são os que mais despertam a curiosidade da população, os chamados sujeitos notórios. Entre esses sujeitos destacam-se os famosos em geral, como músicos, esportistas, atores e políticos. Estes últimos, ao contrário dos outros, ganham notoriedade em razão das funções que exercem para o povo, pois suas decisões visam a proteção de toda à sociedade e, por isso, chamam a atenção desta para a cumprimento da obrigação dos seus deveres. Os políticos são os agentes públicos que exercem a função política através

de um mandato eletivo e temporário. É a categoria denominada de agentes políticos. São assim considerados pela doutrina majoritária todos os exercentes de cargos eletivos dos poderes executivo e legislativo e os seus respectivos ministros e secretários.

Este trabalho visa estudar a ofensa sofrida pela privacidade dos agentes políticos pela atuação da imprensa. Assim, foram analisados alguns métodos de solução deste conflito entre esses direitos fundamentais. Foi utilizada a ponderação como método central, já que se tratou de colisão envolvendo normas princípios pertencentes ao mesmo patamar de proteção no ordenamento brasileiro. Para tanto, foi feita uma análise minuciosa da teoria dos princípios, estabelecendo seu conceito e analisando critérios que o diferencia das normas regras. Após, atribuiu-se a definição e as características do método ponderativo, determinando as justificativas da necessidade deste método para solucionar o problema.

Foi investigada, nesta monografia, diversas doutrinas que atribuíram parâmetros próprios na ponderação envolvendo o conflito entre o direito à informação e o direito à privacidade. Após, foi feita pesquisa bibliográfica e documental para a análise de estudo de caso, onde foi examinado dois acontecimentos concretos relacionados à colisão em estudo, o primeiro relativo ao estudo de uma decisão judicial e o outro tendo por base uma vinculação na imprensa de um fato que ganhou destaque negativo na sociedade brasileira.

Para solucionar os eventos analisados, foram utilizados alguns dos parâmetros estudados na pesquisa. A delimitação destes ocorreu de acordo com as possibilidades fáticas de solução apresentadas. Por fim, após a atribuição de valores aos parâmetros considerados, foi feita uma análise hipotética de solução entre o conflito nos eventos explorados, com o intuito de melhor apresentar os métodos avaliados e melhor compreender o assunto abordado.

2. O DIREITO À PRIVACIDADE E SUA PREVISÃO JURÍDICA

A privacidade é um princípio que, assim como a honra e a imagem, é prevista no ordenamento brasileiro na Constituição Federal¹. Ela surgiu da necessidade de proteção da vida particular e hoje é difundida no ordenamento brasileiro e mundial. No ordenamento internacional, a primeira legislação moderna a tratar claramente sobre esse princípio foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948², por decorrência do momento histórico pós-guerra que exigia o respeito à dignidade humana e aos princípios decorrentes dela, entre eles, a privacidade.

Este princípio visa proteger dois direitos: de estar só e não se comunicar; e de não ser molestado por outrem, como também pela autoridade pública, exceto em determinadas ocasiões justificadas³. A privacidade, segundo Roxana Borges: “trata-se do direito de proteger a esfera privada da pessoa contra a intromissão, curiosidade e bisbilhotice alheia, além de evitar a divulgação das informações obtidas por meio da intromissão indevida”.⁴

Considera-se a privacidade como um dos direitos de personalidade. Esses direitos correspondem a uma categoria especial, visando a proteção da essência da vida. Eles são próprios do ser humano. Decorrem da personalidade humana, da condição de ser humano.⁵ Esta categoria de direitos abrange um núcleo de atributos inseparáveis do homem, a ser protegido não apenas em face do Estado, mas também contra o avanço incessante da exploração da sociedade.⁶ Há uma discussão referente à origem desses direitos. Os jusnaturalistas os entendem como direitos naturais, sendo uma ordem natural. Já os positivistas entendem os direitos de personalidade como direitos inseridos em um determinado momento histórico, sendo outorgados

¹ Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

² Art. 5º - Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar. BOGOTÁ. 9ª Conferência Internacional Americana. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948.

³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 216

⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 163.

⁵ Ibidem, p. 20-21.

⁶ SCHREIBER, Anderson. Direitos de Personalidade. 3ª Ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 5.

pelo Estado e derivados da lei enquanto norma posta⁷. O que se sabe é que a tutela jurídica dos direitos de personalidade existiu desde a antiguidade, na Grécia e Roma antiga. Já na Idade Média, houve um despertar para o conhecimento desses direitos com a ideia de fraternidade universal. Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, houve o impulsionamento da defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana.⁸

Apesar desse desenvolvimento no tratamento dos direitos de personalidade, eles ainda sofreram para serem considerados e levados à categoria científica válida, em decorrência de problemas como a dificuldade de implantar um pensamento de proteção individual na sociedade liberal da Idade Moderna, além da impossibilidade de listar quais princípios eram direitos de personalidade e até mesmo se existiria direitos ou apenas um direito geral da personalidade. Esses problemas ocasionaram o retardamento do desenvolvimento dos direitos de personalidade, fazendo-os passarem em branco em vários ordenamentos do século XX, inclusive o Código Civil de 1916. Entretanto, esses direitos deixaram de passar despercebidos e foram previstos, como visto, na Constituição Federal de 1988 e no atual Código Civil.⁹

O Código Civil de 2002 prevê a proteção da privacidade no art. 21¹⁰ e aos direitos de personalidade no art. 11¹¹. Ao fazer uma análise sobre esses artigos, percebe-se que o Código Civil deu um tratamento inadequado aos direitos de personalidade, pois os listou como princípios que não podem sofrer limitações voluntárias. No entanto, é admitido que os direitos de personalidade possam ter repercussão pecuniária, além da possibilidade de compensação econômica por sua lesão. Exemplo claro e popular dessa possibilidade é a existência do programa “Big Brother” em vários países, incluindo o Brasil, onde pessoas concorrem a um prêmio em dinheiro em troca de terem suas vidas estampadas para toda a sociedade.¹² Segundo Anderson Schreiber:

⁷ *Ibidem*, p. 22-23.

⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132-133.

⁹ SCHREIBER, Anderson. Direitos de Personalidade. Op., Cit., p. 5-10.

¹⁰ Art. 21 - A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

¹¹ Art. 11 – Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

¹² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op., Cit., p. 34.

A verdade é que o Código Civil brasileiro deu à privacidade um tratamento inadequado. Em primeiro lugar, dedicou um único artigo à matéria, cuja importância se renova a cada dia na sociedade contemporânea. Nesse dispositivo solitário, o legislador limitou-se, como se verá mais adiante, a um enunciado genérico, que não acrescenta rigorosamente nada ao que já se encontrava previsto na Constituição. Perdeu, assim, a oportunidade de oferecer parâmetros para a solução de diversos conflitos concretos ligados à tutela da privacidade.¹³

A proteção da privacidade no ordenamento jurídico teve como marco inicial o artigo *The Right to Privacy*¹⁴, publicado em 1890 na *Harvard Law Review* e escrito por Samuel Warren e Louis Brandeis.¹⁵ Esse artigo foi fundamental na formação das características da privacidade na época. Surgiu no momento em que a burguesia estava fortalecida e pautava-se no ideal de liberdade e propriedade. Era pensada de maneira a excluir da ingerência da sociedade a vida privada, sendo um viés negativo da privacidade, como um direito a não ser incomodado, direito de ser deixado só.¹⁶

Em relação as pessoas protegidas pela privacidade, nos seus primórdios, apenas aqueles favorecidos pela burguesia tinham sua garantia. Sua proteção era decorrência do modo de aplicação do direito da época, pautado no viés de proteção à propriedade e à liberdade, direitos de primeira geração. Havia poucos que realmente poderiam proteger esses direitos, sendo, a maioria da população, em sua grande massa a classe operária, retirada da proteção à privacidade.¹⁷

Com o avanço da tecnologia a privacidade ganhou novos contornos. Os meios de obtenção e divulgação de informações pessoais se difundiram. Com o surgimento da televisão e o recente e preocupante crescimento da internet tornou-se mais fácil a ofensa à privacidade e mais difícil o “direito de ser deixado só”. Assim, muda-se a perspectiva de pensamento de proteção à privacidade como garantia da solidão para a garantia do controle de circulação de informações e dados.¹⁸

¹³ SCHREIBER, Anderson. Direitos de Personalidade. Op., Cit., p.136.

¹⁴ O direito à privacidade (tradução nossa).

¹⁵ O artigo, escrito em coautoria pelos advogados Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, narrou um caso de violação da intimidade sofrida por Warren em sua vida amorosa por um jornal. Este era um famoso jurista casado com a filha de um senador que, supostamente, tinha uma amante. Sabendo deste fato, um jornal iniciou uma série de reportagens sobre o assunto. Cf. CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.55.

¹⁶ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 126-127.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. Direitos de Personalidade. Op., Cit., p. 137.

¹⁸ MAGALHÃES, Fabiano Pinto de. Privacidade, imagem-atributo e liberdade de expressão. Colisão e parâmetros de ponderação. Comentários ao acórdão no REsp 1.235.926. Civilistica.com. Rio de

É inevitável a obtenção de dados pessoais para garantia da vida moderna. As pessoas precisam divulgar informações pessoais para garantirem o acesso a certos direitos. Não é possível hoje, por exemplo, acessar a internet na tentativa de efetuar compras ou cadastrar-se em sites de entretenimento sem divulgar informações pessoais.¹⁹

Com o avanço da informática, surgiu a facilidade de monitoramento dos passos das pessoas através da coleta de dados virtuais. Essa mudança para a “Era da Informação” exige a constituição de novas perspectivas jurídicas como resposta às múltiplas questões que surgem. Pautada na liberdade de informação, a busca e uso de informações e conhecimentos via internet proporcionam danos à privacidade alheia. Com isso, existe a necessidade da mudança de paradigma de como a privacidade vinha sendo tratada até então.²⁰

Apesar da rápida e grande alteração da perspectiva em sociedade quanto à privacidade, alterando substancialmente as formas de ofensa e de controle, em relação à proteção jurídica, essa transformação deu-se de maneira mais lenta. Na verdade, os ordenamentos jurídicos não conseguiram acompanhar as mudanças significativas decorrentes dos avanços tecnológicos do final do século XX e, principalmente os avanços do século XXI. Segundo Stefano Rodotà:

É evidente, com efeito, a forte desproporção entre os extraordinários efeitos das novas tecnologias (“terceira onda”, nova revolução industrial, e assim por diante), a mudança de paradigma marcada pelo emergir da informação como recurso fundamental para a organização social do futuro, e a aspiração de não acompanhar uma transformação de tamanha importância com instituições jurídicas adequadas.²¹

Exemplo claro de retardamento jurídico no acompanhamento das constantes alterações dadas à privacidade, é o nosso Código Civil, que no já analisado art. 21, traz a proteção ao direito à privacidade, apenas reafirmando o que prevê a

Janeiro, a. 3, n. 1, jan-jun./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Magalh%C3%A3es-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>. Data de acesso: 17 jun. 2017, p. 9-12.

¹⁹ Para estudo da proteção da intimidade na era da informática, Cf. LIMBERGER. Têmis. O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais. 1ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²⁰ GUERRA, Sidney Cesar Silva. Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 85-88.

²¹ RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Org: Maria Celina Bodin de Moraes. Trad: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57.

Constituição Federal, sem, contudo, demonstrar meios de efetiva proteção deste princípio em decorrência dos avanços da sociedade moderna. Falhou ao não trazer, como visto, critérios relevantes para ponderação com outros interesses, instrumentos específicos na solução de conflitos e a classificação das variadas manifestações da privacidade.²²

2.1 Privacidade x Intimidade: diferenças entre os princípios e a necessidade de análise conjunta

A privacidade e a intimidade são direitos de personalidade que tratam sobre o mesmo assunto, a esfera íntima das pessoas, as informações pessoais de cada um. Contudo, boa parte da doutrina diferencia esses princípios, sendo que parte desta considera a intimidade parte da privacidade. Seria aquela o núcleo principal desta. Assim, o campo da intimidade seria mais restrito que o da privacidade.²³ Segundo Maria Helena Diniz:

A privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela. Por isso a tratamos de modo diverso, apesar de a privacidade voltar-se a aspectos externos da existência humana - como recolhimento na própria residência sem ser molestado, escolha do modo de viver hábitos, comunicação via epistolar ou telefônica etc. - e a intimidade dizer respeito a aspectos internos do viver da pessoa, como segredo pessoal, relacionamento amoroso, situação de pudor etc.²⁴

Há quem considere que o direito à vida privada é gênero aos quais pertencem o direito à intimidade e ao segredo. O direito ao segredo seria o direito a não divulgação de fatos da vida de alguém. Este, eventualmente, poderia ser flexibilizado, quando houvesse justa motivação, como é o caso das informações bancárias. Já a intimidade, contudo, jamais manteria relação com terceiros, por se tratarem de informações de interesse estritamente pessoal, como, por exemplo, a vida sexual do indivíduo.²⁵

A Constituição Federal de 1988 resolveu tutelar o conceito “vida privada” separado do conceito de intimidade. Assim, há quem entenda que a vida privada é uma esfera da intimidade e não o contrário, como visto acima.²⁶

²² SCHREIBER, Anderson. Direitos de Personalidade. Op., Cit., p. 144-145.

²³ LOTUFO Renan, apud BORGES, Op., Cit., p. 167

²⁴ DINIZ, Maria Helena. Op., Cit., p. 150.

²⁵ FERREIRA, Carlos Alberto Goulart, apud FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 11ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 260.

²⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão entre direitos – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 1ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 118..

A doutrina internacional tem outras variadas formas de classificação da privacidade e da intimidade. Segundo a doutrina alemã, existem três esferas do direito à intimidade: a esfera da vida privada, a mais ampla, abarcando toda e qualquer informação que o titular do direito quer restringir o acesso; a esfera condicional, referente as informações que o titular leva ao conhecimento de determinadas pessoas, escolhidas por ele, ficando excluído, portanto, o restante da sociedade e; a esfera do secreto, compreendendo assuntos que não devem chegar ao conhecimento de ninguém, devida a sua natureza extremamente reservada.²⁷ Assim, essa doutrina inova trazendo o gênero intimidade, aos quais pertencem à privacidade, as informações condicionais e a esfera do secreto (ou segredo).

Existem outras doutrinas que tratam da diferença entre esses princípios. Contudo, adotaremos o critério que define a intimidade como parte da privacidade relacionada ao aspecto mais íntimo do sujeito, meramente por fins didáticos, já que, para o estudo em questão, é necessário a análise de ambos os princípios, pois visam a proteção do mesmo instituto, a vida pessoal.

²⁷ Ibidem, p. 113-114.

3. GARANTIA DO INTERESSE PÚBLICO: DIREITO À INFORMAÇÃO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E IMPRENSA

São princípios garantidores do interesse público: o direito ou a liberdade de informação, a liberdade de expressão e a de imprensa. Apesar desses princípios apresentarem por um lado um caráter individual da liberdade de cada sujeito expressar suas ideias e pensamentos, eles atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, como corolário do regime democrático, tendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, como meios de comunicação social ou de massa.²⁸

São direitos subjetivos assegurados a todos os cidadãos como faculdade de manifestarem livremente ideias, pensamentos e opiniões, através da palavra, imagem ou qualquer outro meio de informação, assim como a garantia de receber informações, sem impedimentos ou discriminações.²⁹

Esses princípios estão previstos explicitamente na Constituição Federal como princípios fundamentais:

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:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

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 na fonte, quando necessário ao exercício profissional;³⁰

A liberdade de imprensa, contudo, é prevista de maneira autônoma no Art. 220 da Constituição Federal, vejamos:

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

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org). Leituras complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 116.

²⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. Op., Cit., p. 131.

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.³¹

O parágrafo primeiro do aludido artigo, segundo parte da doutrina, seria uma proibição a intervenção legislativa nas liberdades de imprensa, de informação e de expressão, só havendo limites para esses princípios quando em conflito com o rol especificado no final do mesmo parágrafo. Assim, caberia ao órgão judiciário o papel de solucionar os conflitos entre esses princípios e as exceções previstas. Entre elas, está o direito à privacidade.³² Essa previsão constitucional é fundamental para a legitimação do uso da ponderação nestes conflitos, como se verá posteriormente.

Apesar da função de aproximar os sujeitos e estabelecer um canal de comunicação entre eles, a liberdade de informação pode produzir malefícios às pessoas por expor suas vidas íntimas. A informação na sociedade contemporânea chega a ter contornos tão significantes que há quem a considere a arma dos tempos modernos, sob o argumento de que quem detém a informação tem o poder.³³

3.1 A inovação quanto a perspectiva de interesse público

Por serem princípios de aplicação coletiva e de garantia da ordem democrática, pode-se deduzir que a liberdade de informação, expressão e imprensa visam o interesse público. De fato, esses direitos possuem grande importância na sociedade, levando informações para as pessoas em geral, estabelecendo um serviço que consolida a democracia.³⁴

A ideia de interesse público é muitas vezes utilizada como forma de cercear o direito à informação, como meio de censura estatal sobre a justificativa de falta de interesse público na divulgação de informações. Este limita a liberdade de expressar informações com a justificativa de falta de interesse público. Contudo, o interesse público aqui analisado é intrínseco à vontade de manifestar opiniões e pensamentos, ou seja, a falta de interesse público deve se basear no conteúdo de determinada informação, fazendo juízo de valor separadamente sobre cada informação que queira

³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³² Ibidem, p. 21-22.

³³ GUERRA, Sidney Cesar Silva. *Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais*. Op., Cit., p. 75-76.

³⁴ Ibidem, p. 81.

se divulgar³⁵. Assim, chega-se à conclusão da presunção de interesse público na veiculação de informações, sendo este afastado caso a caso. Busca-se evitar com isso, dois vícios que podem decorrer da ideia de interesse público, que é a alegação genérica de falta de interesse público, analisado acima, e a presunção absoluta de interesse público, já que este pode ser excluído na análise concreta com o intuito de proteção de outros interesses, como, por exemplo, a privacidade dos sujeitos envolvidos na divulgação da informação.

O interesse público é tão essencial na análise da existência do direito de informar que é utilizado como parâmetro balizador na existência de conflito entre princípios, ou seja, na ausência de interesse público, não há o que se falar em colisão, devendo o direito à informação ser afastado.³⁶

É preciso diferenciar o interesse público para o interesse do público. O primeiro, como visto acima, é parâmetro definidor da existência da possibilidade do direito à informação. Já o interesse do público diz respeito apenas aquele fato que interessa as pessoas, não necessariamente sendo essencial a sua divulgação, como por exemplo, a vida pessoal de um ator global ou de esportista famoso.³⁷ Assim, o foco na colisão envolvendo a liberdade de informar diz respeito ao interesse público, podendo existir ou não o interesse do público.

3.2 Direito de informar

Com o avanço dos meios de comunicação em massa a informação passou a desempenhar um papel de destaque na sociedade. Houve uma alteração substancial no seu alcance, abrangendo, atualmente, toda a sociedade. A informação tem o intuito de comunicar as pessoas sobre os mais diversos fatos noticiáveis.³⁸

A liberdade de informação é considerada um direito fundamental. Essa liberdade, entretanto, não é consagrada apenas com a atuação estatal de garantir a livre informação, mas também através de um dever de abstenção na divulgação de

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op., Cit., p. 122.

³⁶ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 111.

³⁷ INSTITUTO GUTENBERG, apud, GUERRA, Sidney Cesar Silva. A liberdade de imprensa e o direito à imagem. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 114.

³⁸ GUERRA, Sidney Cesar Silva. Hermenêutica, Ponderação e Colisão de Direitos Fundamentais, Op., Cit., p. 46.

fatos noticiáveis.³⁹ Nela está compreendida a divulgação de fatos, dados, qualidades, e tem por características determinantes à veracidade e imparcialidade da informação.

3.2.1 A liberdade de imprensa como instrumento garantidor do direito de informar

A liberdade de imprensa atua como meio garantidor do direito à informação. É instrumento necessário para a informação chegar aos seus destinatários. Essa atividade de imprensa engloba divulgação de informações das mais diversas espécies, como informações políticas, econômicas e sociais. Assim, tudo que desperta interesse do grande público acaba sendo alvo da imprensa. Essa, na maioria das vezes, acaba por atingir pessoas notórias, como políticos. Entretanto, não estão excluídos da interferência da mídia pessoas desconhecidas, já que havendo interesse do público na informação, pouco interessa quem seja os sujeitos envolvidos.⁴⁰

A imprensa possui dentro da sociedade importância na difusão de informações para as pessoas em geral, estabelecendo um serviço relevante para a consolidação da democracia⁴¹. Entretanto, apesar desta função de noticiar assuntos de interesse e relevância para a sociedade, é comum a imprensa divulgar matérias sensacionalistas com o mero intuito de obter vantagens econômicas. Infelizmente, essa é uma realidade extremamente comum, onde os veículos de difusão de informações divulgam algumas notícias que não visam o direito de informar, pois faltam alguns requisitos essenciais à garantia da informação: a veracidade e a imparcialidade.

A imprensa é de suma importância para a garantia da democracia. Entretanto, é essencial que exista uma imprensa tecnicamente qualificada, criteriosa e consciente de sua atuação. Ocorre que, inexistindo esses cuidados, ela acaba por ofender diversos direitos, como a privacidade e intimidade dos indivíduos alvos da informação divulgada.⁴²

Assim, é preciso uma organização quanto à atuação livre da imprensa e a garantia dos meios eficazes de evitar e remediar os danos causados por ela. Segundo Sidney Guerra:

³⁹ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Op., Cit., p. 81-82.

⁴⁰ CALDAS, Pedro Federico. Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 67.

⁴¹ GUERRA, Sidney Cesar Silva. Hermenêutica, Ponderação e Colisão de Direitos Fundamentais, Op., Cit., p. 81.

⁴² GUERRA, Sidney Cesar Silva. A liberdade de imprensa e o direito à imagem. Op., Cit., p. 115-116.

A imprensa deve ser livre para publicar a notícia e os cidadãos devem ser igualmente livres para contestar as informações falsas e incorretas; exigir a reparação do dano e cobrar um comportamento mais ético por parte dos profissionais da imprensa.⁴³

A liberdade de imprensa não pode ser limitada, já que a Constituição Federal protege os meios de comunicação da censura. Assim, há quem entenda que seria impossível falar em colisão envolvendo-a, já que ela prevaleceria em qualquer circunstância.⁴⁴ Porém, a própria Carta Magna elenca exceções. O art. 200, §1º é clara limitação a ação de imprensa quando relacionada aos direitos nele mencionados. Assim, quando alguém acionar as vias judiciais para reparar o dano por uma notícia mentirosa, poderá ingressar nas vias civis com base neste artigo.⁴⁵ Portanto, deve prevalecer o entendimento da possibilidade de atuação do Poder Judiciário para solucionar conflitos envolvendo a liberdade de imprensa e os princípios previstos como limitadores de sua atuação, entre os quais, à privacidade.⁴⁶

Na análise dos conflitos envolvendo os direitos à privacidade e à intimidade e o direito à informação, é necessário diferenciar o direito à obtenção de informações do direito à divulgação de informações, havendo uma prevalência, neste estudo, ao segundo caso, sem, contudo, afastar a possibilidade de existência de colisão entre a necessidade de obtenção de informações e a privacidade de alguém, sobretudo quando o sujeito busca uma informação ainda não revelada e de interesse estritamente pessoal.

A proteção constitucional do direito à informação abrange tanto os atos de comunicar quanto os de receber informações, as quais devem ser corretas. Disso resulta a necessidade de proteger tanto o emissor quanto o receptor do processo de comunicação.⁴⁷

Neste estudo, o foco na colisão envolvendo a divulgação de informações decorre da existência de um número maior de ofensa à privacidade quando há a divulgação de fatos pelos veículos de imprensa. Apesar de possível, não é comum ocorrer ações

⁴³ Ibidem, p. 120.

⁴⁴ Nesse sentido, Cf. AGUIAR, Jean Menezes de. "Considerações sobre a censura à imprensa no Brasil após a Constituição de 1988". Mestre: cadernos acadêmicos do mestrado em direito. Barra Mansa: UBM, v.I, n. 3:1998, p. 27-35.

⁴⁵ GUERRA, Sidney Cesar Silva. Hermenêutica, Ponderação e Colisão de Direitos Fundamentais, Op., Cit., p. 78.

⁴⁶ GUERRA, Sidney Cesar Silva. A liberdade de imprensa e o direito à imagem. Op., Cit., p. 121-122.

⁴⁷ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. Op., Cit., p. 109-110.

judiciais que visem evitar a busca concreta de informações por um indivíduo em prol da intimidade do ofendido.

3.3 Liberdade de expressão enquanto direito subjetivo de expressar opiniões

A liberdade de expressão pode confundir-se com o direito à informação. Ambas são materializadas por meio da liberdade de imprensa e visam o mesmo objetivo: a garantia da divulgação de fatos como meio necessário à democracia. Por decorrência disso, há a prevalência nos tribunais,⁴⁸ em casos de impugnações com outros direitos, pela liberdade de expressão e informação, já que estas são garantias da formação pública pluralista, instrumento essencial para o funcionamento dos regimes democráticos.⁴⁹

Cabe esclarecer a diferença basilar entre os dois direitos. A liberdade de expressão é a garantia de emitir opiniões, ideias e pensamentos em juízos de valores subjetivos. Já a liberdade de informação é, como visto, a difusão de fatos que podem ser considerados noticiáveis. Assim, pode se afirmar que a liberdade de expressão não tem como limite interno a necessidade de veracidade. Contudo, não pode ser ela excluída de qualquer ingerência, pois deve se limitar a opiniões que não contenham conteúdo injurioso ou de desnecessária divulgação. Ela, portanto, é mais ampla e não precisa se apoiar em fontes, sendo livre a qualquer sujeito sua expressão.⁵⁰

É comum concluir da análise sobre a liberdade de expressão que esta, ao contrário da liberdade de informação, não precisa veicular informações verdadeiras. Acontece que, quando há a necessidade de veracidade no direito à informação, apenas existe a necessidade de comprovação da probabilidade dessa veracidade, já que este direito deve ser empregado nos meios jornalísticos em geral e, portanto, devem ter o mínimo de formalização. Já a liberdade de expressão, que pode ocorrer desde a comentários pessoais em uma rede social até em locuções em carros de som para públicos presentes em manifestações, visa a garantia do direito de expressar opiniões pessoais, que não necessitam de comprovação de fonte, apenas do desejo de manifestação de pontos de vista por qualquer sujeito. Em todo caso, informações injuriosas devem ser afastadas. Assim, o visível interesse do locutor de manifestar

⁴⁸ Consagrada inicialmente pela Suprema Corte Americana, esse entendimento tem prevalecido na jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol e do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Op., Cit., p.117.

⁴⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. Op., Cit., p. 134.

⁵⁰ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. Op., Cit., p. 105-106.

informações inverídicas, com o mero intuito de atingir o sujeito alvo, não é garantia da liberdade de expressão e deve ser de todo modo evitado.

A necessidade de veracidade pelo direito à informação é a obrigação do interlocutor de se basear em informações que chegaram ao seu conhecimento como se verdadeiras fossem, através de meios idôneos, ou seja, a notícia veiculada deve existir e não ser inventada pelo próprio sujeito. Contudo, ao garantir isso, afasta a necessidade da verdade absoluta na divulgação da informação. Não é preciso que se tenha total certeza da veracidade da informação para ela ser divulgada. Apenas é necessário a existência da informação, em meios que tenham credibilidade suficiente para garantia da sua veracidade. Assim, o que se garante é a verdade subjetiva. O que se exige é um dever de diligência ou apreço pela verdade. Não é preciso, contudo, ter total e absoluta certeza do ocorrido.⁵¹

Apesar da distinção clara entre os institutos, há quem entenda não ser possível diferenciar a liberdade de expressão do direito à informação, já que a comunicação de fatos nunca é uma atividade completamente neutra.⁵² Por isso, há ordenamentos que as tratam de forma conjunta.⁵³ Contudo, preferimos o entendimento de existência de diferenças entre ambas, já que elas podem ter requisitos de garantia e possíveis limitações diversas, inclusive quando em conflito com outros direitos constitucionais.

Neste estudo, o enfoque central será com base no direito à informação, visto que, ao tratar de casos concretos, analisaremos ofensas à privacidade por meio da imprensa e, apesar dessa ser instrumento para a liberdade de expressão, o grande material veiculado pela imprensa é baseado no direito à informação. Analisaremos, assim, casos de veiculação pela mídia de fatos que têm ou deveriam ter um mínimo de veracidade e imparcialidade.

⁵¹ FARIAS, Edilson Pereira de. Op., Cit., p. 132; BARROSO, Luís Roberto. Op., Cit., p. 120.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Op., Cit., p.115.

⁵³ O convênio Europeu de Direitos Humanos (Art. 10.1) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Art. 19).

4. AGENTES POLÍTICOS ELEITOS

Ao analisar conflitos entre liberdade de expressão e informação e os direitos à privacidade e à intimidade é necessário a delimitação dos sujeitos envolvidos nessa colisão. Em tese, as pessoas notórias são os indivíduos mais relacionados a esse conflito. Esses sujeitos são os que mais sofrem interferências na vida pessoal pelos meios de divulgação de informações, alguns por serem pessoas responsáveis por atos e fatos importantes para a vida em sociedade, como os agentes políticos, e outros pela fama decorrente das suas carreiras, como os artistas em geral.

A notoriedade da vítima é tão essencial na análise do conflito entre o direito à informação e à privacidade que há a sua utilização em grande escala nas técnicas de solução utilizadas para este confronto. Exemplo disso é o Conselho da Justiça Federal, que na IV Jornada de Direito Civil, aprovou o Enunciado 279, concretizando alguns critérios na ponderação entre o direito à imagem e a liberdade de imprensa.⁵⁴ Entre esses critérios, a notoriedade da vítima está presente. Vejamos:

Art. 20 A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a **notoriedade do retratado** (grifo nosso) e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se de medidas que não restrinjam a divulgação de informações.⁵⁵

Assim, a notoriedade do retratado seria um critério que a priori já beneficiária a ofensa à imagem em garantia ao direito de informação.

Entre as pessoas notórias vítimas comuns da invasão da privacidade pela imprensa estão os agentes políticos eleitos. Eles fazem parte do rol referente aos agentes públicos, pois desempenham típica função pública. Os agentes públicos são o conjunto de pessoas que a qualquer título exercem uma função pública como prepostos do Estado, através de um vínculo que pode ser remunerado ou gratuito,

⁵⁴ MENDONÇA, Bruna Lima de. Direito à imagem x liberdade de expressão: comentários ao Recurso Especial n. 1.200.482/RJ. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Mendon%C3%A7a-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>. Data de acesso: 07 jul. 17, p. 13.

⁵⁵ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. Enunciado 279.

definitivo ou transitório, político ou jurídico.⁵⁶ Esse conceito, inclusive, está previsto na Lei nº 8.429 de 1992, que trata sobre a improbidade administrativa. Vejamos:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.⁵⁷

Existem duas doutrinas basilares na conceituação dos agentes políticos, uma mais abrangente e outra mais restritiva.

Os agentes políticos, segundo Hely Lopes Meirelles, são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, sendo autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação. Ele inclui, assim, no rol de agentes políticos, os chefes do executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município), os membros do legislativo (Deputados Federais e Estaduais, Senadores e Vereadores) e, acrescenta ainda, os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, os membros dos Tribunais de Contas e os representantes diplomáticos, sem excluir as demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais. O autor adota critério abrangente de agentes políticos pautado no que garante ser a previsão constitucional. Segundo ele, a Constituição Federal consagra esse entendimento ao prever no art. 37, XI⁵⁸, um rol meramente exemplificativo ao considerar também agentes políticos outros não previstos naquele rol.⁵⁹

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, entende como agentes políticos os titulares dos cargos estruturais à organização política no país. Esses sujeitos têm vínculo com o Estado de natureza política. O que os qualifica para o exercício de suas funções é a qualidade de cidadãos. Assim, seriam agentes políticos, segundo o autor, apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, seus

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 593.

⁵⁷ BRASIL. Lei 8.429 de 2 de junho de 1992.

⁵⁸ Art. 37, XI - A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos (...). BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 78-81.

auxiliares imediatos, isto é, Ministros e Secretários e, por fim, os Senadores, Deputados e Vereadores.⁶⁰

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, a ideia de agente político liga-se à de governo e à de função política. Essas funções políticas ficam a cargo dos órgãos governamentais e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e, em parte, do Legislativo. A participação do Judiciário em funções políticas, segundo a autora, é praticamente inexistente, pois sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande ligação na atuação política do Governo. Assim, a autora segue o entendimento de Bandeira de Mello, no sentido de que apenas são agentes políticos aqueles que exercem mandatos em atividades típicas de governo, para os quais são eleitos, ou seja, os chefes do Executivo e Legislativo e seus Ministros e Secretários nomeados.⁶¹

Não cabe neste estudo, analisar qual doutrina é a mais eficiente. Contudo, no intuito de facilitar e delimitar os sujeitos envolvidos no conflito em análise, os agentes políticos eleitos serão o enfoque central. Assim, haverá a prevalência da teoria imposta por Bandeira de Mello, apenas por fins didáticos. Isso não significa que haverá limitação dos casos concretos analisados aos agentes políticos segundo a teoria mais restrita. Será visto, por exemplo, um caso famoso de ofensa à privacidade sofrida por assessor de um agente político, que a depender da teoria adotada, não é considerado agente político. Neste estudo, isso não será tão relevante, já que se trata de caso de atuação política exercida pelo ofendido e a violação de sua privacidade sobre a justificativa do seu cargo e sua função pública.

4.1 Notoriedade da vítima como parâmetro legitimador de ofensas à privacidade e à intimidade

Na análise dos critérios utilizados pelas mais variadas técnicas de ponderação para conflitos entre as liberdades de expressão e de informação e, do outro lado, os direitos à privacidade e à intimidade, é comum o uso da notoriedade da vítima como aspecto relevante na solução da colisão. Normalmente, entre as matérias jornalísticas que aguçam o interesse e a curiosidade da massa, ganham destaque as que envolvem pessoas que, pelos mais variados motivos, ganham notoriedade ou fama.

⁶⁰ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 251-252.

⁶¹ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 597-598.

Nesta relação encaixam-se, por exemplo, os líderes políticos, econômicos, sociais, os grandes artistas e desportistas.⁶² Essas pessoas perdem grande parte de sua privacidade, como se os limites de sua vida reservada voltassem para fronteiras mínimas em comparação com as vidas das outras pessoas. Seus estilos de vida, preferências, relacionamentos íntimos, são constantemente afastados sem oportunidade de defesa.⁶³

A ofensa à privacidade dos agentes políticos eleitos ocorre de maneira mais incisiva do que em comparação às pessoas comuns, não pelo simples fato da sua notoriedade na sociedade, mas em relação ao exercício de sua função. Assim, por mais notório que seja um político, sua vida familiar, seus hábitos íntimos, seu cotidiano dentro de casa, não podem ser divulgados. O que pode ser divulgado é parte da sua vida referente à atuação pública, como suas atividades políticas.⁶⁴

No mesmo julgamento, analisando o papel da imprensa de noticiar fatos de interesse da sociedade, entende Sidney Guerra que:

As pessoas públicas têm amplos direitos de alegar violação de sua intimidade, desde que o fato objeto do escândalo não tenha relação com o exercício da função que lhes foi atribuída. Mas, no exercício da função pública os gestores do dinheiro público não têm intimidade a preservar, salvo a de ordem estritamente pessoal, já que o interesse público tem prevalência sobre o particular.⁶⁵

Assim, o uso da notoriedade da vítima como parâmetro de garantia da liberdade de imprensa não pode ser absoluto. Como visto, em relação ao caso dos agentes políticos, ainda que se garanta a legitimidade desse critério, ele deve ter limites.

A fama é usada como meio eficaz de garantia da liberdade de imprensa. O simples fato da notoriedade da pessoa noticiada, por si só, já pode ser considerado por alguns como um dos critérios determinantes na legitimação da intromissão em suas vidas privadas. Contudo, críticas devem ser tecidas quanto ao uso desse parâmetro.

De início, é preciso afastar a qualificação de pessoas públicas. As pessoas são privadas por definição. O uso do termo é indevidamente utilizado com o propósito de

⁶² CALDAS, Pedro Federico. Op., Cit., p. 67.

⁶³ Ibidem, p. 104

⁶⁴ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Op., Cit., p.56.

⁶⁵ GUERRA, Sidney Cesar Silva. Hermenêutica, Ponderação e Colisão de Direitos Fundamentais, Op., Cit., p. 84.

legitimar uso de imagens de pessoas conhecidas. A rotulação desses sujeitos como pessoas públicas vem acompanhada com a sugestão de que estes teriam suas imagens e privacidade menos protegidas.⁶⁶

Na verdade, o fato de serem esses sujeitos intensivamente ofendidos pela imprensa em suas vidas privadas deveria garantir-lhes uma proteção mais ampla a esses direitos. O fato de viverem sobre constante pressão da mídia deve ser utilizado não como pressuposto para violação de suas intimidades, mas como meio de verificar a necessidade de proteção mais incisiva. Famosa ou não, qualquer pessoa pode exigir a proteção dos seus desejos e atos mais íntimos⁶⁷. Essa exigência só deve afastada desde que presentes outros motivos ensejadores da violação. No caso dos agentes políticos eleitos, o motivo que garante essa violação é o fato noticiado ter relação com as suas funções públicas.

⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. Direitos de Personalidade. Op., Cit., p. 114.

⁶⁷ Ibidem, loc. Cit.

5. CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS EM ANÁLISE: DIREITO À PRIVACIDADE E INTIMIDADE VS DIREITO À INFORMAÇÃO

Ao se garantir o direito de liberdade de expressão e divulgação de informações pelos meios de imprensa, busca-se legitimar em uma sociedade de direito a democracia. No Brasil, a necessidade de garantia desses princípios é bastante presente, já que o país viveu em diversas épocas limitações a esses direitos. Segundo Barroso:

Como se sabe, a história da liberdade de expressão e de informação, no Brasil, é uma história acidentada. Convive com golpes, contra-golpes, sucessivas quebras de legalidade e pelo menos duas ditaduras de longa duração: a do Estado Novo, entre 1937 e 1945, e o Regime Militar, de 1964 e 1985. Desde o Império, a repressão à manifestação do pensamento elegeram alvos diretos, da religião às artes. As razões invocadas eram sempre de Estado: segurança nacional, ordem pública, bons costumes. Os motivos reais, como regra apenas espelhavam um sentido autoritário e intolerante do poder.⁶⁸

Durante a Ditadura Militar, tempo em que a sociedade brasileira sonhou com a garantia da liberdade de expressão e informação, todos os meios de divulgação de informações passavam pelo crivo do Estado. Qualquer forma de expressão que ofendesse os objetivos estatais sofria duras penas. Jornalistas perdiam seus direitos políticos e qualquer forma de combate a essa determinação estatal era passível de sanções cruéis, como a tortura. Esse quadro se intensificou, inclusive, com o Ato Institucional nº 5, que foi a forma encontrada de centralizar ainda mais o poder nas mãos do executivo e garantir a censura.

Ao fim da ditadura e posterior redemocratização do país, surgiu a necessidade de assegurar esses direitos. Com a Constituição Federal de 1988 houve o retorno da proteção à essas liberdades de maneira intensa. O Art. 220, §1º, inclusive, proíbe qualquer tipo de censura à atividade de imprensa, salvo as exceções nele previstas.

5.1 Avaliação do art. 200, §§1º e 2º da Constituição Federal

A Constituição Federal ao tratar sobre a censura no art. 220, §§1º e 2º quis garantir a constitucionalização da matéria, fazendo com que fosse impossível a discussão quanto a sua possibilidade de aplicação no âmbito infraconstitucional.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op., Cit., p. 132.

Contudo, essa previsão constitucional serviu, paradoxalmente, para maiores discussões, decorrentes da desorganização social atual.⁶⁹

Há quem entenda que a Constituição Federal quis, ao tratar sobre o assunto, afastar qualquer possibilidade de censura à liberdade de informação e imprensa, deixando quaisquer reclamações para análise a posteriori do Poder Judiciário, fixando, se devida, as indenizações decorrentes das violações.⁷⁰ Assim, seria o Poder Judiciário, proibido de impedir a circulação profissional de informações e de criar critérios a priori capazes de limitar esses direitos. Por consequência, nesse ponto de vista, nenhum dos poderes da União podem censurar previamente a circulação da notícia.⁷¹

Do outro lado, há doutrinadores que consideram a previsão constitucional insculpida no §1º do art. 220 clara limitação a ação da imprensa quando relacionada com os direitos elencados nela, inclusive o inciso X do art. 5º. Assim, haveria a segurança do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem quando a imprensa, com o intuito de informar, ofender esses princípios⁷². Entretanto, apesar da garantia da privacidade, o meio proposto por esses doutrinadores para solução da ofensa é o mesmo proposto por aqueles que não acreditam na possibilidade de limitação constitucional, a reparação do dano por meio de indenizações propostas no Judiciário. A grande diferença entre os pensamentos é a facilidade de compreensão por alguns, da existência de mitigação da imprensa quando em colisão com os princípios aqui analisados. Segundo Cláudio de Cicco⁷³, é preciso superar o preconceito antigo de que toda limitação à liberdade é um mal. Não se pode, segundo o autor, falar em proteção aos direitos da personalidade sem admitir uma limitação considerável à liberdade de informação. Assim, havendo conflito entre a imprensa e a intimidade, critérios de ponderação deverão ser utilizados.

⁶⁹ AGUIAR, Jean Menezes. Considerações sobre a censura à imprensa no Brasil após a Constituição de 1988. Mestre; Cadernos Acadêmicos do Mestrado em Direito, Barra Mansa, v.1, n.3, p. 27-36, ago. 1998, p. 30.

⁷⁰ Neste sentido, Cf. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística. 1ª Ed. São Paulo: FTD, 1997, p. 85.

⁷¹ Ibidem, p.32-35.

⁷² GUERRA, Sidney Cesar Silva. Hermenêutica, Ponderação e Colisão de Direitos Fundamentais, Op., Cit., p. 78-79.

⁷³ CICCIO, Cláudio de *apud* GUERRA, Sidney Cesar Silva. Hermenêutica, Ponderação e Colisão de Direitos Fundamentais, Op., Cit., p. 89.

Pedro Caldas, no mesmo sentido, entende a possibilidade de atuação judicial posterior como meio para reparar a agressão praticada pela imprensa, sem configurar a censura proibida pela Constituição. Esta vedaria, segundo o autor, a censura prévia e não a limitação posterior pelo Judiciário. Esse entendimento é suficiente para garantir a imprensa o direito à resistência ao controle cautelar de sua ação, visto que o texto constitucional esconjura a censura prévia.⁷⁴

Pode se extrair que a Constituição Federal, no art. 220, §§1º e 2º, quis garantir a impossibilidade de censura à liberdade de imprensa. Esse princípio deve ser considerado como um direito fundamental, embora se encontre em regra apartada do comando do art. 5º. Por este motivo, não é considerado absoluto, já que em colisão com outros direitos fundamentais, poderá ser afastado. O Poder Judiciário, portanto, não exercerá censura a priori, mas deverá limitar a atuação da imprensa por meio de decisões a posteriori, desde que existente ofensa à privacidade e intimidade dos sujeitos envolvidos⁷⁵. Essa limitação é garantida pela própria Constituição e, por isso, não cabe interpretação em favor do caráter absoluto da liberdade de expressão e informação.

Outra análise que deve ser feita do art. 220, §1º, é a que este dispositivo limita apenas aos Tribunais, e seus respectivos juízes, o dever de solucionar os conflitos existentes entre os princípios nela previstos. Assim, esses princípios quando colidentes entre si, não se sujeitarão, em nenhuma hipótese, à reserva da lei.⁷⁶

5.1.1 O art. 20 do Código Civil e sua ofensa à Constituição

O art. 20 do Código Civil⁷⁷ buscou prescrever uma fórmula capaz de solucionar os conflitos entre os direitos de personalidade e a liberdade de expressão e informação. Esse artigo visa garantir a proibição de divulgação de informações que ofendam os direitos de personalidade. A exceção ficaria a parte dos fatos necessários à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.⁷⁸

⁷⁴ CALDAS, Pedro Federico. Op., Cit., p. 109.

⁷⁵ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Op., Cit., passim.

⁷⁶ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. Op., Cit., p. 116.

⁷⁷ Art. 20 – Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública a divulgação de escritos a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. BRASIL. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op., Cit., p. 129-130.

O que pode se observar, fazendo uma interpretação literária do art. 20, é que ele traz uma clara afronta ao art. 220§2º da Constituição Federal, ao permitir a censura prévia. Segundo Luís Gustavo Grandinetti:

Com efeito, pretender que a liberdade de informação somente prepondere sobre a honra, a boa fama e a respeitabilidade das pessoas quando for necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública é adotar uma opção axiologicamente não indicada pela Constituição. Em muitos casos, para que a liberdade de informação seja exercida amplamente como quer a Carta Magna, torna-se imperioso violar a respeitabilidade, a honra e a boa fama de algumas pessoas, em nome do interesse público da notícia ou simplesmente em respeito ao direito de informação da sociedade.⁷⁹

Ele propõe, então, interpretar o artigo 20 do Código Civil de modo conforme à Constituição, pois de outro modo não haveria como salvar o dispositivo de séria inconstitucionalidade.⁸⁰

Luís Roberto Barroso, entende que a interpretação conforme à Constituição possível de se extrair deste art. 20 do Código Civil é a de que o dispositivo veio tornar possível o mecanismo da proibição prévia de divulgações que constitui, no entanto, providência inteiramente excepcional.⁸¹ Assim, para quem defende a possibilidade de interpretação do art. 20 de acordo com a Constituição Federal possível, haverá casos excepcionais de eventual censura prévia. Isso seria uma perspectiva diferente da analisada acima ao tratar da interpretação do art. 220 da Constituição Federal.

5.2 Breve estudo da teoria dos princípios

Os princípios são normas de caráter abstrato que visam assegurar direitos e objetivos quando aplicados concretamente. Eles são normas gerais que criam balizas para a produção de normas-regras. Os princípios podem ser previstos explicita ou implicitamente no ordenamento jurídico e são a base para a consolidação dessa estrutura. Segundo Humberto Ávila⁸² os princípios são deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.

⁷⁹ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Op., Cit., p. 64-65.

⁸⁰ Ibidem, loc. Cit.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Op., Cit., p. 131.

⁸² ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 29

No mesmo sentido, entende Robert Alexy⁸³ ser os princípios mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e definidos conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, sendo esta determinada pelos princípios e regras colidentes. Visam a realização de algo na maior medida possível dentro dessas possibilidades jurídicas e fáticas.

A análise da diferença entre princípios e regras é extremamente importante para facilitar a compreensão relacionada aos conflitos de princípios. Segundo Robert Alexy:

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidas. A distinção entre regra e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.⁸⁴

O autor prossegue afirmando existir diversos critérios distintivos entre princípios e regras. O critério utilizado com mais frequência é o da generalidade, que estabelece que os princípios são normas com grau de generalidade relativamente mais alto quando em comparação com as regras. Além disso, outros critérios são estabelecidos, como, por exemplo, a forma de surgimento da norma e a importância jurídica desta para a ordem jurídica. Esses métodos podem levar há três possíveis teses acerca da diferenciação entre princípios e regras. A primeira entende que essa tentativa de distinção é fardada ao fracasso, já que os critérios apresentados permitem combinações diversas. Assim, poderia haver combinações que por si só confundiriam a caracterização como princípios ou regras. A segunda tese derivada desses critérios é a que entende que a diversificação é no grau de generalidade, assim normas

⁸³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

⁸⁴ Ibidem, p. 85.

genéricas seriam princípios. A última tese, defendida por Alexy, entende que entre regras e princípios não existe apenas uma diferença gradual, mas também uma diferença qualitativa.⁸⁵

A diferença qualitativa, proposta por Alexy, fica mais clara na análise de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Conflitos entre regras só são solucionadas se uma for considerada inválida, salvo na hipótese de existência de uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Não há, portanto, em relação as regras, uma validade jurídica gradual. Ou ela é válida, ou não é. Já os princípios, quando colidentes, levarão a preferência de um em face do outro no caso específico. Em outras condições, o mesmo conflito poderá levar a preferência do princípio sucumbente no primeiro caso. Assim, conflito entre regras ocorrem na dimensão de validade, já entre princípios ocorrem, além dessa dimensão, também na de peso. Disso pode se extrair uma característica importante dos princípios, o seu caráter *prima facie*. Eles exigem que algo seja realizado dentro de possibilidades jurídicas e fáticas, ou seja, podem alcançar soluções diversas a depender do caso. Já as regras, são dotadas de um mandato definitivo, que estabelece uma conduta fixa. Assim, sendo uma hipótese de aplicação desta, será exigido aquilo que elas ordenam nos seus conteúdos.⁸⁶

Para Ronald Dworkin, a diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Segundo o autor, ambos apontam para decisões particulares em circunstâncias específicas, mas distinguem-se na natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas da forma “tudo ou nada”. Dados os fatos ou a regra é válida e será aplicada, ou não é válida e não contribuirá em nada para a decisão⁸⁷. Os princípios, contudo, diferenciam das regras por apresentarem uma dimensão própria, a dimensão de peso ou importância. Quando em conflito, os princípios medem forças. Diferente das regras, o julgamento da colisão entre princípios não será exata e poderá ser objeto de controvérsias.⁸⁸

Humberto Ávila uniformiza os critérios usualmente utilizados na distinção entre regras e princípios em quatro. Segundo o autor, em primeiro lugar há o critério do caráter *hipotético-condicional*, onde as regras possuem uma hipótese e uma

⁸⁵ Ibidem, p. 87-90.

⁸⁶ Ibidem, passim.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

⁸⁸ Ibidem, p. 42.

consequência, aplicando-se o modo “se, então”, enquanto os princípios apenas indicam fundamentos a serem utilizados pelo aplicador futuramente no caso concreto. O segundo critério é o do *modo final de aplicação*, que sustenta a aplicação da regra no modo absoluto do “tudo ou nada”, ao passo que os princípios são aplicados no modo gradual “mais ou menos”. Em terceiro lugar, há o critério do *conflito normativo*, pois os conflitos entre regras são solucionáveis pela declaração de invalidade de uma delas, enquanto que a colisão entre princípios é solucionada mediante o uso da ponderação, dimensionando pesos a cada um deles. O último critério é o do *fundamento axiológico* que considera apenas os princípios fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.⁸⁹

A análise dos diversos critérios propostos acima por diferentes doutrinadores tem o condão, neste estudo, de esclarecer o conceito de princípio. Assim, torna-se mais fácil a compreensão da possibilidade de conflito entre princípios, o estudo dos critérios utilizados na solução de conflito entre princípios e a aplicação desses critérios em casos concretos.

Antes de analisarmos os conflitos entre princípios, é preciso diferenciar colisão efetiva de colisão aparente de princípios. A colisão aparente decorre da limitação intrínseca a um princípio. Essa limitação é imanente e só pode ser determinada mediante esforço interpretativo, visto estar, por mais das vezes, apenas implícito no ordenamento jurídico. Um exemplo claro é invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos. Não há, nesse caso, um conflito propriamente dito, pois na verdade a Constituição em si não protege essas formas de exercício do direito invocado.⁹⁰

A colisão efetiva, por outro lado, é quando o exercício de um direito por parte de seu titular esbarra no exercício de outro por parte de pessoa diversa, ou pelo Estado. Essa colisão é a que nos interessa, pois envolve conflito real entre princípios sobrepostos no caso concreto.⁹¹

Ao analisar conflitos entre princípios, surge a teoria que entende que todos os princípios são compostos por uma base inalterável, onde estaria a essência do princípio e, portanto, esta base não poderia ser em hipótese alguma afastada. Seria

⁸⁹ ÁVILA, Humberto. Op., Cit., p. 30-55.

⁹⁰ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. Op., Cit., p. 91-94.

⁹¹ Ibidem, p. 96.

ela um conteúdo mínimo de cada um dos direitos, chamada de *núcleo duro*.⁹² Rodotà, no estudo da proteção de dados pessoais na sociedade contemporânea, listou o que seria alguns elementos do *núcleo duro*, os chamados *dados sensíveis* dos princípios da privacidade e intimidade: comportamentos sexuais, saúde, convicções políticas e religiosas, raça, entre outros.⁹³

A existência de um *núcleo duro* deve ser afastada. Os elementos que compõem, no nosso caso, o *núcleo duro* da privacidade são elementos que por si só dificultam a garantia da liberdade de informação e expressão. Apesar disso, não podem ser considerados os fundamentos do *núcleo duro*, já que os princípios não são inalteráveis. A depender do caso em concreto, qualquer princípio pode perecer em absoluto em conflito com outro. Desta forma, preferimos o uso da ponderação para solucionar as colisões entre a liberdade de expressão e informação e os direitos à privacidade e à intimidade.

O conflito entre princípios é solucionado através de um sopesamento. O objetivo desse sopesamento é definir quais dos princípios, que em tese estão no mesmo nível, tem peso maior no caso concreto. A forma de obtenção da solução para a colisão se dá através da máxima da proporcionalidade. Isso significa que a proporcionalidade - com suas máximas parciais, que são a adequação, que diz respeito aptidão do meio escolhido para a obtenção do resultado pretendido, a necessidade, que é o uso do meio possível menos gravoso e a proporcionalidade em sentido estrito, que é o sopesamento propriamente dito - será o meio utilizado para solucionar conflitos entre quaisquer princípios.⁹⁴

As máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandatos de otimização em face das possibilidades fáticas. Já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato dos princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas⁹⁵.

Disso se extrai que, nesse estudo, o foco será a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, também chamada de sopesamento ou ponderação, já que se trata de pesquisa referente às possibilidades jurídicas de ofensa aos princípios analisados.

⁹² Ibidem, p. 116-117.

⁹³ RODOTÀ, Stefano Op., Cit., p. 96.

⁹⁴ ALEXY, Robert. Op., Cit., 116-117.

⁹⁵ Ibidem, p. 118

Quanto às máximas de necessidade e adequação, presumir-se-á a possibilidade fática, ou seja, trataremos de casos concretos como se as decisões tomadas pelos sujeitos envolvidos já fossem, presumidamente, necessárias e adequadas. Assim, entenderemos que, neste estudo, a imprensa utilizou-se dos meios adequados e menos gravosos para a divulgação de informações, faltando, apenas, analisar se no sopesamento com os princípios ofendidos, houve predominância dos seus interesses.

5.3 A técnica da ponderação na colisão dos princípios em análise

Como visto, na solução de conflitos entre princípios a ponderação é o meio utilizado para sopesar qual deles, no caso concreto, prevalecerá. Dentre as possibilidades de colisão entre princípios existentes no ordenamento brasileiro e internacional, grande destaque ganha a ofensa sofrida pelos direitos de personalidade em benefício da liberdade de expressão e informação. Alguns dos casos mais conhecidos no direito para exemplificar formas de solucionar conflitos entre princípios são referentes aos princípios em estudo. O caso *Lebach*⁹⁶, por exemplo, foi analisado por Robert Alexy⁹⁷ na construção de sua teoria referente as máximas de proporcionalidade. Trata-se, este caso, de um claro conflito entre o direito à informação e os direitos de personalidade. Isso mostra, portanto, a importância e a frequente ocorrência de embate entre esses princípios.

⁹⁶ Em 1968, na República Federal da Alemanha, em um vilarejo chamado *Lebach*, houve um latrocínio em que quatro soldados que guardavam um depósito de munição foram assassinados. Além das mortes, houve o roubo de várias armas e munições do depósito. Em 1970, os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua e, um terceiro participante, por ter auxiliado no crime, foi condenado a seis anos de prisão. Decorrente da repercussão que o caso provocou na opinião pública, um canal de televisão alemão decidiu elaborar um documentário que narrava os acontecimentos do fato e os que os antecederam. Nesse documentário eram citados nomes e fotos dos três participantes do crime e era citado o relacionamento homossexual entre os condenados. Tal documentário iria ao ar em 1973, data próxima à soltura do condenado que atuou como auxiliar na conduta criminosa. Assim, este pleiteou em juízo medida liminar para proibir essa transmissão. Sua pretensão foi infrutífera tanto no Tribunal Estadual de *Mainz* quanto no Superior Tribunal Estadual de *Koblenz*, levando-o a ajuizar reclamação constitucional perante o Tribunal Constitucional Alemão. Afirmou nesta Reclamação que a transmissão do documentário provocaria dano irreparável aos seus direitos de personalidade e seu direito de ressocialização, já que, com a reprodução do documentário, poderia se criar na sociedade uma repulsa que o impediria de conviver em sociedade e inserir-se no mercado de trabalho. Do outro lado, estava o direito ao acesso à informação e a liberdade de informação, instrumentalizados pela liberdade de imprensa. O Tribunal Constitucional Alemão diante desse caso julgou procedente a Reclamação, entendendo que a exibição do documentário provocaria dano aos direitos do reclamante. Assim, houve a permissão da transmissão, mas foi proibida a menção ao nome do reclamante ou a utilização de sua imagem. Para análise do caso de maneira mais profunda com partes da ementa da referida decisão, Cf. MOREIRA, Thiago. Breves reflexões sobre a incidência de Direitos Fundamentais nas relações entre particulares – Liberdade de Informação v. Direitos da Personalidade – Um estudo de Direito Comparado. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 24, jan. 2015, p. 255-260.

⁹⁷ Neste sentido, Cf. ALEXY, Robert. Op., Cit., 99-103.

A ponderação é necessária nos casos em que o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura da subsunção é a da incidência de uma premissa maior (enunciado normativo) em uma premissa menor (fatos), produzindo, por consequência, a aplicação da norma ao fato. Ocorre que, nos casos envolvendo princípios, neste caso, constitucionais, não é possível escolher uma norma em detrimento das demais, pela própria essência dos princípios. Assim, a regra da subsunção de escolha de uma norma e aplicação válida apenas dela no caso concreto não é possível nestes casos. A própria Constituição, ao garantir o princípio da unidade, afasta essa possibilidade. Suas normas têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica, não admitindo uma lógica que só admita um único princípio.⁹⁸

A função da ponderação é solucionar conflitos de interesses e valores da maneira menos traumática possível para o sistema jurídico, fazendo com que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer dela, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes. Ela tem a função de facilitar e organizar o raciocínio e a argumentação do interprete, estabelecendo critérios para isso.⁹⁹

A estrutura da ponderação pode ser descrita em três etapas. A primeira consiste em identificar os comandos normativos em conflito e separá-los por agrupamentos. Neste caso, a liberdade de expressão, informação e imprensa formam um grupo, enquanto a privacidade e intimidade formam outro. A segunda etapa, consiste em examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos. Nesta fase, delimita-se o contexto fático que, nesse estudo, está relacionado aos agentes políticos. Além disso, ela delimita os elementos ou parâmetros que serão utilizados para análise da colisão. Na terceira e última etapa, serão examinados, conjuntamente, os grupos de normas e as repercussões de fatos sobre elas, com o intuito de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos elementos em disputa. Essa é a fase da decisão da colisão.¹⁰⁰

⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.) A Nova Interpretação Constitucional. 2ªEd. São Paulo: Renovar, 2006, p. 55.

⁹⁹ Ibidem, p. 57.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 57-58.

A formação desses parâmetros que serão utilizados como baliza na terceira etapa ocorre da análise da ponderação em abstrato. Explicamos. Ao analisar o conflito existente entre liberdade de informação e intimidade é produzido critérios ou parâmetros independentemente de um caso concreto real, através de suposições fáticas formuladas. Assim, os modelos de parâmetros são construídos por meio de uma ponderação feita em abstrato e servirão para o aplicador no momento em que este se debruçar sobre casos concretos. Isso não quer dizer que, ao criar parâmetros, o doutrinador não se debruçou sobre fatos que realmente ocorreram. Contudo, ao criar esses parâmetros ele não necessitava julgar esse fato, apenas o utilizou como meio necessário de criação. A doutrina apenas analisa hipótese verificadas anteriormente e o juiz, terá a sua disposição, modelos de solução pré-prontos para aplicar a ponderação em concreto.¹⁰¹

Disso se extrai que, nesta pesquisa, será feita o uso da ponderação em abstrato. Logicamente, analisaremos métodos existentes de ponderação e seus respectivos parâmetros, atribuindo-lhes valores e estabelecendo um método próprio, a partir da junção de alguns deles. Após, faremos análise de casos concretos.

5.3.1 Métodos diversos de aplicação da técnica da ponderação

As normas constitucionais, especialmente as que vinculam direitos fundamentais, não podem ser solucionadas pelos critérios normativos tradicionais de solução de conflitos. Esses critérios, desenvolvidos para a solução de conflito entre regras, são o da hierarquia, o tempo e a especialidade da norma, servindo para definir qual regra prevalecerá. A inaplicabilidade deles aos direitos fundamentais, decorre do fato de que estes estão no mesmo patamar hierárquico, já que a Constituição adota o princípio da unidade. Sendo um todo uno, sem hierarquia interna.¹⁰² Além disso, são dotados de mesmo grau de especialidade, já que estão em patamar constitucional. Desta forma, torna-se inviável o uso do critério tradicional de solução de conflitos, típico das regras. Os princípios, por serem dotados de características próprias e por conviverem em harmonia entre si, deverão ser sopesados no caso concreto por meio da ponderação.

O conflito entre liberdade de expressão e informação *versus* privacidade e intimidade é bastante corriqueiro no ordenamento brasileiro. Não é raro o surgimento

¹⁰¹ Ibidem, p. 59-61.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. Op., Cit., p. 101-102.

de processos judiciais requerendo indenizações em decorrência de violações pela imprensa à privacidade e à intimidade. Diante disso, inúmeros doutrinadores criaram métodos de ponderação específicos para esse conflito. Alguns, especificamente tratando de violações à privacidade e à intimidade. Já outros, de maneira mais genérica, tratando dos direitos de personalidade em si. Esses métodos são compostos de parâmetros próprios. Alguns parâmetros são utilizados, praticamente, por todos os doutrinadores. Há quem crie, porém, métodos específicos com base na jurisprudência, apenas uniformizando o critério utilizado por alguns tribunais.

5.3.1.1 Parâmetros constitucionais para a ponderação por Luís Roberto Barroso

No estudo da colisão envolvendo, de um lado, a liberdade de expressão e informação e do outro, o direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, estabeleceu Luís Roberto Barroso¹⁰³, alguns parâmetros determinantes no sopesamento desses princípios no caso concreto. São eles:

a) A veracidade do fato

A informação vinculada deve ser verdadeira. A divulgação deliberada de informação falsa, em detrimento do direito da personalidade de outrem, não é protegida pelo ordenamento. É dever da imprensa apurar a veracidade do fato. Vale ressaltar que, como vimos, não é necessário a verdade real, objetiva do fato. Basta a verdade subjetiva, pautada em um juízo de plausibilidade. Assim, para ficar afastada a veracidade do fato, é necessário existir clara negligência na apuração ou intensão dolosa na divulgação da inverdade.

b) Licitude do meio empregado na obtenção da informação

A obtenção da informação a ser divulgada deve ocorrer por meios regulares e lícitos. É vedada a propagação de fatos obtidos por meios ilícitos, como uma interceptação telefônica clandestina ou a violação do domicílio.

c) Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia

As pessoas que ocupam cargos públicos teriam a proteção a sua intimidade de forma menos intensa. A prevenção contra a censura e o dever de publicidade garantiriam uma possibilidade de maior ingerência na vida desses sujeitos. A mesma regra valeria para as outras pessoas notórias como artistas, atletas, modelos e outras

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Op., Cit., p. 123-125.

peças do mundo do entretenimento. Barroso entende que, mesmo que se garanta uma menor proteção a esses indivíduos isso não poderá acarretar uma supressão do direito.

d) Local do fato

Os fatos ocorridos em locais privados teriam uma proteção maior do que os ocorridos em locais públicos. Assim, eventos ocorridos dentro do domicílio tem, em tese, maior proteção do que os acontecimentos em locais públicos.

e) Natureza do fato

Há fatos que, por si só, são notícias. São assim, por exemplo, os desastres naturais, acidentes e os crimes em geral. Esses fatos são passíveis de divulgação independentemente das pessoas envolvidas em decorrência do evidente interesse jornalístico nestes acontecimentos.

f) Existência de interesse público na divulgação em tese

Já fizemos a análise sobre o interesse público e o perigo do uso deste como meio legitimador de censuras à imprensa ou, pelo contrário, garantidor da ideia de interesse absoluto da informação. Como vimos, o interesse público é presumido. Entretanto, é passível de ser afastado no caso concreto. Barroso entende desta forma, afirmando que o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume. A livre circulação de informações é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende consolidar. Portanto, caberá ao interessado demonstrar no caso concreto a falta do interesse público em razão da existência de um interesse particular excepcional.

g) Existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos

Em se tratando de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos a publicidade é a regra. A proibição da divulgação ocorrerá apenas se for indispensável à segurança da sociedade e do Estado. Esse é o preceito estabelecido no art. 5º, XXXIII da Constituição Federal.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Art. 5º XXXIII – todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas o prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

h) Preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação

Para reparar o uso abusivo da liberdade de expressão e de informação, podem ser usados diversos mecanismos, entre os quais a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil ou penal e a interdição da divulgação. A interdição da divulgação somente ocorrerá em casos extremos. Assim, haverá uma preferência por sanções a posteriori. A exceção fica por conta de algumas ofensas à privacidade, já que, segundo Barroso, esta poderá sofrer um dano irreparável com sua divulgação em alguns casos. Trata-se esse critério de exceção trazida por Barroso na já analisada proibição de censura prévia.

Desses parâmetros estabelecidos por Barroso é preciso lembrar que a notoriedade da vítima e o local do fato são parâmetros que, apesar de usados, demandam certa cautela. Não se pode legitimar a intervenção à privacidade somente com a justificativa de notoriedade do ofendido ou do cometimento do fato em locais públicos. Pode ocorrer eventos privados em locais públicos que mereçam ser protegidos. Não se pode, em tese, por exemplo, divulgar imagens de determinada pessoa comendo alimentos gordurosos em um Shopping e vincular a uma reportagem sobre má educação alimentar, pois trata-se de um momento privado e informações privadas que talvez o sujeito envolvido não concorde com a divulgação. Da mesma forma, as pessoas notórias devem ter garantidas suas vidas privadas. Assim, não se pode legitimar a divulgação de fotos de determinado cantor discutindo com sua namorada na praia, sobre o simples argumento de ser famoso. Ressalte-se que, nesses mesmos exemplos, poderá o resultado da ponderação pender em favor da liberdade de informação, mas desde que presentes outros argumentos dos diversos critérios de ponderação cumulados com esses parâmetros acima apresentados.

Em relação ao parâmetro da sanção a posteriori, frisa-se os comentários feitos à interpretação do art. 220 da Constituição Federal. Para aqueles que entendem a impossibilidade de censura prévia à imprensa, esse parâmetro não poderá ser utilizado, pois garante, mesmo em hipóteses excepcionais, a limitação prévia à imprensa em prol dos direitos de personalidade. Percebe-se assim, que Barroso defende a possibilidade extraordinária de censura prévia, inclusive como meio para legitimar a constitucionalidade do art. 20 do Código Civil, conforme abordado.

O parâmetro da veracidade do fato, deve ser levado em consideração por não se limitar a dar peso ao sopesamento, mas ser fundamental na solução do conflito, visto que, inexistente a veracidade, não se adentra na análise dos outros parâmetros, pois inexistente, neste caso, o próprio direito à informação.

Analisando os parâmetros atribuídos por Barroso, Thiago Moreira acrescentou dois que acredita serem necessários levar em consideração: o grau de repercussão na vida do indivíduo e a novidade da notícia. O primeiro diz respeito a intensidade da lesão que a notícia pode causar na vida privada do sujeito violado. O segundo é sobre o lapso temporal entre o fato e a divulgação. Assim fatos ocorridos há bastante tempo, tendem a ter menor importância de divulgação.¹⁰⁵

5.3.1.2 Métodos de aferição da ponderação na colisão de princípios e cláusulas gerais sob a luz da responsabilidade civil proposta por Anderson Schreiber

Em estudo relacionado à responsabilidade civil, Anderson Schreiber constrói parâmetros próprios de colisão entre princípios e cláusulas gerais. O autor entende que, apesar da natural vinculação da técnica da ponderação aos princípios constitucionais, esta não se aplicaria apenas a eles. Qualquer norma de conteúdo genérico e de enunciado aberto, cujos pressupostos de incidência não são precisamente definidos, são passíveis de solução por meio da ponderação, desde que o conflito se dê entre normas de mesma hierarquia, antiguidade e especialidade. Assim, é possível a aplicação da ponderação não apenas em princípios, mais em cláusulas gerais diversas e quaisquer outras espécies normativas com as mesmas características, inclusive no âmbito cível e não apenas nas relações constitucionais.¹⁰⁶

Ele cria um método específico dividido em duas fases: a primeira, em que se verifica o merecimento de tutela em abstrato dos interesses conflitantes; e a segunda, para no caso de não haver prevalência na primeira fase entre os princípios colidentes, confere ao juiz espaço para a técnica da ponderação.¹⁰⁷

A primeira fase, se divide nas seguintes etapas¹⁰⁸:

a) Exame abstrato de merecimento de tutela do interesse lesado

¹⁰⁵ MOREIRA, Thiago. Op., Cit., p. 268.

¹⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 149-151.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 164.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 164-169.

Essa análise de merecimento de tutela do interesse lesado se dá através da existência de norma que proteja esse direito no ordenamento jurídico. Sua inexistência implica na falta de dano em sentido jurídico, já que não haveria no ordenamento o que se proteger, pois só existe dano ressarcível se houver alguma norma possível de extrair, em abstrato, o merecimento de tutela do interesse alegadamente lesado. Neste estudo, o interesse lesado é o direito à privacidade e à intimidade. Esses direitos são princípios constitucionalmente previstos no art. 5, X e também, previstos no rol de direitos da personalidade no art. 21 do Código Civil. Desta forma, existente é o merecimento de tutela do interesse lesado, pois há no ordenamento, claras manifestações de proteção a esses direitos.

b) Exame abstrato de merecimento de tutela do interesse lesivo

Assim como se identifica a norma do interesse lesado é preciso verificar a norma que representa a conduta lesiva igualmente merecedora de tutela. A conduta lesiva deve ser igualmente protegida em relação ao interesse lesado, desde que prevista sua proteção no ordenamento. Nesta pesquisa, o interesse lesivo é relacionado à liberdade de expressão e imprensa e o direito à informação. O primeiro e o último estão previstos nos incisos IV, IX e XIV do art. 5 da Carta Magna. Já a liberdade de imprensa tem previsão própria no art. 220, também da Constituição Federal. Com isso, fica claro o merecimento de tutela dos interesses lesivos, por serem previstos no ordenamento nacional na Lei Maior.

c) Existência de regra legal de prevalência entre os interesses conflitantes

Entre os interesses conflitantes pode existir uma norma que estabeleça preferência entre eles em determinados casos. Assim, prevista a hipótese de prevalência entre os dois interesses, afastada será a ponderação naquele caso. Entre à privacidade e a liberdade de imprensa, ganham destaque duas normas: o art. 21 do Código Civil e o Art. 220, §1º da Constituição Federal.

O art. 21 do Código Civil prevê que “ a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Em uma primeira análise, pode se chegar a equivocada conclusão de que esta norma estabelece a impossibilidade de violação à vida privada e, portanto, seria uma regra legal de prevalência deste princípio. Contudo, não existe direitos absolutos no nosso ordenamento e isso torna-

se claro ao analisar as inúmeras formas permitidas no ordenamento de violações à privacidade.¹⁰⁹

O art. 220, §1º da Carta Magna estabelece que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Em uma análise superficial poderia se concluir que este artigo é clara manifestação de prevalência à liberdade de informação jornalística. Porém, ele próprio traz exceções na sua parte final, entre elas, o inciso X, que prevê a proteção à privacidade. Assim, não se trata de norma de prevalência.

Conclui-se, portanto, que inexistente regra geral de prevalência entre as normas em análise. Entretanto, nada exclui a possibilidade de existência no ordenamento de regra específica de prevalência entre elas.

d) Inexistência de regra legal de prevalência entre os interesses conflitantes

Por fim, o último passo desta primeira fase é uma confirmação da inexistência de aplicabilidade da etapa anterior e é, portanto, o último estágio para se garantir a ponderação, pois inexistindo regra de prevalência estabelecida pelo legislador, cumpre ao Poder Judiciário ponderar os interesses em conflito, definindo a relação de prevalência entre eles, com base na leitura das circunstâncias concretas à luz do ordenamento jurídico.

A colisão entre à privacidade e o direito à informação necessitam do uso da ponderação conforme a teoria de Schreiber, já que não há, em regra, solução entre o conflito na primeira fase. Segundo o autor:

A ponderação consiste, essencialmente, em analisar de forma comparativa o grau de concreta realização do interesse lesivo e o grau de concreta afetação do interesse lesado, extraído-se do dado normativo uma regra de prevalência válida para as circunstâncias particulares em exame. Busca-se no ordenamento positivo o fundamento, ainda que indireto, da atribuição de relevância jurídica a certas circunstâncias que, na espécie, possam determinar a prevalência de um interesse face a outro, embora, abstratamente, ambos sejam protegidos em igual intensidade.¹¹⁰

A luz de condições fáticas e diante de um conflito de interesses abstratamente tutelados, caberá ao Poder Judiciário verificar o grau de afetação do interesse lesado

¹⁰⁹ Ibidem, p. 168.

¹¹⁰ Ibidem, loc. cit.

e o grau de realização do interesse lesivo. Para isso, na análise envolvendo o conflito entre o direito à imagem e a liberdade de informação, Schreiber propõe alguns parâmetros próprios. Esses parâmetros, contudo, também podem ser aplicados à privacidade, visto que ela também sofre intervenções, assim como a imagem, quando ofendida pela imprensa. Segundo o autor:

Não é raro, aliás, que a ameaça ao direito de imagem, encerre, em alguma medida, uma ameaça à privacidade, sendo ainda frequente, quer na doutrina, quer na jurisprudência, a associação entre esses dois aspectos da personalidade.

Anteriormente a análise ponderativa, ele tece críticas ao estabelecer como parâmetros certos fatos que por si só impedem a colisão, por inexistência de proteção na ordem jurídica. Por exemplo, estabelecer como critério a veracidade do fato é permitir adentrar na possibilidade de colisão quando, na verdade, não há interesse lesivo, já que se tratando de fatos inverídicos, não há o que se falar em liberdade de expressão.¹¹¹

Assim, passado essas críticas, ele estabelece os seguintes critérios para aferir a intensidade de realização do exercício da liberdade de informação por meio da veiculação de imagens: o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; o grau de atualidade da imagem; o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e o grau de preservação do contexto originário onde a imagem foi colhida. Já para aferir a intensidade do sacrifício imposto ao direito de imagem, ele estabelece: o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto de onde foi extraída; o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; a amplitude da exposição do retratado; e a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação da imagem.¹¹²

Fica clara a inovação de Schreiber ao atribuir dois grupos ou categorias diversas que visam pender em favor de um ou outro interesse, o grupo em que se analisa a intensidade do exercício da liberdade de informação e o grupo que afere o grau do sacrifício imposto à imagem. Assim, cada categoria atribui valores específicos para os interesses que buscam proteger: o interesse lesivo e o lesado. Após, faz-se um sopesamento entre eles e analisa qual prepondera no caso concreto.

¹¹¹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. Op., Cit., p. 115.

¹¹² Ibidem, p. 116.

Além desses critérios acima propostos, outros podem ganhar destaque diante de circunstâncias concretas do conflito. Esses critérios estabelecidos são apenas balizas prováveis quando houver conflito envolvendo a imagem e o direito à informação, pois a partir de considerações específicas e até de outros direitos envolvidos, novos parâmetros podem surgir para complementar, ou substituir, alguns desses. Tudo isso torna a ponderação ainda mais complicada, mas não retira os seus inúmeros benefícios, como permitir medidas concretas que podem ser adotadas de modo a influenciar na prevalência de um interesse ou de outro.¹¹³

5.3.1.3 Circunstâncias determinantes na ponderação através da análise de precedentes do STJ na colisão envolvendo o direito à honra e a liberdade de expressão

Maria Celina Bodin de Moraes, analisando ações envolvendo responsabilidade civil por decorrência de violações à honra, estabeleceu alguns parâmetros atribuídos uniformemente pelo STJ nos seus julgamentos. Este tem, na análise desses processos, realizado exames minuciosos de fatos com o intuito de ponderar e atribuir prevalência ou sacrifício do direito à honra. Assim, por exemplo, quando o Tribunal faz o sopesamento de algum caso em concreto e verifica que o dano à honra não passou de “simples incômodo” à pessoa lesada, atribui maior valor a garantia da liberdade de expressão e informação.¹¹⁴

A forma que a autora encontrou de analisar e uniformizar o entendimento do STJ na construção de métodos de ponderação, foi o seguinte:

Cuida-se, pois, de colacionar alguns acórdãos paradigmáticos com o fito de indicar aquelas circunstâncias que acabaram por se tornar sistemáticas, formando as linhas mestras- ou precedentes –, a servir de guia sobre o entendimento da Corte na matéria. Sem obedecer a uma ordem rigorosa de prioridades tais indicadores são os seguintes: o interesse público à notícia, a veracidade ou verossimilhança da notícia, sua atualidade, a continência e a pertinência do fato noticiado, a notoriedade da vítima, a ausência de intenção de ofender e a ausência de abuso do direito de informar.¹¹⁵

¹¹³ Ibidem, loc. cit.

¹¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Honra, liberdade de expressão e ponderação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr-jun./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>. Data de acesso: 25 jul. 2017, p. 4.

¹¹⁵ Ibidem, loc. cit.

Fazendo uma análise minuciosa em relação a cada um dos parâmetros a autora define o seguinte¹¹⁶:

a) Interesse público à notícia

O interesse público considerado pelo STJ, é o exame da existência de conteúdo informativo ou educativo ou se a notícia se reduz à mera especulação. A forma de atribuir a existência de interesse público, justificando a lesividade de interesses individuais, é analisando se a notícia orienta a opinião pública, sugerindo regras úteis de experiência ou se tem como objetivo chamar a atenção dos poderes públicos para problemas importantes da coletividade.

b) Veracidade ou verossimilhança da notícia

A veracidade diz respeito a verdade da notícia. Aqui relembramos as críticas feitas à verdade real quando estudado o conceito de direito à informação e o parâmetro da veracidade atribuído por Luís Barroso. Essa veracidade aqui tratada é a busca da informação verdadeira, pautada na verdade subjetiva. Ela deve se vincular ao requisito da continência material, que significa que o juízo de desvalor não pode exceder o estritamente necessário para o cumprimento do interesse público, impedindo, assim, divulgação de informações maliciosas.

c) Atualidade da notícia

Com o passar do tempo a relevância social em determinada notícia tende a diminuir. Normalmente, o interesse social na divulgação da informação é bastante presente à época do fato. Contudo, esse interesse vai se perdendo com o passar dos anos. Assim, quanto mais antiga for a divulgação da informação, menor poderá ser sua justificativa social. Essa regra poderá caber exceções no caso concreto.

d) Pertinência e continência do fato noticiado

A continência material foi analisada quanto ao parâmetro de veracidade da informação, pela estrita relação que tem com esta.

Já a pertinência do fato noticiado, diz respeito a necessidade da notícia e sua avaliação crítica estarem em relação de estrita ligação com o tema tratado e com o interesse social à sua publicidade.

¹¹⁶ Ibidem, p. 4- 6.

e) Notoriedade da vítima

As pessoas notórias, teriam, pelo menos em tese, o âmbito de proteção dos direitos de personalidade diminuídos. A justificativa a esse parâmetro se daria em razão da dimensão pública desses sujeitos, tornando pertinente a possibilidade de ofensa à honra.

f) A ausência de intenção de ofender e a ausência de abuso do direito de informar

Não havendo por parte do interesse lesivo, dolo ou excesso, resumindo-se ao direito de informar, não haverá, em tese, o dever de indenizar, ainda que ocorra a ofensa. A rigor, o ressarcimento do direito à honra só ocorre quando houver abuso do direito de informar.

Em relação ao parâmetro da notoriedade da vítima, relembramos as críticas já feitas, não excluindo de logo a possibilidade de uso dele, mas o desconsiderando como um dos parâmetros base da colisão dos princípios em estudo. Em relação à ausência de intenção de ofender e a ausência de abuso do direito de informar, entendemos não ser estes parâmetros tão essenciais à proteção da privacidade, visto que a violação à vida privada pode ocorrer mesmo que inexistente interesse em ofender. No que tange a veracidade do fato, entendemos a existência e necessidade de análise desse parâmetro, contudo, fica a crítica de que este não adentra na ponderação, já que, ausente a veracidade da notícia, não há que se falar em direito à informação.

5.3.1.4 Parâmetros limitadores do direito à vida privada em primazia do interesse público por Pedro Frederico Caldas

O direito à vida privada encontra limites balizados em razão da primazia do interesse público. Os direitos observam uma hierarquia de interesses. Assim, sempre que há o interesse público, poderá haver cessão por parte de um direito. Não é possível estabelecer uma lista de possibilidades que configuram o interesse público. Este se presume quando há em jogo o interesse da coletividade. Tratando-se do conflito que envolve esse direito com a privacidade, Pedro Caldas estabeleceu alguns critérios de possíveis limitações a esse direito de personalidade¹¹⁷. São eles:

a) Interesse científico e cultural

¹¹⁷ CALDAS, Pedro Frederico. Op., Cit., 99-105.

Segundo o autor “os nobres e transcendentos objetivos da ciência e da cultura determinam o relaxamento do direito de as pessoas interditem a divulgação de particularidades de sua existência”. Assim, presente algum interesse científico e cultural determinante para a sociedade, este poderá limitar a vida privada. O autor ressalta a necessidade de cautela para não legitimar, com base nesta limitação, abusos que visam invadir a vida privada com a desculpa falsa de interesse geral e nobre.

b) Informação pública

Todos fatos que não se amoldam no primeiro critério do interesse científico e cultural, mas que têm a função de garantir ao grande público informações que despertam o interesse destes, podem causar intervenções na vida privada. Assim, tudo que pode despertar o interesse público - como eventos esportivos, crimes, fatos políticos - pode ser divulgado pela imprensa e causar danos à intimidade dos sujeitos envolvidos.

c) Atos e locais públicos

Quando alguém se encontra em local público, fica dependente da possibilidade de ter sua imagem veiculada por meio da imprensa, não necessariamente como foco central, mas como parte cenário público de eventos como shows e acontecimentos desportivos. Há sobre esses acontecimentos interesse geral de informação. Por isso, quem se encontra neles não pode se livrar da possibilidade de divulgação de imagens. Se ficar comprovado que a matéria veiculada desloca a atenção para a pessoa ofendida, pode ficar caracterizada a preferência pela proteção à privacidade.

d) Pessoas públicas, célebres ou notórias

As pessoas conhecidas têm as suas vidas e imagens divulgadas de maneira constante pelos meios de comunicação, em busca de fatos ou imagens reveladoras de suas preferências, as vezes pelas coisas mais banais, como seus estilos de vida e relacionamentos íntimos. Este seria o ônus de quem goza de uma vida pública.

Os critérios de interesse científico e cultural e da informação pública se aproximam do interesse público proposto como parâmetro por alguns outros doutrinadores. Além disso, também há certa relação com o parâmetro de natureza do fato proposto por Barroso, já que Pedro Caldas considera informação pública tudo aquilo que o interesse da coletividade legitima a intervenção na vida alheia, como, por

exemplo, informações sobre crimes e acidentes que, para Barroso, seriam elementos do parâmetro de natureza do fato.

Em relação ao critério de local público e pessoas públicas, relembramos as críticas feitas por Schreiber e a necessidade de uso em menor intensidade desses parâmetros em comparação aos outros estudados.

6. ANALISE DE CASOS CONCRETOS

Antes de adentrarmos no estudo de casos relacionados ao uso da ponderação para solucionar conflitos entre o direito à informação e à privacidade e outros direitos de personalidade dos agentes políticos e seus assessores imediatos, é preciso tecer comentários a tentativa de estabelecer parâmetros de uso uniforme nas colisões.

A ponderação, como foi analisada, é critério de solução de conflito envolvendo princípios em casos concretos. É um método composto de vários parâmetros de solução. Na colisão entre os princípios em estudo, foi possível fazer a análise de diversos métodos propostos por diferentes doutrinadores. Alguns parâmetros propostos foram previstos em diversos estudos. Já outros, foram de previsão exclusiva de determinado autor.

Por se tratar de técnica que necessita da análise de casos concretos, não é possível delimitar a priori os parâmetros usados para solução do conflito. Cada caso contém suas peculiaridades e necessitam de uso em maior intensidade de determinado parâmetro em prejuízo de outros. Assim, será estudado os casos utilizando-se os parâmetros mais relacionados com a questão em si. Nenhum deles poderão ser afastados antes do reconhecimento dos fatos. Mesmo os constantemente criticados nesse estudo, poderão ser importantes na análise conflitos, com as ressalvas já analisadas.

Ao pesquisar decisões judiciais relacionadas as lesões aos direitos de personalidade sofridas por agentes políticos em benefício da liberdade de informação e imprensa, percebemos uma clara preferência de proteção dos direitos garantidores do interesse público. Quase todos os casos envolvendo violações à honra, imagem ou privacidade de políticos foram decididos em prejuízo desses direitos em decorrência dos cargos que esses sujeitos ocupavam. Somente nos casos de clara intenção de injuriar o agente político foi que a decisão favoreceu a proteção desses direitos de personalidade. Ao analisarmos, por exemplo, o banco de conhecimento de Jurisprudências - relacionadas a ofensa à honra de agentes públicos em matéria jornalística – disponível no portal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹¹⁸, percebemos que todos os casos relacionados à agentes políticos foram resolvidos em

¹¹⁸ Disponível em: <https://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/ofensa-honra-autoridades-politicos.pdf>. Data de acesso: 04 ago. 2017.

proteção da liberdade de imprensa em prejuízo aos seus direitos de personalidade. Todos eles sob a justificativa de que não houve excesso na exposição e que, por se tratarem de pessoas que exercem função pública essencial à sociedade, teriam limitada à proteção aos seus direitos de personalidade.

Buscaremos a análise de dois casos, um que se amolda à regra jurisprudencial de prevalência de proteção à liberdade de informação, tratando-se de ofensa aos direitos de personalidade em geral. Já o outro, de clara ofensa à privacidade sofrida pelo assessor pessoal do Presidente da República à época.

6.1 Apelação cível 0409114-02-2014.8.19.0001 –TJ/RJ 16ª Câmara Cível

O ex-deputado federal Eduardo Cosentino da Cunha adentrou com ação de indenização por danos morais em face da Infoglobo Comunicação e Participações Ltda em razão da publicação feita pelo jornal “O Globo” em 18 de março de 2014 em matéria jornalística com o título “FALA, PMDB!” do jornalista Alberto Jabor, em que foi dito:

“O Eduardo Cunha, que era o ‘coisa ruim’, virou ‘coisa linda’, pois ele é um técnico, um expert tenaz em acochambramentos e perfídias brasileiros. Antes, nossas revoltas eram desorganizadas, sem rumo. Edu nos devolveu o orgulho e consolidou m projeto de militância”.¹¹⁹

Cunha alegou que a matéria feriu seus direitos de personalidade, pois o chamou de “coisa ruim”, “acochambrador” e “pérfido”. Afirmou, ainda, que a denominação “coisa ruim” representaria o “satanás”, sendo que este seria da bancada evangélica.¹²⁰

A parte ré, em sua defesa, afirmou que atuou no exercício regular do direito, dentro dos limites do direito à liberdade de imprensa, ao divulgar fato de interesse público, notadamente diante do contexto político e não sendo o autor o foco do artigo e sim a importância do partido ao qual este era líder.¹²¹

A ação foi sentenciada improcedente no Juízo da 52ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro com a fundamentação da inexistência de abuso de direito de informar ou de intuito manifesto de ofender ou humilhar o autor. O juízo monocrático entendeu

¹¹⁹ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/fala-pmdb-11905792>. Data de acesso: 05 ago. 2017.

¹²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 16ª Câmara Cível. Acórdão na apelação nº 0409114-02-2014.8.19.0001. Relator: Marco Aurélio Bezerra de Melo. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041767B5F2127B5EF57C552DA73C88214DC5061C015555>. Data de acesso: 05 ago. 2017, p. 3

¹²¹ Ibidem, p. 5.

que a publicação da matéria diz respeito a postura adotada pelos partidos PMDB e PT durante a crise do Governo da Presidente Dilma em 2014, onde o jornalista relata como o apelante é visto por seus colegas políticos relacionados ao PT.¹²²

Não satisfeito com a decisão, o autor apelou pugnando a reforma da sentença reafirmando a tese apresentada na petição inicial.¹²³

Trata-se de colisão envolvendo direitos fundamentais, quais sejam os direitos de personalidade e os direitos à liberdade de informação e expressão, ambos previstos na Constituição Federal, como visto. No acórdão em análise, o relator verificou a inexistência de norma legal qualificada que dê preferência entre os direitos em conflito e, por isso, sustentou a necessidade do uso da ponderação. Entendeu que a violação à imagem de forma que sustente a necessidade de indenização só é devida quando comprometer a honra ou atingir de forma negativa a pessoa retratada. Sustentou que, analisando o texto integral da matéria jornalística objeto da lide, não foi possível vislumbrar violação aos direitos de personalidade do autor, tendo em vista que o analisado é a postura dos partidos políticos PMDB e PT e como o apelante é visto perante esses partidos.¹²⁴

Na fundamentação do acórdão, o desembargador relator entendeu que os fatos veiculados são relevantes ao interesse público, vez que se trata da atuação de autoridades públicas. Além disso, entendeu ser a matéria de cunho humorístico, onde quem é tratado como “pérfido” e dado a “acochambramento” é a política brasileira e não o apelante. Ressalta, ainda, que a matéria não teve a intenção de difamar, injuriar, ou caluniar o apelante. Por fim, seguiu entendimento no qual às pessoas notórias, como é o caso do apelante, têm seus direitos de personalidade mitigados, desde que a notoriedade justifique a utilização desses seus direitos e o apelante, segundo o relator, já era à época da publicação do texto, alvo de diversas denúncias de envolvimento em crimes. Por esses motivos, a apelação foi improvida.¹²⁵

O acórdão analisado acima utilizou de alguns parâmetros bastante comuns na ponderação envolvendo privacidade e direito à informação. Trata-se de caso relacionado à possível ofensa dos direitos de personalidade sofrida pelo ex-deputado

¹²² Ibidem, p. 8.

¹²³ Ibidem, p. 4.

¹²⁴ Ibidem, passim.

¹²⁵ Ibidem, passim.

cassado e atual condenado da operação “lava-jato” Eduardo Cunha. À época do fato, este ainda exercia o cargo público. Não há, como foi informado, neste caso, violação à privacidade. Trata-se de clara violação à imagem e honra do retratado. Porém, como vimos diversas vezes nesta pesquisa, esses direitos se aproximam na sua proteção quando ofendidos pela imprensa. Mesmo que não se confundam, utilizam critérios idênticos ou extremamente parecidos na solução de litígios que os envolvam. O objetivo disto é levar a conclusão de que no que se refere ao método ponderativo utilizado neste trabalho, este se amolda a maioria dos direitos de personalidade.

Utilizando-se de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o relator da apelação afirmou ter o deputado Eduardo Cunha sua imagem mitigada, em razão de se tratar de pessoa pública. Ficou visível o uso do parâmetro da notoriedade da vítima que, apesar das críticas já feitas, é de extrema importância neste caso. A notícia vinculou informações relacionadas à atuação política de Cunha, principalmente em relação aos partidos políticos de sua base à época, PMDB e PT. Trata-se de matéria que buscou informar fatos relacionados a esses partidos e, por ser Cunha um dos principais nomes da base durante este período, é normal o uso da sua imagem. Lembramos que se tratando de agentes políticos, a notoriedade da vítima poderá ser usada quando se tratar de fatos relacionados à atuação pública, que é o caso.

Não houve, segundo a decisão do acórdão, intenção de ofender ou humilhar o autor. Trata-se esse requisito de parâmetro comumente utilizado pela jurisprudência dos tribunais superiores, conforme analisado por Maria Bodin e estudado nesta pesquisa. Tal conclusão, decorre da interpretação de que “no texto o que é pérfido e dado a acochamboamento é a política brasileira”.¹²⁶ Assim, podemos entender que se tais adjetivos fossem atribuídos ao autor da ação e não a política, haveria a clara intenção de ofender e poderia levar a conclusão da garantia da imagem do apelante.

O relator, deixa claro, ainda, que o apelante “vinha sendo alvo de diversas denúncias de envolvimento em esquema de lavagem de dinheiro e corrupção”.¹²⁷ Assim, ficou claro, segundo o acórdão, a existência de interesse público na divulgação da matéria, já que a sociedade tem o interesse de fiscalizar a atuação das autoridades públicas. Esse interesse público é parâmetro comumente utilizado. Trata-se da ideia de interesse público a priori na divulgação de informações, segundo o entendimento

¹²⁶ Ibidem, p. 11.

¹²⁷ Ibidem, p. 12.

de Barroso e, pode também ser levado em consideração o parâmetro de informação pública de Pedro Caldas, já que se trata de fatos políticos.

Outro parâmetro que pode se extrair desta ponderação feita pelo relator no acórdão é o da pertinência do fato noticiado. A pertinência diz respeito a necessidade da notícia e ao fato de sua avaliação crítica estar em relação de estrita ligação com o tema tratado e com o interesse social à sua publicidade. O interesse social já consideramos ao tratar o interesse público. A necessidade da notícia está presente por se tratar de fato político e houve a avaliação crítica no contexto da matéria publicada com estrita relação ao tema, que foi a força política do partido político PMDB.

Assim, concluímos no mesmo entendimento do relator quanto à necessidade de proteção da liberdade de informação e imprensa. Verificamos alguns parâmetros utilizados de maneira explícita pelo relator do acórdão. Além disso, acrescentamos a pertinência do fato noticiado. Percebe-se que esses parâmetros não estavam previstos de maneira uniforme em nenhuma doutrina. Disso reiteramos a conclusão de que o caso concreto molda o método utilizado e é o fator essencial na solução do conflito. Se, por exemplo, ficasse comprovado que os adjetivos “pérfido” e “acochambramento” foram direcionados à pessoa do apelante, a solução do conflito poderia ter contornos diferentes. Ou seja, os fatos determinam tanto os parâmetros utilizados quanto à própria conclusão da controvérsia.

6.2 O caso *top, top*

Antes de adentrarmos no estudo do caso em questão, é necessário fazer duas ressalvas. A primeira em relação ao agente do caso. O sujeito ofendido era à época do fato assessor do Presidente da República, não se tratando, portanto, de agente político. Segundo a doutrina mais prevalente, os assessores dos agentes políticos não são elevados a mesma categoria destes, ao contrário dos seus ministros e secretários. Contudo, o caso é relacionado a atuação política do ofendido, enquanto assessor de relações internacionais da presidência, quando teve sua privacidade ofendida durante o exercício de suas funções. Assim, mesmo que não se trate de agente político em si, os fundamentos da ponderação serão relacionados ao sujeito enquanto exercente de cargo de confiança de um agente político. A segunda ressalva é em relação à inexistência de análise de atuação judicial. Neste caso, analisaremos e utilizaremos a

ponderação com base nos fatos ocorridos, sem o estudo de decisão judicial acerca do fato ocorrido.

Em 17 de julho de 2007 aconteceu um dos maiores acidentes da história da aviação brasileira, quando um *Airbus* da empresa TAM ultrapassou os limites da pista de pouso do aeroporto de Congonhas, São Paulo, vitimando 199 pessoas.¹²⁸ Entre os inúmeros acontecimentos que se decorreram após o acidente, ganhou destaque o caso do então assessor especial da Presidência da República, Marco Aurélio Garcia, que foi filmado junto a um colega no interior do seu gabinete - enquanto assistia reportagem televisiva relacionada ao acidente – supostamente comemorando a notícia que informava a constatação de uma falha técnica no *Airbus A320* da TAM. Parte da imprensa havia atribuído o acidente ao descaso do governo federal com a aviação civil. Assim, foi ao ar na Rede Globo de Televisão, reportagem em que foi divulgado o vídeo de Marco Aurélio batendo a mão aberta sobre a mão fechada, como em um gesto obsceno aos que culpavam a Administração pelo acidente¹²⁹. Isso, obviamente, gerou uma repercussão negativa ao governo e ao próprio assessor, já que este estaria festejando uma vitória pessoal do governo enquanto a população brasileira e, principalmente, os parentes das vítimas, sofriam com o acidente. Para muitos foi uma falta de respeito por parte de Marco Aurélio, que ficou marcado pelo fato até sua morte, em 20 de julho de 2017.¹³⁰

O caso *top, top* colocou em discussão à época, principalmente pelos defensores do governo, se a obtenção e divulgação do vídeo do assessor Marco Aurélio respeitava os ditames legais.¹³¹ Deixando de lado a questão política que envolveu todo o acontecimento e independentemente de fazer um juízo moral sobre a conduta de Marco Aurélio, é preciso analisar se houve ofensa à privacidade.

Os que defenderam a garantia da divulgação da imagem de Marco Aurélio, - provavelmente comemorando uma vitória pessoal do governo durante um momento de comoção nacional - usaram como justificativa, principalmente, o fato deste ser

¹²⁸ Para maiores detalhes do acidente, **Cf:** <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-40539541>. Data de acesso: 07 ago. 2017.

¹²⁹ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9Z-A4qSwQp4>. Data de acesso: 07 ago. 2017.

¹³⁰ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. Op., Cit., p. 112-113. Para análise detalhada do caso, **Cf:** <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2007200708.htm>. Data de acesso: 07 ago. 2017.

¹³¹ Para conferir opiniões de parceiros políticos do ofendido à época do fato, **Cf:** <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pt-defende-gesto-obsceno-de-marco-aurelio-garcia,24583>. Data de acesso: 08 ago. 2017.

exercente de cargo público em exercício de sua função no momento da obtenção da imagem e, também, por mais estranho que possa parecer, a ideia do local da obtenção do vídeo ser visível ao público.

A notoriedade da vítima ou a personalidade pública, foi um dos parâmetros centrais dos que consideraram correta a atuação da Rede Globo de Televisão. Como visto, em se tratando de exercentes de cargos públicos, há o entendimento de que no exercício de suas funções, esses têm seus direitos de personalidade reduzidos. No caso em análise, o assessor de relações internacionais do presidente Lula estava no seu gabinete pessoal, exercendo a sua função, quando teve sua intimidade violada pelas câmaras da Rede Globo. Assim, estritamente falando do parâmetro da notoriedade da vítima, concordamos com o entendimento de que há, neste caso, limitação da proteção da imagem e privacidade do agente ofendido, pois se tratou de fato vinculado ao exercício de sua função e não de suas relações pessoais e íntimas.

O parâmetro do local público é o mais polêmico e, provavelmente, o mais importante na solução desse litígio. A imagem foi obtida através de uma câmera focada em uma janela aberta na sala do assessor Marco Aurélio. Desta forma, a defesa da garantia da divulgação da imagem foi com base na ideia de que o local para visualizar o lugar da captação não era privado. Trata-se de formulação mais genérica do conceito de local público e merece ser rechaçado. O parâmetro de local público que se garante para a divulgação da informação é aquele local em que o sujeito violado se coloca à disposição da possibilidade de ter sua imagem vinculada, ou seja, são lugares públicos em si, os espaços de livre acesso como ruas e praças. Inclusive, ainda que nesses lugares, defendemos o conceito proposto por Schreiber de que pode inexistir o parâmetro de local público a depender da situação. Segundo o autor:

Quem participa de uma passeata, quem comparece a um show, quem vai ao estádio assistir a uma partida de futebol tem a consciência de que pode ter sua imagem captada como parte integrante do fenômeno coletivo. Já não é o que ocorre com namorados que, ao entardecer, se beijam no banco de uma praça, onde, embora público o local, o contexto é evidentemente íntimo, de tal modo que a captação e veiculação da imagem do casal deve ser precedida do pedido de autorização ou, no mínimo das cautelas necessárias a impedir a identificação dos retratados.¹³²

¹³² SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. Op., Cit., p. 113.

Assim, entendemos que o parâmetro de local público deve ter um conceito mais restrito para que se possa garantir a proteção da intimidade dos sujeitos. Não se pode, de forma alguma, considerar local público o fato de que o lugar de onde se obteve a imagem era público. Não é necessário, por exemplo, invadir uma propriedade privada para que haja invasão da privacidade de alguém, basta obter a imagem de alguém dentro de sua residência ou, como visto acima, em um momento íntimo. No caso em análise, o assessor encontrava-se em sua sala pessoal, achando ter sua privacidade protegida, quando uma câmera conseguiu obter imagens suas através de uma janela. Não há dúvidas da inaplicabilidade do parâmetro de local público neste fato. O local de obtenção do vídeo era privado por essência.

Ganha destaque, ainda, dois parâmetros tratados no capítulo referente aos métodos de ponderação, propostos por Schreiber, no estudo da ofensa sofrida pela imagem em prol da liberdade de informação: o grau de consciência do retratado da captação de sua imagem e a amplitude da exposição do retratado. O assessor Marco Aurélio, obviamente, por estar em seu gabinete apenas com um colega de confiança, não imaginava que seus atos naquele recinto seriam divulgados para toda a população brasileira. Assim, não inexistia em tese por parte do ofendido qualquer consciência da captação de sua imagem. É bem provável que, se estivesse ao vivo para dar pronunciamento no momento da divulgação da informação da falha pessoal do piloto, o assessor agiria de maneira diversa. Sua privacidade foi amplamente exposta, ocasionando grande repercussão negativa em toda a sociedade brasileira. Assim, ambos os parâmetros garantem a existência de grave dano à privacidade do ofendido, independentemente da análise moral do ato praticado por este.

Conclui-se que, apesar deste caso envolver pessoa notória no exercício de sua função, ainda assim a privacidade deveria prevalecer, já que a imagem obtida violou o âmbito de local privado onde o agente julgava ter ampla proteção de sua intimidade, causando danos irreversíveis à pessoa, em razão da ampla exposição de seu ato. Na hipótese de existência de ação judicial movida pelo agente, para proteção de sua intimidade e reparação dos danos ocasionados, a decisão, se pautada apenas nos fatos analisados neste trabalho, deveria prevalecer em razão da proteção da privacidade. O julgamento da atuação correta ou não do assessor Marco Aurélio, não cabe a essa pesquisa. Não se pode legitimar ofensas à privacidade sob a justificativa

de merecimento punitivo ao sujeito violado. Trata-se de princípio fundamental que só deve ceder, quando em conflito com outros princípios que justifiquem essa decisão.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A privacidade é constantemente violada pela mídia. Informações da vida cotidiana são constantemente divulgadas pelas câmeras da imprensa. Esses sujeitos vendem informações pessoais para um público que consome dados que só interessam de verdade ao sujeito violado. A sociedade moderna sente necessidade de invadir a esfera de algumas pessoas, com destaque para os sujeitos públicos e notórios, com a finalidade de entender seus hábitos diários, conhecer suas relações pessoais, encontrar seus defeitos e criticar ou exaltar suas decisões.

Na história moderna, com o avanço da tecnológica e, conseqüentemente, difusão dos métodos de obtenção e divulgação de imagens, a ofensa à privacidade torna-se ainda mais constante. Se antes se limitava ao direito de ser deixado só, pensada principalmente no respeito aos limites da propriedade privada, hoje ganha contornos diversos. Em uma grande metrópole, por exemplo, dificilmente alguém estará livre de intervenções das câmeras de segurança espalhadas pelas ruas e órgãos públicos. Um pequeno acidente é suficiente para que inúmeros meios de informações vinculem imagens e vídeos do fato, sem o mínimo cuidado de preservar a imagem e privacidade dos sujeitos envolvidos. Uma pequena compra via internet, ou um cadastro em um site específico, é suficiente para que se tenha a obtenção de dados pessoais do sujeito.

Assim, surge a necessidade de criar meios capazes de remediar os danos causados pela imprensa à intimidade das pessoas. Foi tratado nesta monografia as ofensas sofridas pelos agentes políticos, categoria que faz parte das pessoas notórias e, portanto, sofre com constantes lesões pela mídia.

Foi feito um estudo minucioso de inúmeros métodos ponderativos, com seus respectivos parâmetros. Os métodos analisados dizem respeito aos direitos de personalidade em geral, sem afastar a possibilidade de aplicação de todos à privacidade. Foram analisados, desde critérios com base na responsabilidade civil pela ofensa aos direitos de personalidade, até métodos estabelecidos conforme dados obtidos perante a jurisprudência do STJ.

A conclusão possível de se extrair do presente trabalho foi que se tratando de conflito envolvendo direitos fundamentais, afasta-se de imediato os critérios tradicionais de solução propostos para a colisão entre normas regras. Faz-se uso,

portanto, da técnica da máxima da proporcionalidade, dando destaque para a análise dos critérios jurídicos de solução, que são examinados na terceira etapa, na ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

A ponderação é feita conforme a avaliação de inúmeros parâmetros. Esses parâmetros atribuem peso para determinado princípio. Não existe método que estabeleça parâmetros perenes para solucionar algum conflito. Estes são estabelecidos tendo por base a situação fática. Assim, tratando-se de caso em que foi relevante a divulgação da informação por ter se tratado de um crime, o parâmetro da natureza do fato será de importante utilidade e, provavelmente, determinante na solução do conflito. Contudo, se verificarmos um caso de uma divulgação de um vídeo de um senador em um bar com sua amante, a priori de nada servirá este parâmetro.

Os conflitos entre liberdade de informação e privacidade são bastante rotineiros. A imprensa não pode sofrer limitações prévias, já que a Constituição Federal veda explicitamente a censura prévia. Assim sendo, a proteção da privacidade deverá ocorrer por meio de ações judiciais que visam a obtenção de indenizações pelas ofensas causadas. Essa indenização, contudo, dependerá da análise do caso concreto, para conclusão da real ofensa à privacidade. Essa análise se dá pelo método ponderativo.

Essas indenizações não visam somente a reparação do dano causado. Sua função principal é criar nos veículos de imprensa, um temor no momento da divulgação de fatos que ofendam a privacidade. Assim, surge um dever de cuidado implícito com base nas decisões judiciais. A imprensa passa a saber diferenciar seus atos que merecem ou não proteção, através da análise das decisões judiciais anteriores.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Jean Menezes de. “Considerações sobre a censura à imprensa no Brasil após a Constituição de 1988”. Mestre: cadernos acadêmicos do mestrado em direito. Barra Mansa: UBM, v.I, n. 3:1998.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

_____. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. Enunciado 279.

_____. Lei 8.429 de 2 de junho de 1992.

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 16ª Câmara Cível. Acórdão na apelação nº 0409114-02.2014.8.19.0001. Relator: Marco Aurélio Bezerra de Melo. Disponível em:
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041767B5F2127B5EF57C552DA73C88214DC5061C015555>. Data de acesso: 05 ago. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.) A Nova Interpretação Constitucional. 2ªEd. São Paulo: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org). Leituras complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

BBC. Voo JJ 3054: as lições da maior tragédia da aviação brasileira. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40539541>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BOGOTÁ. 9ª Conferência Internacional Americana. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALDAS, Pedro Federico. Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADÃO. Pt defende gesto obsceno de marco Aurélio Garcia. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pt-defende-gesto-obsceno-de-marco-aurelio-garcia,24583>. Acesso em: 08 ago. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 11ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão entre direitos – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 1ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996.

FOLHA DE S. PAULO. Assessor especial de Lula faz gesto obsceno ao assistir, na tv, à notícia sobre a tam. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2007200708.htm>. Acesso em: 07 ago. 2017.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. A liberdade de imprensa e o direito à imagem. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LIMBERGER. Têmis. O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais. 1ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAGALHÃES, Fabiano Pinto de. Privacidade, imagem-atributo e liberdade de expressão. Colisão e parâmetros de ponderação. Comentários ao acórdão no REsp 1.235.926. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan-jun./2014. Disponível em:

<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Magalh%C3%A3es-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>. Data de acesso: 17 jun .2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDONÇA, Bruna Lima de. Direito à imagem x liberdade de expressão: comentários ao Recurso Especial n. 1.200.482/RJ. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Mendon%C3%A7a-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>. Data de acesso: 07 jul. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Honra, liberdade de expressão e ponderação. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr-jun./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>. Data de acesso: 25 jul. 2017.

MOREIRA, Thiago. Breves reflexões sobre a incidência de Direitos Fundamentais nas relações entre particulares – Liberdade de Informação v. Direitos da Personalidade – Um estudo de Direito Comparado. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 24, jan. 2015.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística. 1ª Ed. São Paulo: FTD, 1997.

O GLOBO. Fala, PMDB! O PMDB é a salvação da democracia; suja, mas muito nossa. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/fala-pmdb-11905792>. Acesso em: 05 ago. 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Ofensa à honra de agentes públicos e agentes políticos em matéria jornalística. Disponível em: <https://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/ofensa-honra-autoridades-politicos.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Org: Maria Celina Bodin de Moraes. Trad: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. Direitos de Personalidade. 3ª Ed. São Paulo, Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

YOUTUBE. Jornal nacional, vôo jj 3054: marco Aurélio “top top” Garcia o obsceno. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9Z-A4qSwQp4>. Acesso em: 07 ago. 2017.