

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL - UNISC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Bárbara Michele Morais Kunde

**A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE DE
EXPRESSÃO E DE COMUNICAÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À
PRIVACIDADE E À INTIMIDADE: UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

Santa Cruz do Sul

2016

Bárbara Michele Morais Kunde

A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE COMUNICAÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE: UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo

Santa Cruz do Sul

2016

*A Adolfo Bezerra de Menezes, grande mentor de tudo.
A Bittencourt Sampaio, pela generosidade em me acompanhar.*

AGRADECIMENTOS

Primeiro um sonho.

Acenando no horizonte uma possibilidade: floresce um ideal, exigindo uma grande superação. O primeiro passo, titubeante, e depois a caminhada...

Um curso de Mestrado não se faz solitariamente. O percurso é compartilhado com todos aqueles que se importam realmente com nossos desafios e conquistas. No entanto, dizer que foi feito “a quatro mãos” é ser simplista demais, porque, pela dádiva de Deus, fui agraciada por uma corrente de elos muito fortes, que me sustentaram nesses dois anos de amadurecimento humano e acadêmico.

Externo minha profunda gratidão ao meu esposo Jorge Steffens, pois sem a sua valiosa ajuda e doação incondicional, a semente não teria florescido e nada teria se concretizado. Mesmo no silêncio do seu olhar, as palavras eram eloquentes, e a sua harmonia e confiança me sustentaram quando o caminho se tornou um pouco mais difícil. Se antes deste desafio eu já o amava, mais uma vez a vida me concede a certeza plena de que o nosso amor é feito de amizade e cumplicidade, rumando, sempre, haja o que houver, ao ideal que temos em comum, desde que nos encontramos.

Também agradeço a minha pequenina Laura, que desde sempre se mostrou compreensiva com minhas ausências e, diante de minhas preocupações, com seu sorriso meigo, me encorajou a alimentar o sonho acadêmico. Ela sempre soube – penso que muito mais do que eu própria –, o quanto esta dedicação foi fundamental e o que significará futuramente.

Agradeço aos bons e elevados Espíritos que me deram a bênção de sua companhia, me encorajaram e me acompanharam, com amor incondicional, nas etapas deste desafio.

Faço minha reverência aos meus pais, Egon e Sônia, pela oportunidade de aqui estar. Também sou indescritivelmente grata a minha amada e querida avó Ema Homrich Moraes, que com apoio incondicional e confiança em mim depositados, me possibilitou tranquilidade para cumprir com meus deveres.

As minhas especiais amigas Tatiani Lobo e Ramônia Schmidt que gravaram em meu coração a célebre passagem de Platão: “A amizade é uma predisposição recíproca que torna dois seres igualmente ciosos um pela felicidade do outro”, fazendo-me compreender o que significa uma amizade sincera e leal, que o tempo não apaga e a distância não afasta.

Agradeço à Coordenação de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, especialmente à Professora Dra. Marli Marlene Moraes da Costa pela dedicação, pelas batalhas, pela convivência e pela sensibilidade com que tratou todos os nossos pedidos, questionamentos, apelos, e também pela alegria compartilhada pelas conquistas recolhidas ao longo deste período. Além disso, agradeço imensamente pela qualidade do ensino que pude usufruir, coordenar um Curso de Mestrado de conceito 5 pela Capes é tarefa árdua, principalmente quando se almeja alcançar novos patamares para o ensino!

Agradeço pelos momentos compartilhados com as queridas Rosana Fabra, Enívia Hermes, Rosane Michelotti e Morgana Costa, companheiras de jornada, com as quais dividi anseios de bolsista e compartilhei alegrias e vitórias.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes, pela bolsa de estudos concedida, sem a qual nada disso teria sido possível, meu profundo reconhecimento pela importância do incentivo da pesquisa em nosso país, com as esperanças renovadas de que o mundo será um lugar melhor para se viver.

Agradeço ao meu Professor Orientador Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo pela convivência, pelo estímulo, e, principalmente, por toda a liberdade de produção científica, me proporcionando o amadurecimento acadêmico que somente a prática concede. Obrigada por me orientar nesse caminho!

Agradeço, também, ao Professor Dr. Jorge Renato dos Reis, que me fez acreditar, desde o início, que o sonho poderia se tornar realidade. Agradeço pelo conhecimento compartilhado, pela generosidade em ensinar, pelo exercício, com amor e abnegação, desta missão que é ser educador, título maior que alguém pode conquistar!

Por fim, minhas melhores palavras para expressar minha gratidão a Deus, Senhor de todas as coisas, por seu amor permanente e infindável, por tudo o que sou e por tudo que posso ser.

Obrigada!

RESUMO

A presente pesquisa visa analisar a colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação com os direitos fundamentais à privacidade e intimidade no contexto da sociedade da informação, sob a óptica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Neste embate, utiliza-se o método da ponderação, operacionalizado pelo princípio da proporcionalidade, como forma de equacionar o conflito nas relações entre particulares. Entretanto, a prática tem demonstrado dificuldades na aplicação do referido método, por seu inadequado manejo na busca de uma solução que preserve, o máximo possível, os direitos fundamentais. Assim, considerando-se que a liberdade de expressão e de comunicação são direitos fundamentais que devem também observar os também fundamentais direitos à privacidade e à intimidade, em caso de colisão, a ponderação tem sido aplicada para solucionar esses embates? E, em caso afirmativo, o referido método em sido aplicado adequadamente pelo Supremo Tribunal Federal? Portanto, o objetivo central deste trabalho está em verificar a aplicação, adequada ou não, da ponderação na colisão dos direitos à liberdade de expressão e de comunicação e os direitos fundamentais à privacidade e intimidade pela Corte Constitucional brasileira, de modo a sopesar o direito que se demonstre de maior peso axiológico no caso concreto sob análise. O tema proposto ajusta-se à linha de pesquisa do Programa, que é Constitucionalismo Contemporâneo, por meio da qual se busca compreender o fenômeno constitucional em seu aspecto de consolidação jurídica de garantias próprias de uma sociedade altamente complexa e comprometida com o bem-estar de seus integrantes. O estudo associa-se à linha de pesquisa do Professor Orientador, pois examina as relações interprivadas sob o viés do Direito Constitucional, tendo como prisma norteador o pluralismo de ideias, imprescindível para o progresso humano. O método de abordagem empregado é o dedutivo; os métodos de procedimento utilizados são o histórico e o monográfico. Em termos de técnica de pesquisa, utilizar-se-á a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica a ser realizada em livros, artigos científicos, periódicos e jurisprudência, sendo a pesquisa jurisprudencial realizada no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal no período compreendido entre os anos de 2014 e 2015. Assim, como os direitos fundamentais compõem o cerne da Constituição brasileira, e considerando-se que a informação é uma importante ferramenta de acesso ao conhecimento, inerente à sociedade da informação, os direitos à liberdade de expressão e de comunicação, quando em colisão com os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, nem sempre têm sido sopesados adequadamente, gerando juízos de frágil embasamento teórico, comprometendo a racionalidade das decisões da Suprema Corte brasileira. Por isso, a discussão comprova sua relevância tendo em vista a busca da promoção da dignidade da pessoa humana, a ser alcançada pela persecução de uma convivência harmônica entre todos os direitos e garantias proclamados pela ordem constitucional.

Palavras-chave: Direitos fundamentais à liberdade de expressão e de comunicação. Direitos fundamentais à privacidade e à intimidade. Ponderação. Princípio da proporcionalidade. Supremo Tribunal Federal.

RESUMEN

Esta investigación tiene como objetivo analizar la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de expresión y comunicación con los derechos fundamentales a la intimidad y la intimidad en el contexto de la sociedad de la información bajo el punto de vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En esta lucha, se utiliza el método de ponderación, operado por el principio de proporcionalidad como una forma de resolver el conflicto en las relaciones entre los individuos. Sin embargo, la práctica ha demostrado dificultades en la aplicación de dicho método, por su manejo inadecuado en la búsqueda de una solución que preserve las máximas posibles derechos fundamentales. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la libertad de expresión y la comunicación son derechos fundamentales que también debe observar también los derechos fundamentales a la intimidad y la intimidad, en caso de colisión, la ponderación se ha aplicado para resolver estos conflictos? Y, si es así, que el método ha sido aplicado correctamente por el Tribunal Supremo? Por lo tanto, el objetivo principal de este trabajo es verificar la aplicación, adecuada o no, la ponderación en la colisión de los derechos a la libertad de expresión y de comunicación y los derechos fundamentales a la intimidad y la intimidad de la Corte Constitucional de Brasil para pesar el derecho de se demuestra más peso axiológico en el caso que se examina. El tema propuesto se ajusta a la línea de investigación del programa, que es el constitucionalismo contemporáneo, a través del cual se busca entender el fenómeno constitucional en su aspecto de consolidación legal de las garantías propias de una sociedad altamente compleja y comprometida con el bienestar sus miembros. El estudio se asocia con la línea de investigación del profesor asesor, porque examina las relaciones interprivadas bajo el sesgo de Derecho Constitucional, con el prisma guiar la pluralidad de ideas, esenciales para el progreso humano. El método empleado es de enfoque deductivo; los métodos de procedimiento utilizado son históricos y monográfico. En cuanto a la técnica de búsqueda se utilizará para la documentación indirecta, a través de la literatura, que tendrá lugar en los libros, artículos de revistas científicas y la jurisprudencia, y la investigación jurisprudencial a cabo en las decisiones del Tribunal Supremo en el período entre los años 2014 y 2015. por lo tanto, como derechos fundamentales forman el núcleo de la Constitución brasileña, y teniendo en cuenta que la información es una herramienta importante para acceder al conocimiento inherente a la sociedad de la información, los derechos a la libertad de expresión y comunicación cuando en colisión con los derechos fundamentales a la intimidad y la intimidad, no siempre han sido debidamente sopesado, generando juicios base teórica frágil, lo que compromete la racionalidad de las decisiones del Tribunal Supremo de Brasil. Por lo tanto, la discusión demuestra su relevancia en vista de la búsqueda de la promoción de la dignidad de la persona humana, que deben lograrse mediante la aplicación de una coexistencia armoniosa entre todos los derechos y garantías fundamentales, reconocidos por el orden constitucional.

Palabras clave: Los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de comunicación. Los derechos fundamentales a la intimidad y la intimidad. Ponderación. Principio de proporcionalidad. Tribunal Supremo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	15
2.1 Os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito como corolários do princípio da dignidade da pessoa humana	15
2.2 Direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação no Direito brasileiro.....	24
2.3 A tutela dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade na Constituição Federal.....	35
2.4 A Sociedade de Informação e o novo papel social-democrático da liberdade de expressão e do direito fundamental de comunicação	40
3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: A TENSÃO ENTRE OS DIREITOS DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE COMUNICAÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE.....	49
3.1 A constitucionalização do Direito Privado: do Código Civil à Constituição Federal	49
3.2 Construir as condições para efetivar a Constituição: a ponderação como solução para a colisão entre os direitos fundamentais de privacidade e de intimidade e os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação	61
3.3 O princípio da proporcionalidade e a sua operacionalização nos casos concretos	70
4 A PONDERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À COMUNICAÇÃO E OS DIREITOS À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE : UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOB A PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	89
4.1 A ADPF n. 130 como paradigma na colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação e os direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	89
4.2 O Supremo Tribunal Federal e a ponderação: elementos relevantes para a resolução do embate	93
4.3 Direitos fundamentais à liberdade de expressão e de comunicação <i>versus</i> direitos fundamentais à privacidade e à intimidade: análise crítica de casos julgados pela Suprema Corte brasileira.....	104
5 CONCLUSÃO	131
6 REFERÊNCIAS.....	143

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão e a liberdade de comunicação consagradas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas de vários países surgem como corolários da liberdade de pensamento, pois o ser humano, livre para pensar da forma que acreditar ser melhor para si, há de ter igual liberdade para exteriorizar suas opiniões. Assim, há de ter igualmente garantido o acesso às informações transmitidas e divulgadas pelos demais indivíduos e órgãos de comunicação, inclusive para melhor formar seu senso crítico, elaborando suas opiniões e ideias, conquistando, assim, sua independência e liberdade.

A participação, o controle e o consentimento dos atores sociais são pilares inafastáveis da democracia, a escolha dos governantes é apenas uma das facetas do seu exercício, homens livres para transmitir e divulgar ideias, pontos de vistas, críticas, opiniões, concretizam a liberdade de expressão consagrada pelo Estado Democrático de Direito.

Assim, o grande desafio lançado é promover uma adequada simbiose entre a democracia e a lei, partindo-se do respeito à pluralidade, às divergências, ao consenso relativo, às diferenças, todos emoldurados pelos valores constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 abrigou um amplo catálogo de direitos e garantias, de modo que os direitos à liberdade de expressão e de comunicação, bem como os direitos à privacidade e à intimidade, todos pertencentes ao mesmo patamar hierárquico, foram reconhecidos como direitos a serem não somente protegidos pelo Estado, mas cujo exercício também passou a ser plenamente garantido.

Essa nova base jurídica é o substrato para a análise da colisão entre a liberdade de expressão e de comunicação e os direitos à privacidade e à intimidade, que também se opera na esfera das relações interprivadas, e reclama uma atuação estatal positiva, sustentada, primordialmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República brasileira.

Dessa forma, os direitos fundamentais não podem ser ignorados pelos sujeitos, todos os atos da vida civil deverão ser norteados pelo respeito à liberdade de autodeterminação, desde os propósitos mais simples, até os mais complexos.

O ser humano é um ser social por natureza, não vive solitariamente, partilha conhecimento e supre suas necessidades no agrupamento social, processo de interação impulsionado pela exteriorização do pensamento.

Embora as liberdades de expressão e de comunicação sejam vitais para a concretização do regime democrático, não podem ser consideradas superiores em absoluto, pois há uma esfera privada e íntima do ser humano que deve ser respeitada e mantida afastada do conhecimento alheio. Tal proteção assegura ao seu titular certa independência de ação, desvinculando-o de um comportamento socialmente esperado, permitindo-lhe liberdade de realizar suas escolhas em conformidade com que entende melhor para si.

O presente estudo justifica-se tendo em vista que a sociedade da informação é o palco da liberdade de expressão, uma vez que a comunicação entre as pessoas ocorre em nível global, impulsionada pelas novas plataformas digitais, altamente tecnológicas, que diluíram as fronteiras físicas, provocando grandes transformações sociais. Note-se que a partir dessa evolução, os envolvidos no processo comunicativo passaram a desempenhar tanto a função de emissores, quanto de receptores da informação, o que não ocorria na comunicação tradicional.

Como consequência, os direitos fundamentais ficaram mais expostos, exigindo, em contrapartida, uma proteção maior, haja vista a agilidade de comunicação e relacionamento humanos.

Assim, o exercício dos direitos fundamentais ocasiona, não raras vezes, a colisão de interesses, e considerando-se que a Constituição deve ser respeitada ao máximo, exige uma harmonização desses direitos para que não ocorra a anulação de um em face do outro, o que violaria a dignidade da pessoa humana.

A busca da harmonização desafia o intérprete a concretizar estes valores axiológicos, aproximando a norma da realidade social, o que pode ser alcançado por meio da ponderação como forma de solução do embate.

O Poder Judiciário vem se posicionando diante das desafiadoras, e cada vez mais complexas, situações geradas na sociedade da informação. Longe de firmar um consenso, seu principal papel é promover um equacionamento dos interesses contrapostos, o que tem sido tarefa hercúlea em face da diversidade das relações humanas.

O ponto crucial desta pesquisa centra-se na análise do problema de que, considerando-se que a liberdade de expressão e de comunicação são direitos

fundamentais que devem observar os também fundamentais direitos à privacidade e à intimidade, em caso de colisão, a ponderação tem sido aplicada para solucionar esses embates? E, em caso afirmativo, tem sido a ponderação aplicada adequadamente pelo Supremo Tribunal Federal?

Estes questionamentos representam o problema da presente pesquisa, cujo objetivo central está em verificar a aplicação, adequada ou não, da ponderação na colisão dos direitos à liberdade de expressão e de comunicação e os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade pelo Supremo Tribunal Federal. E, mais especificamente, analisar o modelo constitucional democrático no que tange aos direitos fundamentais à liberdade de expressão, à comunicação, à privacidade e à intimidade e sua concretização na contemporânea sociedade da informação, verificar, em caso de colisão entre estes direitos fundamentais, o emprego da ponderação na solução da colisão entre tais direitos, de modo a preservá-los na maior medida do possível, atendendo aos valores constitucionais. Por fim, averiguar se a Corte Suprema, ao apreciar a colisão entre os referidos direitos fundamentais, tem se utilizado adequadamente da ponderação para fundamentar suas decisões, a fim de sopesar o direito que se demonstre de maior peso axiológico no caso concreto sob análise.

À luz dos questionamentos propostos e dos objetivos delineados, a justificativa acerca do tema do presente trabalho está embasada no fato de que os direitos fundamentais compõem o cerne da Constituição, cujo compromisso é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse contexto, a liberdade de expressão e de comunicação desempenham papel de promoção do pluralismo crítico, imprescindível ao processo democrático e participativo. Por outro lado, as relações sociais contemporâneas, não raras vezes, promovem o embate entre bens constitucionais que, exercidos concomitantemente, geram situações antagônicas entre seus titulares, de modo que os também fundamentais direitos à privacidade e à intimidade devem ser protegidos.

Diante da atualidade do tema, em que a informação é uma importante ferramenta de acesso ao conhecimento, inerente à sociedade da informação, a pesquisa investigará os pontos de tensão entre estes direitos fundamentais, igualmente relevantes para a promoção da dignidade da pessoa humana, conforme preceitua a Carta Política brasileira.

Considerando-se a Constituição Federal como a norma hierarquicamente superior no ordenamento jurídico pátrio, e tendo em vista que o respeito aos seus postulados é a concretização do Estado Democrático de Direito, a linha de pesquisa é a do Constitucionalismo Contemporâneo, que busca compreender o fenômeno constitucional em seu aspecto de consolidação jurídica de garantias próprias de uma sociedade altamente complexa.

O Direito Privado, pois, adequa-se a esta nova contextualização jurídica, exigindo dos pesquisadores uma óptica mais ampla do que a essencialmente privatista, voltada ao bem-estar social. O Orientador filia-se a esta linha, examinando as relações entre o Direito Público e o Direito Privado sob o viés do Direito Constitucional no atual contexto da sociedade da informação. Isso porque as relações jurídicas caminham pela publicização do privado e privatização do público, interpenetrando-se, de modo a subordinar os interesses privados aos interesses da sociedade civil, assim como a utilização dos aparatos públicos por esta mesma sociedade para alcançar os próprios objetivos, na construção de uma sociedade cada vez mais livre e democrática.

Determinadas as bases iniciais de abordagem do tema, insta esclarecer que o estudo utilizar-se-á do método de abordagem dedutivo, iniciando a pesquisa a partir de fundamentos basilares e estruturais, partindo-se das considerações gerais para, então, enfrentar especificamente o problema da pesquisa. Os métodos de procedimento utilizados são o histórico, buscando investigar a origem da problemática proposta, e o monográfico. Em termos de técnica de pesquisa, utilizar-se-á da documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica a ser realizada em livros, artigos científicos, periódicos e jurisprudência, sendo a pesquisa jurisprudencial realizada no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal no período compreendido entre os anos de 2014 e 2015.

O desenvolvimento da temática dar-se-á em três capítulos, sendo que, no primeiro, centrar-se-á na apresentação da evolução dos direitos humanos e fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como eixo o princípio da dignidade da pessoa humana, analisando mais especificamente os direitos fundamentais à liberdade de expressão e de comunicação, bem como o direito fundamental à privacidade e o direito fundamental à intimidade no contexto da sociedade da informação, enfatizando o novo papel destes direitos no Estado Democrático de Direito. O referencial teórico são os autores José Joaquim Gomes

Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Manuel Castells e Pierre Lévy.

Em seguimento, o capítulo segundo analisará o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado e sua influência sobre a interpretação do ordenamento jurídico no que tange aos direitos de personalidade para, então, relacionar o fenômeno com a liberdade de expressão e de comunicação e compreender a contribuição destas para a solidificação da democracia. Apontará a importância das liberdades de expressão e de comunicação neste contexto, sem olvidar a preservação dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade. Considerando-se a impossibilidade de harmonização entre os direitos fundamentais examinados, analisar-se-á o emprego, adequado ou não, da ponderação, em todas as suas etapas de aplicação, para a solução da colisão de modo a preservar, ao máximo possível, cada um deles no caso concreto. O referencial teórico para o exame da constitucionalização do Direito Privado serão os doutrinadores José Joaquim Gomes Canotilho, Gustavo Tepedino, Daniel Sarmento e Edilson Pereira de Farias, ao passo que, quanto à ponderação, a base será a teoria principiológica formulada por Robert Alexy, empregando-se, ainda, os autores Wilson Antônio Steinmetz e Daniel Sarmento.

O terceiro e último capítulo analisará a operacionalização da ponderação pelo Supremo Tribunal Federal na solução da colisão entre os direitos fundamentais objeto da pesquisa. Antes, porém, contextualizará a relevância atribuída pela Corte à liberdade de expressão em face do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 130, considerada paradigma para todas as decisões envolvendo o tema liberdade de expressão e direitos da personalidade. Por meio da seleção de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal procurar-se-á identificar se, no caso concreto de colisão entre os direitos à liberdade de expressão e de comunicação e direitos à privacidade e à intimidade, a ponderação está sendo observada em seus aspectos estruturais, tecendo-se críticas à atual conduta interpretativa adotada pela Corte, utilizando-se os aportes teóricos dos capítulos precedentes.

Assim, o debate proposto mostra-se de extrema relevância. A Constituição Federal inaugurou o Estado Democrático de Direito, no qual a liberdade é pilar fundamental da democracia, porque de inestimável valor para o indivíduo e para a sociedade, mas que deve conviver harmoniosamente com todos os direitos e

garantias proclamados pela ordem constitucional. Dessa forma, na busca da concretização de uma sociedade igualitária, justa e solidária, tal discussão mostra-se imprescindível, assim como o questionamento sobre os caminhos seguidos para o alcance deste desiderato por meio do emprego da ponderação.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A abordagem inicial deste capítulo perpassa os principais pontos conformadores do Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição Federal de 1988, documento histórico no qual um leque extenso de direitos fundamentais foi reconhecido, inaugurando-se uma nova ordem jurídica no Brasil.

Os direitos fundamentais são realidades históricas, resultantes de lutas travadas em diferentes contextos sociais e democráticos, ocupadas em construí-los como meios de concretização das necessidades humanas, em prol da dignidade.

Dessa forma, entendidos como concreção do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, atualmente são referenciais na legitimação de regimes políticos, de modo que quanto mais um Estado assegure a sua realização, mais legitimidade adquire perante a comunidade internacional.

Neste trabalho analisar-se-á, mais especificadamente, o conflito entre a liberdade de expressão e de comunicação e direito fundamental à intimidade e à privacidade, e as formas de solução da colisão entre eles assentadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1 Os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito como corolários do princípio da dignidade da pessoa humana

Os direitos fundamentais resultaram das lutas sociais e políticas que, paulatinamente, foram conquistando e solidificando as garantias que o momento histórico reclamava.

A medida que estes direitos foram recepcionados pela ordem jurídica dos Estados, as Constituições foram positivando-os em seus textos, de modo que o Estado, identificando-se com o Constitucionalismo moderno, deve ser Estado de Direito Democrático, ou seja, deve operar uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito (CANOTILHO,19--).

Nesse esteio, o modo de conceber a liberdade é visto de duas formas: a liberdade negativa, ou de defesa em face do Estado, e a positiva, assente no exercício democrático do poder, o que pode levar à concepção de que a liberdade negativa tem precedência sobre a participação política (CANOTILHO,19--).

Nesse quadro, “a segurança da propriedade e dos direitos liberais representaria neste contexto a essência do constitucionalismo. O ‘homem civil’ precederia o ‘homem político’, o ‘burguês’ estaria antes do ‘cidadão’” (CANOTILHO, 19-- , p. 99), o que leva o autor a concluir que aquele que cultiva a liberdade política a tem em menor dimensão do que aquele que preza a liberdade em face do poder.

O grande desafio contemporâneo é estabelecer uma simbiose entre a lei e a democracia, de sorte que o cidadão possa exercer a sua liberdade com vistas a uma participação política voltada ao senso coletivo, exigindo a efetividade de seus direitos com a consciência de que possui também deveres e, para um convívio civilizado e pacificado, é preciso respeitar o tênue limite entre ambos.

Muito embora o estudo envolva direitos fundamentais à liberdade de expressão e de comunicação e direito fundamental à privacidade e à intimidade, necessário um detalhamento da base estatal na qual inseridos estes direitos, a fim de que se apreenda melhor o seu processo de afirmação, bem como sua importância e extensão no ordenamento jurídico brasileiro em face da essencial liberdade e autonomia desfrutada pelo ser humano na busca de sua realização como indivíduo.

Por isso, é necessário, ainda que brevemente, estabelecer-se a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, iniciando-se por uma incursão histórica.

A antiguidade foi o berço dos direitos inerentes à condição humana que, conforme Clovis Gorczewski (2009, p. 20) representam “um conjunto de exigências e enunciados jurídicos que são superiores aos demais direitos”. Esta superioridade, não somente jurídica, mas, principalmente axiológica, decorre do reconhecimento de que os direitos humanos pertencem ao homem desde sempre, independentemente do reconhecimento de um determinado ordenamento jurídico. Logo, integram a sua individualidade e essência, compondo a sua dignidade (GORCZEWSKI, 2009).

O Cristianismo lançou a concepção de que o homem era igual entre todos os demais, ideia difundida com as pregações de Paulo de Tarso que, seguindo o exemplo ético de Jesus Cristo, eliminou distinções entre judeus e gregos, escravos e livres, homens e mulheres, propagando tal concepção também no Ocidente (COMPARATO, 2003).

Estabelecida a igualdade universal, ainda que efetiva somente no plano sobrenatural, à Igreja coube aprofundar a ideia de uma natureza comum ao homem.

Inicia-se, então, a elaboração do princípio da igualdade entre todos, de modo que Fabio Konder Comparato (2003, p. 20) destaca que “[...] é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos”.

Posteriormente, Kant contribui com seu entendimento de que somente o ser racional possui a faculdade de agir segundo as leis e princípios a que submetido, o que leva à conclusão de que, além de existir como um fim em si mesmo, o ser humano possui, em razão de sua racionalidade, o livre arbítrio que exerce com autonomia, guiando-se racionalmente e não apenas por seu instinto, pois “[...] a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas” (COMPARATO, 2003, p. 26).

A constitucionalização dos direitos humanos tem como marco histórico a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (1776) e a Revolução Francesa (1789). A primeira, ocorrida nos Estados Unidos da América, destacou-se como oposição à monarquia inglesa, ao passo que, na França, o movimento derrubou o antigo regime, instaurando uma nova e revolucionária ordem baseada nos postulados de liberdade, igualdade e fraternidade. O ponto em comum são os direitos naturais inalienáveis e imprescritíveis que, a partir de então, foram positivados, exercendo forte influência em inúmeras Constituições (LEAL, 2007).

As sucessivas mutações históricas advindas das revoluções reclamaram cada vez mais a defesa dos direitos humanos, elevando-os lentamente ao patamar de valores hierarquicamente organizados em determinado meio social. Por esse motivo, e por serem intrínsecos à natureza humana, são considerados de dimensão universal porque independem da outorga de uma determinada sociedade.

Postulados primários da existência da vida humana, a maturação histórica os transformou em direitos fundamentais. Como afirma Pérez-Luño (1998, p. 48) trata-se de um “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidade, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

Muito embora sejam empregadas nomenclaturas variadas para os direitos humanos, tais como direitos naturais, direitos morais ou direitos fundamentais,

adota-se a expressão “direitos humanos” porque foi a empregada pelas Nações Unidas em 1948 na Declaração Universal dos Direitos do Homem¹.

O fato é que os direitos humanos podem ser nominados diferentemente para expressar a mesma ideia exposta acima, no entanto, não se pode confundi-los com direitos fundamentais, nem empregá-los como sinônimos, já que este conceito se aplica àqueles direitos reconhecidos em normas jurídicas constitucionais de um determinado Estado, ao passo que os direitos humanos tratam de direitos de abrangência internacional e validade universal, independentemente da vinculação de seu titular a uma determinada ordem constitucional (SARLET, 2012).

Em que pese todas as conquistas angariadas no campo dos direitos humanos, as constantes crises indicavam a necessidade de se reconhecer o ser humano como portador de valores éticos que não poderiam ser suprimidos, tais como a dignidade, a liberdade e a igualdade.

Nesse sentido, conforme assevera Edilsom Pereira de Farias (2008, p. 55), “a pessoa humana é hoje considerada como o mais eminente de todos os valores porque constitui a fonte e a raiz de todos os demais valores”, sendo, portanto, titular de direitos fundamentais que lhe assegurem a existência digna no sentido de possuir liberdade para se autodeterminar.

Entretanto, não basta que estes valores reconhecidos universalmente sejam concebidos como integrantes da essência humana, para sua concretização é imprescindível a incorporação destes direitos humanos (naturais e inalienáveis) à ordem jurídica. Mas não se trata de qualquer positivação, e sim a realizada pela lei máxima do ordenamento jurídico, de sorte que assim o seja tanto em relação ao indivíduo, quanto à sociedade.

A passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal alterou a importância da esfera privada no mundo jurídico, calcada na legislação e no poder do povo exercido por meio de representantes (LEAL, 2007). Como já ressaltado, o cerne do pensamento político do Século das Luzes era a tríade composta por

¹ Ingo Sarlet destaca que a expressão “direitos humanos” não pode ser empregada como sinônimo de “direitos naturais” como defendem alguns setores da literatura constitucional, pois a positivação dos direitos humanos em normas de direito internacional revela sua trajetória histórica, desprendendo-se da ideia de um direito natural. In: Sarlet, Ingo; Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 250.

direitos individuais, constituição escrita e separação de poderes, que buscavam, primordialmente, a limitação do poder estatal.

Considerados inatos na pessoa humana, os direitos individuais foram projetados nas Declarações de Direitos ou reconhecidos nas constituições oitocentistas, despontando como direitos oponíveis ao Estado, que passaram a definir a “fronteira entre o que é lícito e o que não é para o Estado. E, limitando o poder, deixam fora de seu alcance um núcleo irreduzível de liberdade”, reservando uma distância segura entre o público e o privado (FERREIRA FILHO, 2009, p. 6).

Assim, nesse momento histórico, os direitos de primeira dimensão são consolidados nas constituições como ferramentas defensivas contra o Estado, assegurando o direito à vida, à propriedade, à liberdade, entre outros. As relações privadas, por sua vez, passaram a ser reguladas pelo Código Civil.

No entanto, os desafios da evolução social, acentuada pelas consequências da Revolução Industrial, exigiram que aos direitos individuais somassem-se direitos sociais, pois que “a sociedade dita ‘pós-moderna’ não mais aceitava o paradigma da igualdade formal e da autonomia da vontade pregada pelo Estado Liberal, exigindo providências do Estado no sentido de prestar uma proteção mais efetiva” (REIS, 2003, p. 777). O Estado Social consolida, então, a segunda dimensão de direitos que passaram a contemplar a educação, o trabalho, a saúde, bem como assegurar as liberdades sociais, tais como de sindicalização, dando maior aporte político aos cidadãos, garantindo-lhes, também, o direito de greve, direito a férias, a remuneração por um salário mínimo, repouso semanal, entre outros (SARLET, et al., 2012).

Essa visão mais humana e social marca um Estado que reaproxima as esferas pública e privada, delegando ao Poder Executivo maior atuação para conformar a estrutura de uma nova sociedade amparada nas garantias e direitos fundamentais.

O processo de maturação dos direitos fundamentais é constante, de modo que novamente se operam mudanças na estrutura constitucional ao se reconhecerem os direitos de terceira dimensão (direitos de solidariedade), avançando-se para uma proteção mais ampla, que vai além da pessoa, considerando os grupos humanos, a família, o povo, a nação, já que o Estado Social não alcançou a concreção de seus objetivos (REIS, 2004). Assim, a nota distintiva destes direitos é a sua titularidade em um momento expressivo de valorização do

ser humano, em virtude das contundentes consequências da Segunda Guerra Mundial, como resultado de novas reivindicações fundamentais do ser (SARLET, et al., 2012, p. 263).

Importante mencionar, ainda, que há posições jurídicas que consideram as novas tecnologias como direitos de terceira dimensão, como é caso, em especial, dos direitos reprodutivos (acesso às novas tecnologias reprodutivas), da proteção da identidade genética do ser humano, do acesso à informática e a proteção de dados pessoais. No entanto, como bem assevera Ingo Sarlet (et al., 2012, p. 263), em sua essência tais direitos são desdobramentos dos antecedentes na medida em que tutelam a dignidade da pessoa humana, liberdade, proteção da privacidade e da intimidade.

Esclarece o autor (et al., 2012, p. 263) que Paulo Bonavides, considerando a fase derradeira da institucionalização do Estado Social, admite uma quarta dimensão de direitos fundamentais, composta pelos direitos à informação, ao pluralismo e à democracia. Neste mesmo sentido, o constitucionalista, tencionando resgatar a vital importância da paz no contexto multidimensional dos direitos humanos e fundamentais, a classifica como direito de quinta dimensão de direitos fundamentais. No entanto, Sarlet discorda destas duas classificações adotadas por Bonavides.

Como se vê, a unanimidade está longe de ser alcançada, razão porque, por prudência, adota-se a classificação doutrinária mais usual, que vai até a terceira dimensão.

No Brasil, o caráter supremo dos direitos fundamentais integra o perfil do Estado Democrático de Direito concebido pela Constituição Federal de 1988, e têm eles, os direitos fundamentais, especial dignidade e proteção num sentido material e formal (CANOTILHO,19--).

Com efeito, como observa Sarlet (et. al, 2012,p. 266), um direito é considerado fundamental quando a circunstância de fundamentalidade é simultaneamente formal e material. A fundamentalidade formal diz respeito à positivação do direito num regime jurídico definido a partir da Constituição, caracterizando-se por três elementos: (a) parte integrante da Constituição Federal, ocupando posição de supremacia hierárquica entre as normas constitucionais; (b) submissão a limites formais e materiais de reforma previstos na própria Constituição; (c) aplicabilidade imediata e direta, vinculando o Estado bem como os particulares.

Neste cenário, a operacionalização desta nova ordem constitucional passou a vincular os três poderes, sustentada pela dignidade da pessoa humana, destacada como fundamento da República brasileira. Todavia, a garantia de acesso à Justiça, igualmente prevista na Carta Política, deslocou o protagonismo de atuação do Poder Executivo para o Poder Judiciário na medida em que estes direitos subjetivos (de pessoas físicas e jurídicas) devem ser assegurados aos seus titulares.

Note-se, também, que no âmbito do Direito Privado, os indivíduos também têm o compromisso de respeitar os direitos fundamentais de seus pares, devendo pautar os atos da vida civil pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pois ao mesmo tempo em que observam o direito alheio, estão respeitando o seu próprio direito. Em outras palavras, possuindo este princípio natureza igualitária e por exprimir ideia de solidariedade, vincula também os particulares, o que impõe o desenvolvimento da consciência ética a ser consolidada como prática perene de respeito à pessoa.

Com este novo eixo axiológico, a Constituição cidadã, além de suas inovações normativas, simbolicamente representou o “reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a democracia”, deflagrando uma nova era no Brasil “timbrada pela justiça social, pela solidariedade e pelo pluralismo democrático” (SARMENTO, 2006, p. 84).

Assim, a nova ordem jurídica passou a gravitar em torno da pessoa humana e de seus valores existenciais. Sintetizando, é o homem digno porque é pessoa, excedendo a sua natureza biológica e sua capacidade racional, é responsável pela condução de sua vida e é nisso que reside a sua dignidade (ASCENSÃO, 2004).

Como já ressaltado, o princípio da dignidade da pessoa humana integra o cerne da Carta Política brasileira, e sendo eleito como um dos fundamentos da República, não apenas vincula a ordem constitucional, como também “costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, localizando-se no epicentro axiológico da ordem constitucional e por isso adentrando as relações privadas” (SARMENTO, 2006, p.86).

Uma vez que o ser humano detém um valor próprio, intrínseco, a sua dignidade é qualidade essencial, que o distingue das demais criaturas. Esta concepção de origem religiosa atribuiu ao homem – considerado filho de Deus porque criado à Sua imagem e semelhança – um sentido existencial individual, no

sentido de se autodeterminar, expressando a sua vontade, e por isso unindo todos os seres, devendo uns valorizarem e ajudarem os outros (COMPARATO, 2003).

Posteriormente, a filosofia kantiana consagrou a ideia de que o ser humano possuía um fim em si mesmo e não era apenas um meio através do qual a vontade poderia ser expressa, devendo o Estado, inclusive, atender a esta finalidade (SARLET, 2011).

Logo, a dignidade da pessoa humana, além de considerar o ser humano diferente das coisas, também passou a considerá-lo e tratá-lo com um fim em si mesmo, e não mais um meio para o alcance de determinado fim (COMPARATO, 2003).

Entretanto, preciso foi que a humanidade vivesse os horrores da Segunda Guerra Mundial para que documentos internos e internacionais consagrassem a dignidade como valor fundamental, transpondo-a para além do conceito ético-religioso e adentrando o jurídico.

Paulatinamente, este macroprincípio foi integrando as constituições, e, no Brasil, consolidou-se com a Carta de 1988, sendo ele adotado como princípio *prima facie*, cujo cumprimento considera as circunstâncias fáticas e jurídicas.

Com efeito, a conceituação de pessoa humana deve ser a mais ampla possível, já que comporta caráter ético-religioso, daí o emprego da expressão “pessoa humana” e não o conceito (limitador) de cidadão, proveniente da igualdade formal assegurada pelas constituições liberais (MELO, 2012, p. 19).

Por se tratar a dignidade de um valor moral e espiritual inerente à pessoa, e por esta razão prescindir de circunstâncias concretas para existir, pois que todos são iguais em dignidade, árdua é a tarefa de defini-la por um conceito jurídico único.

Para Canotilho (199---, p. 517) a densificação dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação de um sentido específico do que seja a dignidade da pessoa humana: “pela análise dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como *pessoa*, como *cidadão*, como trabalhador e como *administrado*”.

A dignidade da pessoa humana na contemporaneidade, segundo Luís Roberto Barroso (2010, p. 9-10), é considerada sob quatro aspectos, tendo sua origem religiosa na identificação do homem como imagem e semelhança de Deus. Posteriormente, adotando-se o racionalismo, a dignidade sob o ponto de vista filosófico passa a ser considerada como a valoração e autodeterminação do

indivíduo, e, ao longo do século XX, assume também seu viés político como um fim a ser buscado pela sociedade e pelo Estado, migrando, paulatinamente, para o mundo jurídico, quando então passou a integrar diferentes documentos internacionais e constituições de estados democráticos de direito.

Sob o prisma jurídico, a Lei Maior brasileira estabelece que a dignidade humana, a igualdade e a solidariedade social são os fundamentos da República, elevando aquela à posição de princípio basilar, de sorte que todo o ordenamento jurídico busque nele respaldo, com vistas ao cumprimento dos objetivos de persecução da redução das diferenças sociais e regionais existentes em nosso país, melhorando-se a qualidade de vida de todos os cidadãos.

Não se pode conceber o homem como um ser solitário, pois está ele inserido no tecido social, partilhando conhecimentos e suprimindo necessidades. Por outro lado, a solidariedade, como valor, deriva da consciência racional dos interesses em comum, que redundam na obrigação moral de não fazer aos outros o que não se deseja a si próprio.

No entendimento de José Afonso da Silva (2012, p. 181) os direitos fundamentais exprimem a ideia de direitos inatos ao ser humano, absolutos, invioláveis e imprescritíveis, sem os quais sua vida não é possível, e por isso garantidos de forma igualitária a todos.

Por ser a dignidade da pessoa humana característica essencial do homem individual e coletivamente considerado, nesta esteira, adota-se o conceito trazido por Ingo Sarlet (2011, p. 73):

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Segundo a perspectiva jurídica trazida por Sarlet (2011, p. 73), a dignidade da pessoa humana possui as dimensões positiva e negativa, pois que a mesma implica limites à ação humana como forma de proteção a atos degradantes, ao mesmo

tempo em que deve ser promovida ativamente para que uma vida saudável seja assegurada a todos.

A dignidade, portanto, como princípio ético e basilar no âmbito jurídico, orienta e pressupõe, pelas razões expostas, vários direitos fundamentais, de modo que o direito somente poderá ser considerado fundamental se seu conteúdo material concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana (NAKAHIRA, 2007).

Importante ressaltar, ainda, que a dignidade, por se constituir em atributo intrínseco da pessoa humana, é exigida mesmo que seu titular tenha um comportamento indigno, o que não significa privação dos direitos fundamentais que lhe são inerentes (SILVA, 2012).

Elevar a dignidade da pessoa humana ao posto máximo do ordenamento jurídico constitui opção oposta ao individualismo das codificações. A dignidade da pessoa humana como princípio consiste no valor absoluto da Constituição, não podendo jamais ceder em relação aos demais, pois é considerada um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Feitas as considerações acerca do princípio da dignidade da pessoa humana como liame de unidade do sistema de direitos fundamentais, para melhor se compreender o fim colimado pela Constituição, passar-se-á à exposição dos direitos de liberdade de expressão e de comunicação, e, posteriormente, à análise dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, contextualizando-os na sociedade da informação.

2.2 Direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação no Direito brasileiro

Em 1988, pela primeira vez na história brasileira, a Constituição Federal atribuiu *status* jurídico aos direitos fundamentais, destacando sua relevância.

O amplo catálogo em seu Título II foi trazido sob a denominação de *direitos e garantias fundamentais*, dando prova de seu avanço quanto ao que, tradicionalmente, as constituições anteriores denominavam *direitos e garantias individuais*.

Esta fundamentalidade é bem destacada por Daniel Sarmento (2006, p. 83) ao referir que a Constituição Federal foi muito além de incorporar em seu texto um elenco amplo e generoso de direitos individuais, políticos, sociais, difusos e

coletivos, ascendeu-os à condição de cláusula pétrea para imunizá-los da ação do constituinte derivado.

Esta garantia comprova o reconhecimento da força normativa da Constituição² que redundará na penetração de seus princípios e valores em todo o ordenamento jurídico, fomentando, assim, o direito positivo com seus ideais humanitários.

Em que pese a importância de todo o arcabouço de direitos fundamentais na concretização da dignidade da pessoa humana, o que interessa ao presente estudo são os direitos de liberdade de expressão e de comunicação, assim como direitos fundamentais de privacidade e de intimidade.

As liberdades de expressão e de comunicação caracterizam as atuais sociedades democráticas, sendo, inclusive, consideradas como um dos parâmetros de avaliação do regime político dos Estados.

Por se tratar a liberdade de expressão de um direito do qual decorre o direito de comunicação, a abordagem precedente será sobre ela, para que então, utilizando-se dos conceitos estabelecidos, se alcance uma compreensão melhor do que seja o direito fundamental à comunicação.

Importante contextualizar, inicialmente, a liberdade de expressão em nível internacional, destacando que o pioneirismo de seu reconhecimento ocorreu nos Estados Unidos e em França.

As raízes históricas justificam a primazia da liberdade de expressão no país americano, sendo que o *Bill of Rights* do estado da Virgínia já proclamava a liberdade de imprensa como um dos baluartes da liberdade, vedando a sua restrição de forma peremptória, sob pena de configuração de governos despóticos (LIMBERGER, 2007).

Os franceses, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, consideraram a livre manifestação de opiniões e pensamentos como um dos bens mais preciosos à natureza humana, assegurando a ampla difusão de ideias, calcada na responsabilidade em casos de abuso deste direito.

² Vocábulo criado por Konrad Hesse que expressa a ideia de que a Constituição contém uma força normativa que estimula e coordena as relações entre os cidadãos e o Estado. Sendo, portanto, muito mais do que mera reguladora de situações fáticas apreendidas em um determinado momento, a Constituição expressa um *dever ser*, estabelecendo uma indissolúvel conexão entre a realidade e ordenação jurídica. In: *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

As profundas transformações sociais alcançadas no século XX também influenciaram outros documentos internacionais, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) ampliou esta já reconhecida liberdade para que o ser humano também tivesse direito a receber, procurar e transmitir informações sem qualquer interferência, inclusive para além das fronteiras territoriais (SARLET, et al., 2012).

Mais recentemente, o Pacto de San José da Costa Rica praticamente ratificou a Declaração de 1948, acrescentando, apenas, que as informações e ideias são de toda índole (SARLET, et al., 2012).

No histórico político brasileiro, a Constituição Imperial de 1824, sob influência da Revolução Francesa, também salvaguardava a liberdade de comunicação do pensamento, da escrita ou de palavras, independentemente de censura, inclusive com a liberdade de publicação das mesmas (SARLET, et al., 2012).

Discorrendo sobre o histórico da constitucionalização da liberdade de expressão em nosso país, Thiago Carcará (2014, p. 113) assinala que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de janeiro de 1891, trouxe uma ampliação da liberdade de expressão, estabelecendo, em seu artigo 72, parágrafo 12 “em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato” (BRASIL, 1891). Neste sentido, a vedação ao anonimato surge como regra a ser observada no exercício da liberdade de expressão.

A Constituição de 1934 cresceu, ainda, em relação a esta liberdade e sua expressão de forma identificada, o direito de resposta em caso de lesão, avançando, também, quanto à dispensabilidade de autorização do Poder Público para jornais e revistas, assim como a intolerância a movimentos para subverter a ordem política ou social (CARCARÁ, 2014).

Com a instauração do Estado Novo, sob o comando de Getúlio Vargas, fortemente marcado pela concentração de poder no Executivo, o regime totalitarista instituiu a censura prévia e impôs a divulgação de comunicados oficiais pelos órgãos difusores de informação (CARCARÁ, 2014).

A ascensão dos militares ao poder resgatou a centralização do Poder Executivo que editava leis e atos institucionais para coibir quaisquer movimentos

contrários ao regime, operando-se, assim, um retrocesso na liberdade de expressão (CARCARÁ, 2014).

A restrição da liberdade de expressão por meio da força foi consubstanciada pelo Ato Institucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, ao qual se seguiu a Lei de Segurança Nacional que regulava, inclusive, a competência do controle de constitucionalidade a ser exercido pelos Tribunais Superiores, não se olvidando, ainda, a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), que regulava a liberdade de expressão e de informação (CARCARÁ, 2014).

Superados os regimes de exceção, mas vivenciando-se uma fase de liberdade formal, a censura continuou a ser praticada, isto porque a liberdade de expressão tornara-se socialmente ineficaz em virtude da coação exercida por uma ordem jurídica paralela, como foi o caso do Ato Institucional n. 5 (BORNHOLDT, 2010).

Entretanto, após algumas décadas, a abertura democrática foi deflagrada pelas lutas sociais, fomentadas pelo anseio do povo em viver a liberdade em seus diversos aspectos, culminando na promulgação da Constituição Federal de 1988, que muito mais do que estabelecer direitos fundamentais, trouxe uma gama de valores axiológicos diluídos ao longo de seu texto.

Isto porque, após anos de um regime militar ditatorial, em que perpetradas as mais horrendas violações aos direitos humanos e fundamentais, uma nova ordem democrática foi instaurada, iniciando-se, assim, um período de exercício da liberdade em suas várias facetas. Instituído o Estado Democrático de Direito fundamentou-se o ordenamento jurídico em princípios de cidadania, soberania, pluralismo político, entre outros.

Dentre todos os preceitos de liberdade diluídos no texto constitucional, de especial relevância aqueles que asseguram a autonomia do pensamento, a liberdade de consciência e crença, bem como a livre iniciativa para manifestações culturais, intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, garantindo-se, assim que todo ser humano forme a sua consciência de maneira livre, independente e autônoma. Significa que a sua dignidade estará assegurada porque estas liberdades permitem que através de si próprio o homem construa a sua realização como pessoa.

Nesse contexto, a participação política do homem, alinhando-se a uma ou outra ideia sem interferência estatal ou privada, permitindo a assunção do seu papel

nas decisões políticas, sociais, econômicas, é característica marcante do Estado moderno.

A liberdade de expressão representa a concretização de direitos políticos na medida em que permite o acesso a várias correntes ideológicas da sociedade, contempla as diferentes classes sociais e impede a monopolização da opinião pública, de modo que tanto mais livre um regime, mais respeitoso se mostra aos direitos fundamentais.

Como já ressaltado, a Constituição Federal é a viga mestra desse ordenamento jurídico dotado de valores direcionados à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e sua força normativa não a coloca somente no plano do “ser”, mas também do “dever ser”, o que implica estabelecer diretrizes orientadoras das metas do Estado, conformando a ordem política e social à promoção da dignidade da pessoa humana.

Nesse esteio, cabe ressaltar que a dignidade da pessoa humana é concomitantemente limite e tarefa tanto dos poderes estatais, como da comunidade em geral, de todos e de cada um, revelando sua dimensão defensiva e prestacional (SARLET, et al., 2012).

Importante realçar que a dignidade tem a autonomia como elemento ético, o que implica capacidade de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver a personalidade conforme valores morais sem imposições externas, ou seja, o enfoque da Modernidade contempla, além da discussão sobre a invasão do Estado nas liberdades individuais, também a intromissão de uma liberdade no direito de outrem.

Trazendo tais conceitos para o âmbito do direito fundamental de liberdade de expressão, a existência digna pressupõe liberdade de pensamento, a se concretizar no campo mental onde o ser humano forma seus valores, consolida suas crenças e constrói suas concepções, ou seja, é a manifestação da razão humana *prima facie*.

Entretanto, este pensamento intimista não se limita apenas à individualidade do ser que, caracterizado pela sociabilidade, também se comunica com os demais membros do grupo social, e por meio dessa interação constante e intensa, propaga seu pensamento e colabora para a existência de uma cultura comum.

A liberdade de comunicar aquilo que se pensa é tão relevante nas relações sociais que, se não houvesse a interação pensamento-expressão, o ser humano não alcançaria o progresso. Garantido o direito de pensar, naturalmente, detém o sujeito

direito de expressar seu pensamento, do contrário, aquele direito perderia sua eficácia.

Resumidamente, unindo ambos os conceitos, os direitos subjetivos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação consistem na dualidade de amparar a expressão livre do pensamento, opiniões, crenças e ideias mediante a palavra, a escrita, ou qualquer outro meio de comunicação, assim como tutelar a transmissão, o recebimento e o acesso, sem impedimentos, aos fatos, notícias ou informações através de qualquer instrumento de difusão (FARIAS, 2004).

Nessa seara Jónatas Machado (2002, p.417), registra esta dualidade da liberdade de expressão como uma bipartida dimensão, sendo que “a *dimensão substantiva* compreende a actividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la”, seria, portanto, a origem da informação, pertencente à primeira dualidade destacada anteriormente por Edilsom Farias. Já a *dimensão instrumental*, traduz a possibilidade de “utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento”, ou seja, a implementação da liberdade de comunicação (MACHADO, (2002, p.417, grifo do autor).

Importante ressaltar que modernamente tem se empregado o termo liberdade de comunicação por representar melhor o complexo processo de compartilhamento de fatos ou notícias existentes na vida social. Nessa linha de raciocínio, José Afonso da Silva (2012, p.243) afirma que “consiste num conjunto de direitos, formas, processo e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”.

A nomenclatura ainda não se encontra pacificada, dada a velocidade com que os meios, modos e tecnologias de comunicação têm evoluído, por essa razão, nesta pesquisa, adota-se a expressão “liberdade de expressão e de comunicação” na linha defendida também por Edilsom Farias (2004, p. 54), que nela engloba os direitos, liberdades e garantias relacionadas à difusão das ideias e notícias, acrescentando, ainda, que a expressão é mais adequada para representar a comunicação de fatos e notícias:

Convém enfatizar que o emprego de liberdade de expressão e comunicação justifica-se, ainda, pelo fato de esta locução captar melhor a evolução jurídica da comunicação humana desde os seus primórdios, como liberdade negativa de não ser coarctada a expressão do pensamento, até a atualidade, com o acréscimo de comunicar fatos por meios institucionalizados, do direito de acesso às fontes da informação, do direito

de acesso aos meios de comunicação de massa e do direito de ser informado.

Justifica o autor (2004, p. 54), ainda, que a locução representa melhor o processo de comunicação atual, muito mais complexo em face da multiplicidade de elementos comparativamente ao que antes era representado pela liberdade de imprensa e liberdade de informação.

A constitucionalização do direito de comunicação, aqui compreendido em seu viés coletivo, conforme estampado no artigo 220 da Constituição Federal, trata tanto da aquisição quanto da comunicação de conhecimentos.

Pertinente salientar as duas perspectivas inerentes ao direito de comunicação, isto é, a transmissão, recepção e compartilhamento de informações podem dar-se face a face ou restrita a um pequeno grupo, assim como será considerada comunicação massiva quando realizada por organizações institucionalizadas (rádio, televisão), mediante emprego das tecnologias digitais, caracterizando-se pela impessoalidade (FARIAS, 2004).

Em que pese cada uma destas perspectivas exerça papel fundamental em um regime democrático, o presente trabalho, contextualizado na contemporânea sociedade da informação, concentrará a análise ao âmbito da comunicação massiva, analisando a sua imensa influência nas sociedades atuais, cujos relacionamentos ocorrem com suporte nas experiências, ocorrências de fatos e até de sentimentos veiculados pela mídia.

Justifica-se esta mira porque a comunicação massiva tem a “garantia institucional [...] para fazer[em] circular, por toda a coletividade, os pensamentos, ideias, opiniões, crenças, os juízos de valor, os fatos, as informações e as notícias de transcendência pública” (FARIAS, 2004, p. 102), revelando sua influência na garantia e promoção do debate aberto e integral.

Nesse sentido, marcante é a posição de Maria Lúcia Karam (1993, p. 199) ao afirmar que:

Nas sociedades atuais, a apreensão da realidade se faz, cada vez mais, através dos meios massivos: as experiências diretas da realidade, que é passado pelos meios massivos de informação, da mesma forma que a própria comunicação entre as pessoas se refere muito mais às experiências apreendidas através do espetáculo do que às experiências vividas.

Logo, a liberdade de comunicação reside na livre circulação de fatos e dados apurados, com intuito de possibilitar que o indivíduo tenha motivação suficiente para participar da vida pública, sendo o destinatário ativo e não somente passivo da informação. Disso depende a dinâmica da interação social.

Nesse sentido, a liberdade de comunicação comporta duas vertentes que se relacionam intimamente: a liberdade de informar e o direito de ser informado.

O primeiro aspecto da liberdade de comunicação se caracteriza pela difusão da informação pelos meios possíveis de comunicação de massa, inter-relacionando-se com a liberdade de imprensa e de comunicação social, aqui concebida como a utilização dos órgãos de comunicação de massa. Esta perspectiva revela que a atividade de comunicar publicamente é instrumento precioso de participação política da pessoa para o estabelecimento de debate fundado na discussão livre.

O segundo aspecto compreende o direito de acesso à informação, conforme a dicção constitucional e que, no entendimento de Adolfo (2008, p. 331) “tem relação direta com o sentido de proibição de monopólio, e como garantia de pluralismo”, propiciando, assim, a formação de uma opinião livre e esclarecida, obstaculizando a manipulação de ideias, interpretações e valores, o que levaria ao enfraquecimento da capacidade crítica da pessoa.

Através da interação comunicativa é que o sujeito poderá desenvolver juízos mais prudentes e fundamentados, já que muitas vezes destas conclusões dependem as decisões de natureza econômica, social, cultural e política, que uma vez tomadas, produzirão impactos em toda a sociedade, inclusive, em um conjunto de pessoas que sequer tenham participado diretamente da discussão.

Atualmente a liberdade conquistada alcança dimensão tão ampla que devassa a intimidade das pessoas. Ao mesmo tempo em que há a divulgação em massa das informações, influenciando a opinião pública, corre-se sério risco de haver uma condução, um direcionamento para uma determinada forma de pensar.

Logo, a restrição da liberdade de expressão em prol de uma convivência comum é premissa a ser observada, de modo que o desejo individual deve ceder para favorecer o espaço comunitário, ou seja, os direitos fundamentais têm alcance difuso, e a convivência pacífica pressupõe a coexistência equilibrada destas liberdades (MENDES, COELHO, BRANCO, 2012).

Em vista disso, as disputas entre direitos e liberdades é também uma das consequências do Constitucionalismo contemporâneo, pois a ordem jurídica

assegura as liberdades, mas as contemporiza com o princípio da dignidade da pessoa humana, que obriga a sua observância no exercício dos direitos, a fim de que os demais integrantes do grupo social também possam exercer os seus direitos individualmente. A inter-relação, portanto, dá-se de forma perene entre direitos individuais e direitos difusos, um adentrando a esfera do outro para que se alcance um equilíbrio na vida em sociedade.

A proteção constitucional do direito à comunicação alberga os atos de informar, de ter acesso às informações, e de ser informado, protegendo-se além do seu emissor, também o receptor, haja vista que a informação é travestida de um grande poder de influenciar e até mesmo mudar a sociedade. Por esse motivo, a concepção individualista é qualificada por seu valor social-coletivo, conforme esclarece Edilson de Farias (2008, p. 149):

Se a liberdade de expressão e comunicação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien régime*, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e comunicação contribui para a formação da opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública.

Nessa perspectiva, as liberdades de expressão e de comunicação, essenciais à autodeterminação do indivíduo e condicionadoras da democracia, são pressupostos para o exercício de outros direitos fundamentais.

Todavia, não se pode olvidar que a distinção entre elas é também de suma importância quanto ao tratamento dispensado e a responsabilidade pelo seu exercício, pois o direito de comunicação implica a divulgação de fatos, dados e qualidades objetivamente apurados, ao passo que a liberdade de expressão compreende a criação artística ou literária, incluindo-se neste universo o cinema, teatro, novela, ficção literária, artes plásticas, música e até mesmo opinião publicada em veículos de comunicação (CARVALHO, 1999).

A natureza principiológica da Constituição revela que a distinção entre ambos é relevante para aferição da responsabilidade do emitente da informação. Isto porque o vértice do ordenamento jurídico é o princípio da dignidade da pessoa humana que, conforme Adolfo (2008, p. 249), “[...] não apenas constitui a garantia

negativa que a pessoa humana não será vítima de ofensas e humilhações, [...] mas implica a do sentido positivo, ou seja, do pleno desenvolvimento da personalidade de cada pessoa”, revelando que os direitos devem ser concretizados da melhor forma possível para que este objetivo seja alcançado.

Diante da análise dos quadrantes de distinção entre a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação, conclui-se que a liberdade de expressão, por sua natureza abstrata, caracterizada por opiniões e juízos de valor, não tem compromisso com a veracidade, ao passo que, quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, é verificada a idoneidade dos mesmos antes da sua divulgação.

Nesse caso, espera-se uma verdade subjetiva, entendida como o dever de diligência e apreço por uma informação correta e honesta, condizente com a realidade, obtida por meio de fontes de pesquisas idôneas, mediante uma análise da veracidade do fato constatado, a ser elaborada antes mesmo de torná-lo público (CARVALHO, 2003).

É certo que esta costura da veracidade à informação não importa uma verdade objetiva, justamente porque, onde grassa o pluralismo, não há versão única dos fatos.

Assim, mesmo na hipótese de uma notícia ser revelada posteriormente como não condizente com a realidade fática, o que se considera é se o comunicador utilizou-se de todos os meios possíveis e idôneos para difundir uma informação correta. Nesse sentido, a verdade não é um fator de qualificação da informação, mas o que importa é a atitude subjetiva do comunicador (FARIAS, 2004).

Por outro lado, os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação, embora vitais para a concretização do regime democrático, não são absolutos, e por isso passíveis de sofrer limitações pelos demais direitos consagrados pela Constituição, cuja aferição, em caso de colisão, dependerá do caso concreto.

Especificamente, na linguagem constitucional brasileira, no que tange às liberdades comunicativas, o parágrafo primeiro do artigo 220 já traz limitações, exigindo o respeito ao inciso IV (liberdade de manifestação do pensamento e vedação ao anonimato), inciso V (direito de resposta e indenização pelos danos materiais e morais), inciso X (inviolabilidade da vida privada, honra, imagem, direito à indenização por danos materiais e morais), inciso XIII (livre exercício de trabalho,

ofício e profissão), e inciso XIV (acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional). Além disso, outros microsistemas jurídicos também apontam limites à liberdade de expressão e comunicação, tais como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei n. 12.527/11, conhecida como Lei de acesso à informação, a Lei Penal, entre outras.

Ainda analisando o referido dispositivo constitucional, verifica-se que o parágrafo segundo veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, dirigindo-se tanto aos particulares quanto aos poderes administrativos. A proscrição da censura visa estabelecer a autêntica convivência democrática, atribuindo a cada pessoa o dever de ser seu próprio censor (FARIAS, 2004).

Com efeito, o conceito moderno de censura abrange não somente o controle administrativo, mormente realizado pelo Poder Executivo, como também a licença ou autorização prévia na esfera das relações privadas, abarcando “qualquer entidade ou órgão que tenham o poder de obstar a expressão de ideias e a comunicação de informações” (FARIAS, 2004, p. 188).

O texto constitucional coíbe também o anonimato, tanto para expressão do pensamento quanto para a comunicação de notícias, pois a ocultação da própria identidade é maliciosamente estabelecida para se furtar o indivíduo da responsabilidade pela emissão do fato, notícia ou informação.

Com a Constituição Federal de 1988 a proibição do anonimato, consagrada no inciso IV do artigo quinto, estendeu-se aos meios de comunicação e, com a inovação tecnológica, própria da sociedade da informação, avançou para os meios virtuais, com o escopo de garantir também a privacidade, a honra e o sigilo dos indivíduos no ciberespaço.

As limitações são legítimas na medida em que se compreende o poder que a informação tem de influenciar as relações humanas, notadamente quando estes dados e opiniões dizem respeito a direitos personalíssimos, que podem ser violentamente fulminados com meras imagens, com breves ou algumas menções, pois seu alcance é extraordinariamente prejudicial quando se analisa a globalização dos meios de difusão das informações, tornando a reparação do dano um mero paliativo.

Nesses casos, as liberdades de expressão e de comunicação não podem ser consideradas preponderantes *in abstracto*, notadamente em uma sociedade em que os meios de comunicação compõem um mercado essencialmente capitalista, cuja

consequência da divulgação de alguma notícia ou fato que viole a intimidade de alguém é meramente avaliada pela fórmula simplista “custo *versus* benefício” que redundava, em caso negativo, na realização de um cálculo aritmético, estimulando-se, assim, a cultura da compensação indenizatória.

Por isso é que o exercício dos direitos fundamentais deve ser balizado pelos preceitos constitucionais, atendendo à solidariedade social, para que efetivamente o direito de um cidadão sirva de limite ao exercício de outro, e assim a sociedade possa conviver de forma harmônica.

A constante interação social reclama um olhar mais percuciente do Poder Judiciário quando convocado a decidir sobre a colisão entre direitos fundamentais, por esse motivo, no terceiro capítulo deste trabalho, se analisará algumas decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

Delineados os traços relevantes da liberdade de expressão e do direito fundamental à comunicação, conclui-se que deve haver limites justamente por não serem direitos absolutos. Inexistindo hierarquia entre os direitos fundamentais, imprescindível completar-se a análise das bases doutrinárias quanto à proteção a outros direitos personalíssimos, especialmente aos direitos fundamentais de preservação da privacidade e da intimidade, por serem de valor igualmente inestimável à dignidade da pessoa humana.

2.3 A tutela dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade na Constituição Federal

O amplo catálogo de direitos e garantias fundamentais trazidos pelo Texto Constitucional, sagrando-os como fundamentais ao desenvolvimento da personalidade acompanhou a tendência de várias Constituições contemporâneas, todas baseadas na valorização da pessoa humana.

Nesse ponto, ao presente estudo especialmente interessam os direitos diretamente ligados à pessoa e ao conceito de sua própria personalidade, mais especificamente os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade.

A diversidade presente nas relações contemporâneas aliada à liberdade como regra no Estado Democrático de Direito, é terreno fértil à profusão das mais variadas opiniões, promovendo a maturação das relações sociais pelo cultivo da tolerância aos pontos de vista divergentes. É sob esta mira que o direito fundamental à

liberdade de expressão e de comunicação, bem como a proteção à privacidade e à intimidade, devem ser articulados.

Uma vez que a liberdade de expressão é passível de abuso, compreendê-la como direito fundamental restringível é também essencial ao Estado Democrático de Direito (FACHIN, 2015), por esse motivo a Constituição Federal também tutela, de forma expressa, a inviolabilidade da honra, intimidade, vida privada e imagem das pessoas. E por pertencerem à categoria de direitos mínimos e imprescindíveis ao conteúdo da personalidade, em caso de violação, o titular tem o direito de reparação pelos danos materiais e morais por ele suportados.

De acordo com Edilson Farias (2008, p. 124-125) há um consenso quanto à origem doutrinária do direito à intimidade estar no famoso artigo intitulado *The right of privacy*, firmado pelos advogados Samuel Warren e Louis Brandeis e publicado em 15 de dezembro de 1890 na *Harvard Law Review*. O aludido texto procurava investigar a existência de algum princípio legal que amparasse a intimidade, pois defendiam os causídicos que esta era um princípio da personalidade inviolável. Ressalte-se que o artigo foi escrito em causa própria, pois que a esposa de Warren fora vítima de comentários jocosos de um jornal local. Além da expressão *right to privacy*, os autores também utilizaram a locução *right to be let alone*, ou seja, o direito de ser deixado em paz. A repercussão do artigo foi tamanha que a jurisprudência americana passou a adotar a tese.

No âmbito internacional, o primeiro documento que dispensou proteção à intimidade foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada no mês de maio de 1948, na cidade de Bogotá. Posteriormente, ainda no mesmo ano, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em Nova York, também reconheceu a intimidade como direito, proibindo interferências arbitrárias na vida privada do indivíduo, sua família, assim como intromissões em seu domicílio e correspondência.

Uma vez legitimado no plano internacional, aos poucos o direito foi sendo reconhecido pelos ordenamentos jurídicos internos. Hoje a grande maioria dos países democráticos protege a privacidade em sua própria constituição.

Desde então a forma de assegurar e proteger a privacidade foi se modificando para se adequar aos novos meios de comunicação e de interação social, substancialmente influenciada pelos novos meios tecnológicos, sobretudo

nas últimas décadas, com o advento da internet e, mais recentemente, das redes sociais.

No Direito pátrio, a norma que protege a privacidade e a intimidade consta no artigo quinto da Lei Maior, demonstrando que o legislador preocupou-se em tutelar a vida privada e a intimidade de forma distinta, e, em alguns casos, em maior intensidade, como é o caso do sigilo de correspondência e do domicílio, previstos nos incisos XI e XII.

Antes, porém, de se analisar a intimidade, importante distinguir vida privada de intimidade, uma vez que o texto constitucional assim o fez ao dispô-las lado a lado no inciso X do artigo quinto. Ambas são direitos personalíssimos e têm por base a pretensão que o ser humano tem de ser respeitado pelos demais, pois compõem um mínimo invulnerável, destinado a assegurar a integridade moral, física e psíquica de seu titular.

A vida privada é mais ampla e genérica, refere-se a tudo quanto se executa à vista de poucas pessoas, sem formalidades e cerimônias. Já a intimidade é o campo que se preserva da esfera alheia, reservando-se à própria vivência, é a privacidade protegida com mais zelo (CHEQUER, 2011). O conceito de intimidade, em síntese, passou a ser considerado como o direito de não revelar às demais pessoas sentimentos, pensamentos, emoções, acontecimentos e atos, ou seja, em determinadas situações o indivíduo seja deixado em paz.

Também nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos (2004, p. 71) afirma que o direito à intimidade consiste na “faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um”, e acrescenta que o direito abarca, também, a possibilidade de “impedir que sejam divulgadas informações sobre essa área da manifestação existencial do ser humano”, ou seja, não se limita apenas ao caráter negativo de que se reveste o direito de ser deixado só (considerado sob a insígnia individualista), mas assume um caráter positivo de cunho social que atualmente abrange a proteção aos dados pessoais.

Nessa mesma linha de argumentação Gilmar Mendes (2012, p. 318) reputa que “a reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem”, ressaltando que este afastamento do convívio social e ostracismo propiciam o livre desenvolvimento de sua personalidade, sendo necessários para sua própria saúde mental.

Isto porque, prossegue o autor (2012, p. 318), se todas as decisões, erros, dificuldades e fracassos fossem expostos à crítica de terceiros, haveria uma grande possibilidade do insucesso na autossuperação, já que a higidez da tranquilidade emocional que permite uma autoavaliação estaria afetada. Preocupado em não errar, o ser humano ficaria paralisado.

Significa dizer, pois, que a liberdade exporia o indivíduo a tal ponto que o impediria de tomar livremente suas escolhas por receio da reação alheia, ou seja, a autodeterminação estaria seriamente afetada, maculando sua dignidade por compeli-lo a determinados comportamentos socialmente esperados, mas não necessariamente desejados. Além disso, a certeza de que os episódios mais íntimos poderiam ser devassados, impediria iniciativas que o indivíduo reputasse passíveis de insucesso, comprometendo a interação com os demais.

Verificada a relevância da preservação da privacidade e da intimidade como concreção da dignidade da pessoa humana do ponto de vista ético-moral, passa-se à análise sob a perspectiva jurídica.

Em que pese o reconhecimento (formal) constitucional do direito à privacidade e à intimidade pela Constituição Federal de 1988, no entendimento de Ingo Sarlet (2012, et al., p. 395), a privacidade deve também ser protegida materialmente, pois em um panorama estritamente formal, o âmbito de proteção à privacidade seria variável, pois dependeria da particular visão do titular do direito, já que se subordinaria ao critério (íntimo) do que se desejaria excluir do conhecimento alheio³.

Evidentemente que em um primeiro momento o direito à privacidade e à intimidade se verifica em sua dimensão negativa, ou seja, constituem-se como direitos de defesa. Porém, a dimensão objetiva exige do Estado uma ação positiva para resguardar o indivíduo em sua privacidade nas relações entre particulares também.

Considerando-se que a tecnologia e a globalização atribuem às relações interpessoais um sentido mais amplo, a proteção da privacidade e da intimidade deve superar o formalismo, para tanto, requer ações que extrapolem a mera proteção negativa.

³ Este entendimento pode ser utilizado como argumento na crítica à Lei n. 13.188/15, que regulamenta o direito de resposta ao ofendido em casos de divulgações e notícias por meios de comunicação, fato a ser retomado no terceiro capítulo do trabalho.

Para ilustrar adequadamente esta proteção positiva, um exemplo é a coleta de dados pessoais, que aparentemente se mostra inofensiva, mas pode ser utilizada de forma sub-reptícia, e na grande maioria das vezes o é, para fomentar o consumo. Tal fenômeno ocorre mediante a composição de um perfil do indivíduo, montado por meio da coleta de várias informações pessoais, que permite direcionar produtos de consumo conforme a sua preferência, angariada em páginas visitadas na internet.

Como frisa Têmis Limberger (2007, p. 200), esta coleta de dados está totalmente fora do controle do indivíduo, e por isso o Estado deve assegurar ações protetivas no sentido de que a veracidade dos mesmos esteja assegurada. Na visão da autora, esta veracidade pode ser alcançada pela modificação nos dados armazenados quando o cadastro do indivíduo é alterado, a guarda segura das informações, utilização exclusiva para o fim a que foram fornecidos, entre tantas outras medidas que se fazem necessárias nesta complexa sociedade contemporânea.

Por outro lado, esta interação, que torna as pessoas cada vez mais próximas e cujas informações são difundidas instantaneamente, não permite que à privacidade se atribua um valor absoluto, isto porque, segundo Gilmar Mendes (2012, p. 322) “o interesse público despertado por certo acontecimento ou por determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade pode sobrepujar a pretensão de ‘ser deixado só’”.

A toda evidência que um conjunto de circunstâncias é que determinará o recolhimento do indivíduo ou sua exposição, tornando a informação abusiva ou admissível. E elucida o insigne autor (MENDES, 2012, p. 322) que o caso concreto se encarregará de demonstrar o modo de vida do indivíduo para determinar a extensão e intensidade da proteção desta esfera privada. Em sua visão, deve-se considerar também o modo como a informação foi obtida e a finalidade de sua difusão, aferindo-se o legítimo interesse do público em seu conhecimento.

Nesse sentido, a intrusão na intimidade de um político, por exemplo, com a divulgação da informação a respeito de seus hábitos sexuais heterodoxos, interessa de uma forma mais acentuada quando seu eleitorado é conservador. Ao passo que, analisando-se a mesma situação no contexto da intimidade de um cidadão comum, a informação não alcança tamanha relevância (MENDES, 2012).

À luz das circunstâncias concretas, os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade sujeitam-se à ponderação em caso de colisão com a liberdade de

expressão e de comunicação, que ora o fará prevalecer, ora ceder passagem a outros interesses que também se mostrem merecedores de igual proteção pela ordem jurídica (SCHREIBER, 2014).

Importante ressaltar, ainda, que mesmo que a proteção da privacidade se dê no âmbito material, ela não dispensa uma cuidadosa avaliação das circunstâncias que compõem o caso concreto (SARLET, et al., 2012).

Por isso, o direito fundamental à privacidade e à intimidade não é imune a restrições, no entanto, a Constituição Federal não estabeleceu expressamente quais os casos em que isso ocorreria, de sorte que “uma restrição apenas se justifica quando necessária a assegurar a proteção de outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente relevantes” (SARLET, et al., 2012, p. 395).

Tomando-se por base estes ensinamentos doutrinários, pode-se concluir, pois, que, neste âmbito da esfera privada, somente a aferição do conflito desses direitos com os demais direitos fundamentais é que legitimará constitucionalmente a restrição, o que será detidamente analisado no segundo capítulo deste trabalho.

Analisados os direitos fundamentais – direito à liberdade de expressão e de comunicação e direito à vida privada e à intimidade – é preciso, ainda, contextualizá-los na nova era tecnológica que influencia sobremaneira em sua afirmação e exercício, uma vez que o Direito não se dissocia da realidade política, econômica, social e cultural da sociedade que regula.

2.4 A Sociedade de Informação e o novo papel social-democrático da liberdade de expressão e do direito fundamental de comunicação

Ao voltar o olhar para o passado, independentemente do período histórico, constata-se que o ser humano sempre almejou melhorar o seu padrão de vida. O acúmulo gradual das descobertas científicas impulsionou o progresso, a criatividade humana voltou-se cada vez mais para as conquistas de novas tecnologias a reverterem ao seu bem-estar e melhora no convívio social.

Como já referido, o período pós-Revolução Industrial foi marcado por uma série de direitos sociais reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos, uma vez que a economia migrava da agricultura para a indústria. Em fase posterior, a economia passou a se basear também nos serviços, e, conforme o desenvolvimento

tecnológico foi amadurecendo, a informação passou a ser considerada matéria-prima das relações sociais.

Manuel Castells (2006, p. 268) concentra a ênfase analítica do pós-industrialismo para o informacionalismo destacando:

Nesta perspectiva, as sociedades serão informacionais, não porque se encaixem em um modelo específico de estrutura social, mas porque organizam seu sistema produtivo em torno de princípios de maximização da produtividade baseada em conhecimentos, por intermédio do desenvolvimento e da difusão de tecnologias da informação e pelo atendimento dos pré-requisitos para sua utilização (principalmente recursos humanos e infraestrutura de comunicações).

E continua esclarecendo que esta mudança de perspectiva não fez com que o setor industrial perdesse sua importância, ainda que as economias avançadas tenham concentrado seus empregos no setor de serviços, mas se tornaram dependentes em razão de sua conexão direta com a indústria ou atividade industrial, no intuito de manter a competitividade da economia.

Nesse ponto, é importante trazer o conceito defendido por Castells (2006, p. 269) do que seja serviço, dada a sua natureza ambígua:

Em estatística de emprego, esse conceito tem sido usado como um conceito residual que abarca tudo o que não é agricultura, mineração, construção, empresas de serviço público ou indústria. Assim, a categoria de serviços inclui atividades de todas as espécies, historicamente originárias de várias estruturas sociais e sistemas produtivos. A única característica comum dessas atividades do setor de serviços é o que elas não são.

Este conceito sabiamente indica que as atuais atividades oriundas das inovações tecnológicas são cada vez mais amplas, as distâncias são eliminadas instantaneamente com o apertado de uma tecla de computador, e por isso a sociedade contemporânea em que vivemos tem como bem precioso a informação.

Tal como a escrita e a leitura revolucionaram a sociedade, o desenvolvimento de novas tecnologias pelo ser humano, impulsionado pelo desejo de bem-estar cada vez maior, fez com que as mudanças se implementassem diuturnamente, trazendo consigo novas formas de acesso e distribuição do conhecimento.

Conforme as inovações tecnológicas foram permitindo uma extensão maior de tempo como consequência natural no aumento da qualidade e quantidade da produção, exigindo menos esforço humano, também a expectativa dos indivíduos

mudou: a produção passou de direta (cultivo, extração e fabricação) para o consumo de serviços, ampliando, assim, o universo profissional.

Ao contrário do que se pode pensar, o trabalho indireto, impulsionado e ampliado cada vez mais pela informação, é que substituirá a força humana empregada nas tarefas rotineiras e repetitivas por máquinas, no entanto, o seu conteúdo, na verdade, fortalecerá o papel do trabalho direto a medida que a tecnologia da informação capacitar o trabalhador (CASTELLS, 2006).

Esse processo, pois, permite observar que o indivíduo, em virtude de uma maior e melhor disponibilidade destas informações, tem alargada sua capacidade de análise, que influenciará decisivamente nas escolhas futuras que, por sua vez, refletirão no agrupamento social que integra.

Nesta sociedade da informação é fato que há um novo conceito de informação, que, segundo Marcos Wachowicz (2006, p. 40) “tem no suporte tecnológico sua grande razão de ser”, o que opera grandes transformações nas relações sociais, e exige uma proteção maior dos direitos fundamentais, expostos à violação mais facilmente, diante da agilidade com que as pessoas se comunicam e se relacionam, pois se formam grupos virtuais impulsionados por uma liberdade que comprova a existência de uma democracia virtual.

Nesse mesmo sentido, a sociedade tecnológica, além de a informação ser parte integrante, assume um caráter de grande novidade que é a facilidade com que pode ser selecionada e manipulada, de modo que todos podem se tornar emissores e receptores (ADOLFO, 2006, p. 241).

Note-se, por exemplo, que na comunicação tradicional não havia interação, pois um único emissor dirigia-se a vários receptores. Em um segundo momento, a interação já integrava este processo de comunicação, como é o caso do telefone, em que a mesma pessoa desempenhava a função de emissor e receptor. Com a internet, a interatividade opera em um sistema de dupla direção: todos para todos (ASCENSÃO, 1999).

Por isso que, em razão da arquitetura das relações, possibilitadas pelas tecnologias da informação que se operam à velocidade da luz, o desafio está, pois, em assegurar a qualidade da informação para que ela concorra para o desenvolvimento humano.

Isto porque o desenvolvimento da sociedade articula-se à disponibilidade e circulação das informações que têm importância em razão de seu conteúdo,

responsável pela produção de novos valores e novos códigos culturais, decidindo-se o poder nesta nova ordem social, desprovida de tempo e territorialidade.

Manuel Castells (2006, p. 573) anunciava que adentramos uma nova era, a Era da Informação, marcada pela autonomia da cultura, independentemente das bases materiais de nossa existência. Segundo ele, há milênios a humanidade submetia-se à dominação da natureza sobre a cultura, período em que a luta pela sobrevivência era o conteúdo básico dos códigos de organização social. Em um segundo momento, o modelo de relação inverteu-se: a cultura dominou a natureza pelo processo industrial e triunfou a razão. Por fim, em razão da convergência da evolução histórica e da transformação tecnológica, entra-se em um “modelo genuinamente cultural de interação e organização social, e os fluxos de mensagens e imagens entre as redes constituem o encadeamento básico de nossa estrutura social” (2006, p. 573).

Nesta seara, importante realçar a contribuição de Pierre Lévy (1993, p. 75) ao analisar as técnicas da comunicação no livro *As tecnologias da inteligência*, referindo haver três tempos do espírito: a oralidade, a escrita e a informática, cujas principais características serão abordadas brevemente.

A oralidade é dividida em primária e secundária. Em ambas as fases a palavra ocupa posição de destaque, desempenhando função básica de gerir a memória social e não apenas a livre expressão ou prática de comunicação cotidiana dos indivíduos. O marco diferencial entre elas está no surgimento da escrita. Neste primeiro tempo do espírito, a principal dificuldade estava no armazenamento e recuperação destas informações, que dependiam das lembranças dos indivíduos (fase primária), e também porque ao serem transmitidas, sempre carregavam consigo a representação de seu emissor, o que propiciava uma alteração da verdade muito mais facilmente (fase secundária) (LÉVY, 1993, p. 76-78).

Em um segundo momento, a difusão da escrita perenizou a palavra, eliminando, na visão de Lévy (1993, p. 89), a mediação humana no processo que adaptava ou traduzia as ideias. Este período inovou quanto à possibilidade de divulgação da palavra, pois que a escrita tornou-se forma de estender indefinidamente a memória; o saber tornou-se suscetível de análise porque registrado, disponível, e suscetível de comparações. Ainda neste mesmo tempo, porém avançando para o momento da descoberta da impressão, Lévy (1993, p.96). destaca que houve uma transformação profunda na transmissão dos textos, pois o

leitor passou a ler solitária e silenciosamente, já que o mestre, figura imprescindível na fase da oralidade, não se fazia mais fundamental, e, em consequência, a informação transmitida não seguia carregada de sua interpretação. No lugar de cópias raras de conteúdo corrompido pelos erros sobrepostos, comuns na fase anterior, surgiram as edições periodicamente aperfeiçoadas (LÉVY, 1993, p. 98).

O ser humano, então, passou das discussões orais para as demonstrações visuais, que permitiram uma comparação entre dados, tabelas e compêndios, contribuindo para o desenvolvimento racional e científico. Posteriormente, tais ferramentas se transformaram em instrumentos de visualização: os computadores (LÉVY, 1993, p. 99).

Atingido o *terceiro tempo do espírito*, a era digital caracteriza-se pela identidade instável de emissor e receptor, uma vez que “a digitalização conecta no centro de um mesmo tecido eletrônico o cinema, a radiotelevisão, o jornalismo, a edição, a música, as telecomunicações, e a informática” (LÉVY, 1993, p. 102). O autor chama a atenção para o fato de que em breves tempos a comunicação estaria totalmente revolucionada pela rede digital, que promoveria a dissolução de fronteiras em proveito da circulação, mestiçagem e metamorfose das informações em um mesmo território cosmopolita. Com a avançar dos tempos, se verifica plenamente a diluição das fronteiras, confirmando-se plenamente o anúncio feito na década de 1990 pelo estudioso francês (LÉVY, 1993, p. 102).

A comunicação não encontra mais barreiras, desde que utilizadas as ferramentas adequadas para tanto, seja pelo emprego de computadores, dispositivos móveis, internet ou redes sociais. Do ponto de vista pessoal, social e econômico novas formas de inter-relação sobressaem-se na sociedade da informação, a instantaneidade da comunicação produz consequências tais que mesmo hoje são de difícil previsão.

Percebe-se, pois, que esse processo de desenvolvimento das comunicações não foi estanque, tampouco relativo a uma determinada época; os avanços de um período somaram-se aos subsequentes, e só ocorreu desta forma porque a possibilidade de transmissão da informação estava assegurada.

O *terceiro tempo do espírito* preconizado por Pierre Lévy (1993, p. 75), mas sob a perspectiva constitucional brasileira, reclama uma proteção aos direitos já consolidados. É o caso do direito fundamental à privacidade, que deve ser analisado

sob a ótica da sociedade da informação, contextualizando-se com estas novas práticas comunicativas.

Entretanto, necessário é conceituar a sociedade da informação, o que não é tarefa fácil, e por esse motivo é que Ascensão (2003, p. 168) afirma se tratar de um *slogan*, reconhecendo a sua influência no comportamento dos povos e a relevância de sua evolução social.

Nesse esteio, Gouveia (2004, p. 1) destaca que este processamento e armazenamento da informação por si só não transforma a sociedade, é preciso que seja utilizada como recurso estratégico aliado às tecnologias e com interação entre os indivíduos, alcançando uma nova comunidade local e global.

Nesse sentido também a sociedade da informação não é definida apenas pelas ferramentas de aplicação, elas também desempenham papel fundamental na reestruturação social, cultural e econômica da atualidade (CASTELLS,1999).

Como se percebe, não há consenso acerca da definição, Adolfo (2008, p. 227) salienta:

[...] mesmo com as naturais divergências terminológicas, que de resto se mostram em outras áreas do Direito e do conhecimento humano, o fato é que há um novo conceito de informação que tem no suporte tecnológico sua grande razão de ser.

A convergência está, pois, quanto à ampliação do alcance da informação relativamente à distância, tempo e volume na perspectiva da globalização.

Útil resgatar a lição de Ascensão (2003, p. 170-171) que, avaliando conjuntamente globalização e sociedade da informação, identifica vantagens e desvantagens. Dentre as vantagens, refere que há a aproximação das civilizações, colocando todos em contato com todos, propiciando uma rápida difusão de conhecimento e experiências reciprocamente. Por outro lado, reconhece que esta expansão e fusão geram um grande risco de perda de identidade, assim como podem se transformar em poderoso meio de dominação.

A informação poderia circular como qualquer conteúdo, o que nos faria concluir que a influência de seu emissor remontaria àquela identificada por Pierre Lévy na fase da oralidade, acrescida, agora, da plena liberdade de se expressar o que se pensa, destacando que o pensamento é construído com esta gama imensa (e infinita?) de informações.

Nesse sentido, Andrew Keen (2009, p. 20) muito lucidamente assinala:

Nós – aqueles que querem saber mais sobre o mundo, os que são os consumidores da cultura convencional – estamos sendo seduzidos pela promessa vazia da mídia “democratizada”. Pois a consequência real da revolução da Web 2.0 é menos cultura, menos notícias confiáveis e um caos de informação inútil. Uma realidade arrepiante nessa admirável nova época digital é o obscurecimento, o ofuscação e até o desaparecimento da verdade.

A facilidade e rapidez inerentes à sociedade da informação traz uma ideia de pluralismo democrático, o que nem sempre é positivo, face ao total descontrole do que circula na rede mundial de computadores e nos meios tradicionais de comunicação. O autor, aliás, faz a constatação sombria de que “a verdade de uma pessoa torna-se tão ‘verdadeira’ quanto a de qualquer outra (KEEN, 2009, p. 20).

O direito de receber informação corresponde à faculdade individual e particular de recebê-la ou não, bem como de escolher qual informação deseja receber, trata-se de uma decorrência natural do pluralismo presente no Estado democrático. Nesse ponto o princípio da dignidade da pessoa humana deve nortear este novo arranjo social, cujo processo de desenvolvimento da personalidade, através da liberdade de expressão e de comunicação, que se condensa em informação, deve ser pautado pela garantia de que as demais pessoas não podem ser alvo de transgressão dos limites impostos pela privacidade, gerando humilhação.

A sociedade de informação, com todas as suas características, lança e instiga grandes provocações, desafiando o ser humano não somente a reivindicar os seus direitos, mas também o de protegê-los em face de terceiros.

Como já referido, a liberdade de expressão, que é fator determinante na formação do ser humano e também sua afirmação como ser único e individual, cumpre um importante papel que é o de promover, estimular e assegurar o diálogo, ainda que, aparentemente, estejam em rota de colisão com os direitos à privacidade e à intimidade, por sustentarem ideias antagônicas.

Aliás, a profusão de diferentes pontos de vista é salutar para a criação de novas teorias e concepções. O conhecimento de todas as opiniões leva à obtenção senão de uma verdade, uma vez que ela não existe, pelo menos de um consenso acerca de uma teoria defendida por um determinado grupo, até que a mesma seja refutada e outras surjam. Neste ciclo, os progressos científico, cultural e político estarão sendo produzidos.

A toda evidência, crenças devem existir, mas acompanhadas da possibilidade de serem questionadas, ou seja, a discussão deve prevalecer a fim de que a verdade emergja. O que hoje é considerado verdade, amanhã pode não o ser pelo surgimento de outras teorias mais coerentes e ajustadas ao momento vivenciado, o que só ocorre quando garantida a liberdade de expô-las aos demais indivíduos, sem receio de retaliações ou críticas.

Dessa forma, o diálogo é a única forma de alcançar a verdade (ainda que esta seja relativa, conforme aqui se defende), e para que seja evidenciada, é preciso que as pessoas possam se manifestar oportunamente e que estas manifestações circulem livremente, cabendo a cada um, dentro de seu círculo de liberdade, escolher a que lhe pareça mais adequada. Isto porque ninguém detém a autoridade de decidir pela humanidade inteira, ou uma nação e até mesmo uma comunidade.

A recusa em ouvir diferentes opiniões não se filia ao regime democrático, pois implica, em sua essência, determinar a existência de uma única verdade, relegando as demais opiniões à falsidade, ou seja, impõe-se fato de se considerar a certeza individual como absoluta.

O direito de informação constitui uma das nuances do direito de liberdade, já consagrada universalmente desde a tríade da Revolução Francesa, e desdobra-se porque justamente acompanha o desenvolvimento do pensamento humano que, aderindo à tecnologia do século XXI, eleva a informação à condição de bem relevantíssimo na formação das convicções éticas, sociais e políticas relativas a assuntos de interesse público ou social.

Dessa forma, o presente estudo justifica-se tendo em vista que a sociedade da informação é o palco da liberdade de expressão, uma vez que a comunicação entre as pessoas existe a nível global em virtude desta nova plataforma digital.

Entretanto, como já afirmado, total liberdade não é absoluta, ainda que as fronteiras físicas tenham se diluído no mundo virtual.

A informação, diante da relevância que ocupa, traz em sua essência o compromisso com a responsabilidade pela sua difusão, pois a vulnerabilidade dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade está evidenciada, reclamando uma proteção jurídica eficaz, mas que assegura, também, a pluralidade de ideias e o direito de ser informado.

O Judiciário, então, vem se posicionando diante das desafiadoras e cada vez mais complexas situações geradas na sociedade da informação.

Longe de firmar um consenso, seu principal papel é de promover um equacionamento dos interesses contrapostos, o que tem sido tarefa hercúlea em face da complexidade das relações humanas, conforme se analisará nos capítulos subsequentes, que tratarão da colisão entre estes direitos fundamentais e o olhar dispensado à solução do conflito pelo Supremo Tribunal Federal.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: A TENSÃO ENTRE OS DIREITOS DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE COMUNICAÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

A primeira etapa deste estudo examinou as bases constitucionais dos direitos fundamentais à liberdade de expressão, de comunicação, à privacidade e à intimidade na sociedade da informação. A abordagem neste capítulo dedicar-se-á à análise do embate no campo privado, ou seja, nas relações interprivadas sob o prisma do Direito Constitucional e sua irradiação para o campo do Direito Privado.

Para que este objetivo seja alcançado, é necessário analisar o processo de constitucionalização do Direito, perpassando seus aspectos históricos e contemporâneos. Amparando-se nas teorias de eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, se pretende dirimir a colisão entre eles, o que exige, também, a adoção de um método de interpretação que, no caso, será o da ponderação, elegendo como ferramenta pragmática, no caso concreto, o princípio da proporcionalidade, fundamentando-se na teoria principiológica de Robert Alexy.

3.1 A constitucionalização do Direito: do Código Civil à Constituição Federal

No período pré-moderno o Direito estava intimamente ligado à religião, à política e à economia, as regras jurídicas eram esparsas e se fundamentavam em ideias metafísicas. Porém, a partir do século XVIII a estrutura feudal sofreu profundas transformações, e novas classes sociais surgiram, modificando a organização da sociedade e das estruturas de poder.

Este pano de fundo influenciou a criação de um novo modelo estatal, reconhecendo e positivando direitos naturais como de titularidade universal e perene, afastando o poder absoluto dos soberanos.

Tendo como marco histórico o Iluminismo, sem desprezar tudo que o precedeu, mas parte-se deste porque foi a gênese da concepção antropocentrista, o eixo de atenções deslocou-se da Divindade para o ser humano. Paulatinamente, os dogmas religiosos foram desconstruídos pelo racionalismo, calcado na proteção essencialmente individual das relações sociais estabelecidas a partir de então.

Avançando-se na História, a Revolução Francesa desvelou-se como o mais relevante movimento social na consolidação da liberdade individual e da

propriedade, ambas amparadas pela igualdade formal, justamente para legitimar a exclusiva liberdade de contratar. Em razão desta nova concepção, o Estado sofreu ampla limitação em seu poder de interferir no âmbito das relações privadas, que passou a ser cultuada pela burguesia sob a ideologia do *laissez-faire*.

O movimento de codificação que se desenvolveu na Europa ao longo do século XIX assentou o direito sobre bases seguras, tornando-se único para todas as pessoas, primando pela generalidade e abstração, regulando de modo completo e exaustivo as relações sociais. Uma vez que a propriedade e a autonomia contratual eram as molas mestras do desenvolvimento do capitalismo, a liberdade dos indivíduos passou a ser delimitada pelo Código Civil, alcançando-se a fase da “sociedade de Direito Privado” (Sarmiento, 2006, p. 69).

Ainda conforme Daniel Sarmiento (2006, p. 70-71), este modelo de codificação do Estado Liberal demonstrava claramente a dicotomia público-privado, relegando à Constituição ordenar as relações entre os cidadãos e o Estado, ao passo que as havidas entre particulares conformavam-se ao Código Civil. Coube ao estatuto civil, elevado ao patamar de verdadeira constituição das relações privadas e da sociedade civil, disciplinar detalhadamente todas as condutas humanas juridicamente relevantes. Nesse contexto, no campo jurídico, a atividade jurisdicional reportava-se ao simples silogismo, já que a lei tudo previa.

Assim, a primeira fase do Direito moderno é marcada pela ascensão do constitucionalismo e o domínio do positivismo jurídico, perdurando do século XVIII ao século XX.

No entanto, esta sociedade formalmente igualitária e individualmente jurídica, em que somente os detentores do poder (representado pela propriedade e pela autonomia em contratar) eram alcançados (beneficiados) pela lei, ensejou a exploração do mais fraco pelo mais forte, fazendo com que a primazia burguesa entrasse em declínio (REIS, 2003, p. 773-776).

Significativas mudanças no panorama da legislação civil ocasionaram, progressivamente, a transformação do Estado Liberal em Estado Social, ou seja, a hegemonia do Código Civil estava ameaçada pelo surgimento de novos valores sociais e solidarísticos, visando equalizar o brutal desequilíbrio causado pela autonomia da vontade.

O Brasil, espelhando-se no Código Civil francês e alemão, promulgou, em 1916, o Código Civil brasileiro, fruto do liberalismo acentuado, cujo valor

fundamental também era o indivíduo. Neste período, diversos princípios voltados à individualidade alicerçaram as relações entre as partes, calcados na autonomia da vontade. Cuidava-se, de fato, da mais elevada garantia legal quanto à disciplina das relações entre particulares, seguindo a filosofia do século XIX que, segundo Reis (2003, p. 774) tinha como característica maior o “paradigma [...] cidadão-proprietário”.

No entanto, ao longo do século XX o modelo do Estado Liberal mostrou-se insuficiente diante do elevado patamar a que alçada a desigualdade social, pois as relações, reguladas essencialmente pelo mercado, submetiam os mais fracos economicamente ao poderio daqueles que detinham melhores condições de dispor de sua propriedade, propiciadas justamente por este liberalismo cultuado desde o final do século XIX.

Nesse quadro, mais especificamente até meados do século XX, as constituições ocupavam-se em estabelecer normas para estruturar o Estado e, quando muito, concebiam alguns direitos individuais limitados à defesa em face dos governantes.

O modelo vai se alterar com a Constituição do México, em 1917, e a de Weimar, em 1919, e a partir de então muitas constituições passaram a garantir além dos direitos clássicos (individuais), direitos de ordem social, política e econômica.

Esta realidade provocou a erosão do sistema liberal-burguês, e profundas mudanças implementaram-se como consequência da reaproximação do Estado com a esfera privada. A partir de então a organização da vida econômica passou a sofrer sua intervenção não mais apenas para preservar o mínimo da ordem pública e bons costumes, mas para ser reestruturada com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais e ajustar os excessos cometidos no Estado Liberal, buscando a justiça social por intermédio de assistência aos necessitados, tentando retirá-los de situações de indignidade e miserabilidade.

Na Europa atinge-se a fase do Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State* no sentido de se prestar uma atuação mais efetiva na superação deste individualismo. As autoridades públicas passaram a intervir no processo econômico, quer de forma direta, assumindo serviços sociais tais como saúde, transporte, assistência social, educação, entre outros, quer de forma indireta, por meio da disciplina das relações interprivadas, como por exemplo, a regulação de preços, de crédito, de seguro, atividades bancárias, entre outras (FACCHINI NETO, 2010). O

período foi marcado por uma acentuada atividade legislativa, que não só aumentou a quantidade de leis, como alterou substancialmente seu conteúdo, reduzindo o campo da autonomia privada.

O Brasil não atingiu o *Welfare State*, mas consolidou o Estado interventor, pois a cultura jurídica alicerçada na regulação quase que exclusiva das relações entre particulares pelo Código Civil de 1916 não reunia condições suficientes para ordenar os interesses sociais. Assim, microssistemas jurídicos foram criados pela intervenção estatal em âmbito essencialmente infraconstitucional (REIS, 2003). Ou seja, a matéria privada, antes concentrada no Código Civil e no Código Comercial, passou a ser tratada em leis especiais, fenômeno denominado por Eugênio Facchini Neto como a “era dos estatutos” (2010, p. 51), referindo-se especificamente aos microssistemas jurídicos.

A consequência dessas transformações jurídicas, sociais e políticas proporcionou o deslocamento do eixo de proteção da propriedade, máxima do ideal burguês, para a pessoa humana. Promoveu-se a repersonalização do Direito Privado no sentido de o sujeito ser titular de interesses existenciais além dos patrimoniais até então protegidos, extinguindo, conseqüentemente, a ideia de autonomia deste ramo do Direito em relação ao Direito Constitucional.

Essa nova moldura imposta pela Lei Maior, levando a uma necessária abertura do sistema e, mais do que isso, a uma postura axiológica hierarquizante na vinculação do ordenamento jurídico ao texto superior, originou a expressão “constitucionalização do Direito Privado”. Significando, portanto, atribuição de papel proeminente à Constituição no sentido de submeter os institutos jurídicos à ótica constitucional (ADOLFO, 2008).

Assim, o Direito Civil, de um direito essencialmente vinculado à propriedade, passa a regular interesses do sujeito que convive em sociedade, falando-se, portanto, em despatrimonialização do Direito Civil como consequência de sua constitucionalização (FINGER, 2000).

Então, de um lado o Código Civil, que conserva os valores da sociedade liberal, e de outro, a Constituição, que projeta uma nova sociedade, sob fundamentos de justiça, de liberdade e solidariedade. Este processo de harmonização, portanto, “deve saber transigir com o valor da esperança, ligada à transformação do existente, em prol de uma nação comprometida com o horizonte traçado na Carta Maior”, tendo por substrato a sociedade mais justa, livre e solidária,

a promover “vida digna para todos, em ambiente caracterizado por intenso pluralismo” (FACCHINI NETO, 2010, p. 52).

A concepção de que a Constituição alberga os valores fundamentais de uma sociedade, somada à sua superioridade hierárquica, fez surgir uma hermenêutica constitucional, ou seja, uma interpretação de atos e fatos segundo a Constituição, que não é apenas um programa político a ser seguido pela administração e pelo legislador, mas dotado de força normativa superior, sob pena de, no confronto com o ordenamento jurídico, operar-se a inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia das normas.

Neste particular, destaca-se o princípio da interpretação conforme a Constituição, seja por meio da sua concretização pelos órgãos legislativos, seja pela atividade jurisprudencial, segundo o qual a interpretação a ser dada à norma deve ser aquela que mais prestigie a Constituição (SARMENTO, 2002).

Os direitos fundamentais, então, ganham uma nova dimensão, objetiva, qualificando a tradicional dimensão subjetiva, dotando-os de uma força irradiante, penetrando nas relações jurídicas as mais distintas, inclusive privadas, ocasionando uma nova forma de interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais, revelando, também, a problemática inerente à ruptura dos limites entre o Direito Público e Privado (SARMENTO, 2002).

Gustavo Tepedino (2004, p. 7), relativamente a este fenômeno de constitucionalização do Direito Privado observa que “o direito civil desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes”.

Ocorre, assim, na visão de Reis (2003, p. 780) a repersonalização do Direito Privado. E tal fenômeno é mais claramente percebido no Brasil a partir da vigência Código Civil de 2002, no qual houve a positivação de uma série de conceitos abertos, princípios e cláusulas gerais, delegando ao intérprete da lei uma flexibilidade maior na distribuição do Direito e, acima de tudo, da Justiça, com vistas ao bem-estar do corpo coletivo.

Recomposta está, pois, a unidade do ordenamento jurídico, que deixa de ser considerada apenas do ponto de vista lógico-formal para alcançar um sentido substantivo, informando o conteúdo do Direito Privado, já que a Constituição “costura e alicerça todo o manancial de normas editadas pelo nada parcimonioso legislador contemporâneo” (SARMENTO, 2006, p.75).

Importante frisar que a constitucionalização do Direito Privado não é apenas a leitura do ordenamento jurídico pela lente constitucional, vai além do acolhimento, em sede constitucional, de matérias da alçada do Código Civil. Para que se alcance os objetivos eleitos no artigo terceiro da Lei Maior, ao fenômeno atribui-se maior dimensão para se operar esta reconstrução harmonizadora de seus princípios solidarísticos com os institutos privados, “pois, em relação ao Direito dogmático tradicional, [operou-se] uma inversão do alvo de preocupações do ordenamento jurídico”, e justamente porque o Estado passou a ser exigido na atuação positiva na regulação das relações interprivadas, passou a ter “como fim último a proteção da pessoa humana como instrumento para seu pleno desenvolvimento” (FACCHIN, 2003, p. 17).

No Brasil, principalmente após 1988, a expansão das tarefas estatais passou a ser muito mais ambiciosa, a partir de então se constata mais marcadamente o “afã de fecundar o direito positivo com os ideais humanitários presentes nas constituições contemporâneas” (SARMENTO, 2006, p. 57).

Entretanto, a discussão que se segue é de que forma e em que grau os direitos fundamentais são aplicados nas relações privadas.

Por isso, a Doutrina Constitucional, diante de relações entre particulares e entidades estatais (poder público em geral) assevera haver uma eficácia vertical da Constituição, quando presente uma situação de hipossuficiência.

Por outro lado, nas relações entre particulares, em que as partes são titulares de direitos fundamentais, a proteção deve ser dispensada, *prima facie*, de forma igualitária aos respectivos direitos, o que a Doutrina e jurisprudência constitucional denominaram “eficácia privada”, “eficácia em relação a terceiros” e “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais.

Conforme sintetiza Ingo Sarlet (2000, p. 113-114), a expressão “eficácia privada” merece ser afastada por sua generalidade, e da mesma forma concorda com os opositores à expressão “eficácia em relação a terceiros”, destacando, dentre inúmeros argumentos, que não há uma terceira classe de destinatários, mas sim um segundo nível de vinculação, diverso daquele estabelecido entre o Estado e o particular.

Na esteira desta argumentação há, além disso, a rejeição ao emprego da dicção “eficácia horizontal”, tendo em vista que expressiva parcela da doutrina

identifica situação de desigualdade semelhante à relação Estado-particular quando na relação entre particulares uma das partes detém poder social (SARLET, 2000).

Com efeito, mesmo que habituais as expressões antes destacadas, a expressão “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, defendida por Ingo Sarlet (2000, p. 114) mostra-se mais precisa e adequada, considerando-se eficácia a possibilidade de a norma definidora dos direitos fundamentais produzir os efeitos jurídicos que lhes são intrínsecos, razão pela qual será a empregada neste trabalho.

Por outro lado, prossegue asseverando Sarlet (2000, p. 114) que muito embora seja empregada esta expressão, o debate não deixa de existir porque “eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas” pode conduzir à ideia de uma relação igualitária, desconsiderando o poder privado que se manifesta sempre que uma das partes é mais proeminente do que a outra.

Dessa forma, as relações interprivadas devem ser analisadas no contexto de uma sociedade desigual, onde a opressão pode provir não apenas do Estado, mas também dos sujeitos. Não bastaria apenas considerar o particular como destinatário passivo dos direitos fundamentais, pois a titularidade de que é investido pela própria Constituição lhe confere um poder de autodeterminação de seus interesses privados (SARMENTO, 2006).

Justamente por se constituírem os direitos fundamentais parâmetros de legitimidade formal e material de um ordenamento jurídico, é que a estreita correlação entre estes e o Estado de Direito é destacada por Perez Luño (1999, p.19, tradução livre):

[...] existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.

Independentemente de a base dos direitos fundamentais sustentar-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a coerência interna do sistema de direitos fundamentais encontra justificativa no próprio texto constitucional, pois de acordo com a norma contida no artigo quinto, parágrafo primeiro, todos os direitos e garantias por ela elencados foram elevados à condição de normas jurídicas diretamente aplicáveis, além de terem sido guindados pelo Constituinte à condição

de limites materiais à reforma constitucional, sendo qualificados como “cláusulas pétreas” (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV), com reflexos imediatos na sua concretização, aplicação e interpretação (Sarlet, 2010).

Retomando o tema, e tomando-se como ponto de partida o critério dos destinatários das normas de direitos fundamentais, surge, então, a problemática da sua efetividade horizontal que, em face dos poderes privados, podem verticalizar as relações entre particulares, como já adverte Ingo Sarlet (2000, p. 109).

Não restam dúvidas quanto à penetração dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, centrando-se a discussão na forma e extensão desta incidência, que perpassa por algumas teorias, dentre as quais se destacam três, que brevemente, serão analisadas.

A primeira concepção é a da negação de efeitos dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, pois que para esta teoria as respostas necessárias à composição de interesses estão contidas no ordenamento jurídico privado⁴. A maior crítica que se faz a esta teoria é o fato de ela não proporcionar um tratamento adequado aos direitos fundamentais ao presumir que os maiores perigos e ameaças provêm do Estado, quando na realidade, advêm também de grupos, pessoas e organizações privadas (SARMENTO, 2006).

Em quadrante oposto, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida por Hans Carl Nipperdey, que reconheceu a vinculação do Estado a alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã. Além disso, admitiu haver outros direitos que poderiam ser invocados diretamente, sem a necessidade de intervenção do legislador em face de sua oponibilidade *erga omnes*. Tal conclusão adveio da constatação de que os perigos de violação na sociedade contemporânea não provinham somente das relações indivíduo/Estado, mas também dos poderes sociais e terceiros em geral. Posteriormente, a doutrina de Nipperdey foi reforçada por Walter Leisner que, em sua tese de cátedra, defendeu a unidade da ordem jurídica, refutando a sectarização do Direito Privado (SARLET, 2000).

Embora a substancial defesa da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas feitas por Nipperdey e Leisner, é importante frisar,

⁴ Esta teoria é também denominada *State Action* e foi amplamente recepcionada nos Estados Unidos, conforme desenvolvido por SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed, 2006, p. 189.

conforme destaca Daniel Sarmiento (2006, p. 205) que seus adeptos não negam a existência de peculiaridades nesta incidência, tampouco a necessidade de se realizar a ponderação do direito fundamental em liça e a autonomia privada.

Embora esta teoria tenha sido forjada na Alemanha, a aceitação majoritária se deu na Espanha e em Portugal. Na Espanha o seu reconhecimento não foi expresso pela Constituição, mas doutrinadores, tais como Juan Maria Bilbao Ubillos, Pedro de Veja Garcia, Antonio-Enrique Perez Luño, dentre outros, defendem esta teoria como a melhor a efetivar os direitos fundamentais no contexto do Estado Social, no qual os poderes privados representam grande ameaça à liberdade humana (SARMENTO, 2006, p. 205-208).

Em Portugal, ao contrário, há previsão expressa da extensão dos direitos fundamentais às relações privadas na Constituição. Inobstante a expressa previsão constitucional da vinculação, importante mencionar que divergências, ainda que representadas por uma corrente minoritária na doutrina portuguesa, existem, porém, a corrente majoritária, a qual pertence Canotilho, Vital Moreira e Ana Prata, se dá no sentido de que os direitos fundamentais valem *erga omnes* e são diretamente aplicáveis às relações privadas (SARMENTO, 2006, p. 209).

Porém, como o mestre lusitano afirmou em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (199--, p. 1156-1157) é preciso harmonizar a proteção a tais direitos com a autonomia privada e os princípios fundamentais da ordem civil. Desse modo, acena no sentido de que no julgamento de um litígio envolvendo interesses privados, o Judiciário deve aplicar o Direito Privado em consonância com os direitos fundamentais. Não sendo possível esta interpretação conforme à Constituição, deve-se afastar a aplicação da norma ordinária e, diante da ausência de norma apropriada, aplicar então os direitos fundamentais, utilizando-se não apenas das cláusulas gerais do próprio Direito Privado, mas das próprias normas constitucionais.

Na Itália, muito embora o texto constitucional aponte na direção da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no âmbito privado, sua redação não é tão clara, no entanto, o jurista Pietro Perlingieri manifesta-se de maneira inequívoca em prol da eficácia imediata. De igual modo também ocorreu na Argentina (SARMENTO, 2006).

A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais foi talhada na Alemanha em 1956 por Günter Dürig, amplamente adotada no Direito germânico até hoje, e se trata de uma construção intermediária entre a teoria que

nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a que sustenta a sua incidência direta. Os defensores desta concepção afirmam que os direitos fundamentais são protegidos no campo privado por meio de instrumentos típicos do Direito Privado, isto é, a força dos preceitos constitucionais somente se estenderia ao Direito Civil pela atuação do legislador privado.

Neste papel, o legislador promoveria uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito e, nas palavras de Daniel Sarmento (2006, p. 200) serviria para “acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social de cada época”, comportaria, portanto, maior elasticidade para realizar as adaptações necessárias a sua aplicação.

Em consequência, a segurança jurídica da conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado estaria assegurada diante da primazia do legislador sobre o julgador, conciliando melhor os princípios da democracia e da separação dos poderes (SARMENTO, 2006).

Assim, ao Poder Judiciário caberia o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, ou rejeitar, por inconstitucionalidade, as normas privadas incompatíveis com os direitos fundamentais, tarefa confiada com exclusividade às Cortes Constitucionais, como na Alemanha, Espanha e Itália. Nesse sentido, apenas quando inexistente uma cláusula geral ou de conceito indeterminado que pudesse ser preenchida, ou em caso de lacuna, é que o juiz, buscando a harmonia, aplicaria diretamente os direitos fundamentais independente da mediação do legislador. Por outro lado, quando o Judiciário resolvesse os conflitos privados sem considerar os direitos fundamentais na interpretação das normas ordinárias, sujeitar-se-ia à censura pela sua responsabilidade na lesão a tais direitos.

Exemplo emblemático é a decisão proferida pela Corte Constitucional germânica no caso *Lüth* no ano de 1958, em que se discutia a legitimidade de um boicote ao filme *Unsterbliche Gelibte* (Amada Imortal) capitaneado por Erich Lüth, então presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, por considerar *Veit Harlan* um produtor cinematográfico anti-semita. O cineasta obteve, na Justiça Estadual de Hamburgo a proibição ao boicote proposto por *Lüth* que, inconformado, interpôs recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, Reclamação Constitucional perante a Corte alemã, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento. O Tribunal julgou a

Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual (SCHWABE, 2005).

O julgado é emblemático, pois além de serem lançadas as bases da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, também contemplou uma dogmática geral dos direitos fundamentais. Nesta decisão os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados como direitos políticos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado, e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo, direito de se manifestar (STEINMETZ, 2004).

Brevemente, ainda, passa-se ao exame da teoria da imputação ao Estado proposta por Jürgen Schwabe, também na Alemanha, como alternativa à teoria dos direitos à proteção e às teorias sobre a eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas. Para o jurista toda lesão no âmbito particular é imputável ao Estado, seja por uma permissão ou não-proibição estatal. Assim, toda ação humana não proibida, e, portanto, permitida, é responsabilidade do Estado (STEINMETZ, 2004, p. 176).

Esta teoria parte da premissa segundo a qual cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares ameaçados por outros particulares, todavia, para estar correta, e se evitar uma contradição, o Estado deveria estar vinculado aos direitos fundamentais de modo a impedir uma lesão, da mesma forma que para o particular também haveria um dever de respeito aos direitos fundamentais das outras pessoas. Significa, portanto, que o dever de não-violação é exigível de ambos, sendo a vinculação do Estado complementada pela vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Esta formatação teórica, entretanto, é inconsistente, pois contextualizada no modelo democrático de direito mostra-se invasiva à liberdade e autonomia privadas (SARMENTO, 2006).

Robert Alexy (2014, p. 533) a respeito das três construções sobre os efeitos dos direitos fundamentais no Direito Civil reconhece que, diante da complexidade das relações jurídicas, todas são corretas, no entanto, formula um modelo que integra os pontos que entende mais acertados em cada teoria para uma solução completa e adequada. Por isso, propõe um modelo em três níveis: a) o dever estatal, ou seja, as normas de direitos fundamentais valem com princípios objetivos para todos os ramos do Direito, tanto na legislação quanto na jurisdição; b) os direitos em face do Estado, ou seja, o particular em conflito com outro particular tem direito a

que o juiz ou tribunal tomem suas decisões com base em valores fundamentais quando da interpretação e aplicação das normas de Direito Civil, estabelecendo-se, assim, uma conexão, e c) relações jurídicas entre particulares, isto é, na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, que, sem as razões jusfundamentais, não existiriam. Logo, as três construções chegam a um mesmo resultado: uma eficácia imediata dos direitos fundamentais.

À guisa de todas as teorias analisadas, cada qual ampliando e contribuindo para o debate acadêmico, considerando-se o contexto do ordenamento jurídico brasileiro para examinar a colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação e os direitos fundamentais de privacidade e de intimidade, o presente estudo filia-se à teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais.

A teoria da eficácia imediata mostra-se mais adequada, tendo em vista que os direitos fundamentais têm efeito operante em todo o ordenamento jurídico, além de tais direitos não se condicionarem à atuação mediadora dos poderes públicos, ou seja, independem de regulações legislativas específicas e de interpretações e aplicações judiciais, deduzindo-se diretamente do texto constitucional.

Ao mesmo tempo, tal teoria alinha-se melhor à concepção de uma Constituição aberta, que exige interpretação sistemática a partir da aplicação de princípios constitucionais aos casos concretos, o que permite, assim, alcançar maior efetividade e concretude.

Acentua Adolfo (2008, p. 389-390) que tendo como centro gravitacional do sistema constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana, esta penetração constitucional fortalece a tutela das situações existenciais em detrimento dos direitos de caráter meramente patrimonial, ressaltando que:

[...] a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não podem ser idênticas à do Estado, tendo em vista que os atores privados são igualmente titulares de direitos fundamentais, beneficiando-se de sua autonomia, o autor em evidência chega igualmente à ponderação de interesses como um enfrentamento que obrigatoriamente deve ser feito, tendo de um lado eles e de outro alguma emanção da autonomia privada entendida em seu sentido amplo (autonomia privada negocial, privacidade, autonomia associativa, etc.).

Com efeito, a análise da colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão, à comunicação, à privacidade e à intimidade parte de base constitucional-privada, exigindo uma hermenêutica alinhada à Constituição, aplicando-se adequadamente o princípio da proporcionalidade como meio de alcançar decisões mais acertadas ao caso concreto, conforme se examinará mais detalhadamente no decorrer do trabalho.

3.2 Construir as condições para efetivar a Constituição: a ponderação como solução para a colisão entre os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade e os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação

À luz do que já analisado anteriormente, verifica-se que o reconhecimento dos direitos humanos foi decisivo para a que os textos constitucionais contemplassem os direitos fundamentais. Por se tratar de um desenvolvimento contínuo, em cada nova fase foram impressas reivindicações e necessidades de acordo com o contexto social, que requeria a estruturação de um quadro múltiplo de direitos fundamentais, balizados pela composição da dignidade humana.

Nesta busca para estabelecer e garantir a realização dos direitos fundamentais também os obstáculos à efetivação foram se apresentando, pois inegável que as garantias acompanharam a complexidade das relações, nas quais o ser humano deve ser protegido em sua individualidade, mas, como vive em sociedade, há também deveres, que têm, como uma de suas nuances, o respeito aos direitos alheios.

Assim, este sistema complexo que articula pessoas e atividades humanas exige mecanismos dinâmicos que incrementem e fomentem a coexistência harmônica entre seus membros, papel a ser também desempenhado pelos princípios.

A Constituição de 1988, adotando o projeto de transformar a sociedade brasileira por meio da promoção da justiça social, da liberdade real e da igualdade substantiva, não se limitou a estabelecer a forma organizacional do Estado e assegurar direitos individuais. Ela não se contentou em instituir um regime democrático, nem a prescrever as regras para tornar a democracia possível: acolheu valores como dignidade da pessoa humana e solidariedade social, preparando o

terreno para a filtragem constitucional de todo o ordenamento jurídico (SARMENTO, 2006).

Nesse sentido, superou-se a teoria liberal que concebia os direitos fundamentais como limites à atuação do Estado, e a teoria contemporânea desvelou outra faceta dos direitos, ou seja, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Esta nova concepção reclama atuação de todos os integrantes de uma ordem democrática que impulsionem Executivo, Legislativo e Judiciário a assegurar condições materiais mínimas para que os ideais humanitários efetivem-se na sociedade: esta é a realidade do Estado Social.

No mesmo norte, a dimensão objetiva expande também os direitos fundamentais para as relações interprivadas, protegendo a pessoa humana por meio da limitação da ação dos atores envolvidos, que não mais se regula conforme suas próprias vontades, mas respeita valores morais coletivos.

Isto porque ao mesmo tempo em que o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento axiológico de todo o ordenamento jurídico, a solidariedade, um dos objetivos da República brasileira, é o instrumento que vincula a sociedade civil em torno de um compromisso com o corpo social, que vai além de um simples somatório de pessoas, e integra um todo maior que visa a igualdade material.

Nesse contexto da sociedade contemporânea, onde o poder não se concentra unicamente na mão do Estado, antes se dilui entre os múltiplos setores sociais, a dimensão objetiva presta-se, também, a justificar limitações aos direitos fundamentais em benefício de interesses comuns, pois liga-se “à ideia de que a liberdade a que eles aspiram [os direitos fundamentais] não é anárquica, mas social” (SARMENTO, 2006, p. 108).

O Direito, pois, não é uma ciência exata, é uma disciplina que se presta a reger a vida humana em comunidade considerando-se suas particularidades, a fim de que as respostas alcancem o objetivo preconizado pela Carta Constitucional.

Assim, a hermenêutica tradicional⁵, a qual reservava somente tarefa reprodutiva do texto ao qual o intérprete estava absolutamente vinculado, mostrou-

⁵ Melhor esclarece acerca do tema Luiz Gonzaga Silva Adolfo “Não há dúvida de que a interpretação é o centro de toda a atividade do jurista, em qualquer área que atue. Felizmente, nos últimos anos, vários juristas de renome têm sustentado, em nível internacional e local, inovadoras ideias e correntes em torna da hermenêutica jurídica, desacorrendo a classe das amarras paralisantes de bem pouco tempo que limitava esta digna tarefa à mera interpretação literal de normas, em visões positivistas/dogmáticas”, pois “ao contrário do que ocorreu no âmbito das demais ciências humanas e

se insuficiente neste processo pós-Constituição de 1988, que a partir de então passa a orientar a interpretação e aplicação de seus valores como um todo harmônico e não como repositório isolado de normas jurídicas.

Este fenômeno constitucional, como já se afirmou anteriormente, tornou essencial a construção de um método alternativo, maleável, para que as antinomias fossem equacionadas, no entanto, sem que a pura subjetividade ameaçasse a segurança jurídica.

Assim, o grande desafio lançado pela Constituição, em virtude da regulação dos múltiplos valores e bens resultantes da coexistência do “pluralismo axiológico vigente na sociedade”, que, aparentemente, parecem contraditórios, é o de conciliar a segurança jurídica e a previsibilidade metodológica na persecução da solução de conflitos entre os interesses constitucionais antagônicos ou pelo menos, em um primeiro momento, supostamente contraditórios (SARMENTO, 2002, p. 22). É o caso, por exemplo, da propriedade e função social, solidariedade social e livre iniciativa, entre tantos outros, além da colisão que mais amiúde interessa à presente pesquisa, liberdade de expressão e de comunicação e direito à privacidade e à intimidade.

Dessa forma, o ordenamento jurídico, cujos elementos internos devem guardar coerência entre si, está hierarquicamente escalonado, ocupando a Lei Fundamental o seu topo, permeando todas as demais normas jurídicas.

Entretanto, se é a Constituição que confere unidade à ordem jurídica, esta ideia também se projeta sobre ela própria, o que implica harmonizar os seus ditames na tarefa de interpretação ou de aplicação a casos concretos, o que, mormente, demonstra a necessidade de harmonizar as tensões entre os direitos a concretizar.

Em algumas hipóteses, no entanto, a conciliação será inviável, tornando a restrição à eficácia de uma das normas inafastável, e a solução deverá ser aquela em que tal limitação seja a menor possível.

No entanto, antes de se adentrar o tema especificamente, primordial é estabelecer a distinção entre princípios e regras para melhor compreensão do embate a ser versado.

sociais, a ciência do Direito deixou-se ficar prisioneira, até recentemente das limitações impostas por um modelo de interpretação dogmática e positivista”. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 87-88.

O sistema fechado de normas dá lugar a um sistema flexível e adaptável às transformações sociais, superando o formalismo legalista para alcançar a materialização do Direito, tendo os princípios como elos de conexão entre o conteúdo normativo e o alcance da justiça.

Nessa nova perspectiva de interpretação constitucional, os princípios ocupam o ponto mais alto da escala normativa, servindo de critério, por excelência, na avaliação do conteúdo constitucional e infraconstitucional, consolidando-se como fontes primárias do ordenamento jurídico (BONAVIDES, 2000). Assumem, no constitucionalismo brasileiro a partir de 1988, o papel de normas jurídicas que passam a dar coesão e sentido ao ordenamento jurídico.

Para Mônia Clarissa Hennig Leal (2003, p. 50) os princípios são os fins a serem perseguidos pelo Estado que, além de vincular todos os entes, são também um impositivo para o presente e um projeto para o futuro a se renovar cotidianamente, “constituindo-se numa eterna construção da humanidade”.

Bonavides (2000, p. 237), a propósito, afirma que a normatividade dos princípios nas constituições contemporâneas permite identificar três fundamentais papéis: a) sintetizar valores; b) dar unidade ao sistema, e c) condicionar a atividade do intérprete.

Note-se que igualmente importante é a contribuição dos princípios para a eficácia das normas jurídicas, em virtude da alta resiliência às exigências do caso concreto, abrindo espaço para soluções mais ajustadas.

É preciso ainda destacar que o Estado Democrático de Direito proporciona uma tensão entre o público e o privado de forma vigorosa, e tem os princípios como instrumentos de enfrentamento neste processo de busca da harmonização de interesses. Por esse motivo é que a distinção a ser feita não é mais entre normas e princípios, mas sim entre princípios e regras (LEAL, 2003, p. 85).

Nesse contexto, ganha relevância a discussão proposta por Ronald Dworkin e Robert Alexy, estudiosos contemporâneos quanto à distinção entre princípios e regras.

Ronald Dworkin (2002, p. 4) percebendo que os juristas eram treinados para analisar situações factuais complexas com o objetivo de resumi-las a leis escritas, e que, concebendo instituições jurídicas e decisões judiciais que produziram mudanças sociais específicas, anteriormente decididas, eram levados a uma ilusão de progresso. Assim, as questões de princípio que existiam no direito ficavam

intocadas, o que o levou a formular uma teoria em que estabelece uma diferenciação do ponto de vista lógico, ou seja, crítico do positivismo, conferindo aos princípios uma valoração, um peso, ao passo que às normas atribui apenas validade.

Para Dworkin (2002, p. 39) as regras são aplicáveis no modelo “tudo ou nada”, ou seja, se considerada válida, a resposta deve ser aceita, ou se é tida por inválida, não contribuiu para a decisão a ser tomada. Destaca o autor também que a regra pode conter uma exceção que seria levada em conta pelo próprio enunciado, do contrário seria ele incompleto.

Por outro lado, aos princípios atribui uma dimensão de peso ou importância, isto é, quando se inter cruzam os princípios, a solução deverá considerar a força relativa de cada um, ressaltando, no entanto, que esta mensuração não será exata (DWORKIN, 2002, p. 42).

Assim, no caso de colisão entre princípios, tem prevalência aquele que for mais valorativo para o caso concreto em análise, o que significa que somente naquele caso o princípio preterido não teve força suficiente para ser decisivo, “de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula” (DWORKIN, 2002, p. 114).

Buscando uma integridade do Direito, mesmo quando nenhuma regra regula o caso concreto (casos difíceis), propôs que o juiz deveria declarar quais os direitos estariam de acordo com o ordenamento jurídico, e, abstendo-se de criar novos direitos advindos da ponderação, garantiria a segurança jurídica. O professor de Nova York admite a existência de princípios supralegais que levam a uma única resposta correta, desautorizando, assim, a discricionariedade.

Entra em cena, então, o juiz Hércules, que percebe e aplica o Direito coerentemente ao sistema normativo, compreendendo o caso em todos os seus aspectos jurídicos, revelando, por fim, a única resposta correta. Hércules respeitará as decisões tomadas anteriormente e assim integrará o sistema, ou seja, aderirá ao que se denomina “romance em cadeia”: o juiz utiliza as interpretações passadas, requintando-as, identificando direitos e deveres de uma comunidade personificada, e por isso existente no próprio Direito, cabendo-lhe apenas reconstitui-la e não criá-la (DWORKIN, 2002).

Vale ressaltar que a pretensão de correção de Dworkin não dispensa a justificação da decisão, pois a reconstrução do caso concreto comprovaria a aplicação do princípio adequado.

Robert Alexy (2014, p. 86-87), por sua vez, em sua teoria dos direitos fundamentais, compartilha algumas ideias com Dworkin quanto à rejeição da ideia positivista de que nos *hard cases* o juiz preencheria o suposto vazio por critérios discricionários.

Entretanto, estabelece que regras e princípios são espécies do gênero norma, porque ambos dizem o que deve ser por meio de “expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição” (ALEXY, 2014, p. 87).

Nesses termos, analisados sob o critério da generalidade, os princípios são mais gerais, pois que destinados a uma pluralidade de situações jurídicas, ao passo que as regras possuem conteúdo mais objetivo para incidência mais específica (ALEXY, 2014, p. 87).

A distinção, no entanto, para ser melhor realizada, deve considerar não apenas uma diferença gradual, mas qualitativa, segundo Alexy (2014, p. 90), no sentido de que princípios são “mandamentos de otimização” (compreendendo-se aqui o seu sentido amplo, incluindo proibição e permissão), de que algo deva ser realizado na maior medida possível, considerando-se as possibilidades fáticas e jurídicas. Já as regras são normas que determinam exatamente o que se deve fazer no âmbito do que é juridicamente possível (mandamentos definitivos).

No caso de conflito entre regras a decisão a ser dada ocorre no plano da validade, ou seja, ou se introduz uma cláusula de exceção à mesma, ou diante da impossibilidade desta intromissão, uma delas deverá ser declarada inválida, já que não é possível que dois juízos concretos, e contraditórios entre si, sejam simultaneamente válidos. Neste caso, a solução será obtida mediante a aplicação de três critérios: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

O critério da *lex superior*, ou hierárquico, resolve o choque entre duas regras jurídicas pelo valor hierárquico superior de uma delas, pois *lex superior derogat lex inferior*. Já a sucessão de uma norma por outra no tempo traduz o parâmetro cronológico, também denominado de *lex posterior*, prevalecendo a premissa *lex posterior derogat priori*. Por fim, o critério da especialidade é invocado em uma relação do tipo geral – especial, tendo prevalência a regra especial sobre a geral: *lex specialis derogat generali* (FARIAS, 2008, P. 107-108).

Por outro lado, a colisão entre princípios pressupõe um embate entre interesses opostos, o que significa que um deles terá de ceder em favor do outro, sob determinadas condições (ALEXY, 2014, p. 93).

Simplificadamente, a lei de colisão formulada pelo autor citado no parágrafo anterior, resume-se à técnica do sopesamento que é definir qual dos interesses opostos – que abstratamente ocupam o mesmo nível – têm maior peso no caso em pauta que informará as condições sob as quais os mesmos deverão ser analisados.

Ilustrando a lei de colisão, Alexy (2014, p. 99) aplica a fórmula criada ao caso *Lebach*, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão, no qual uma emissora de televisão daquele país programara exibir um documentário sobre o assassinato de quatro soldados sentinelas de um depósito de munições do Exército germânico, que teve as armas roubadas para o cometimento de outros crimes. Na época da pretendida exposição, um dos cúmplices estava muito próximo da data de soltura da prisão, e, por entender que a veiculação do programa violaria o seu direito à ressocialização, intentou medida cautelar de proibição de exibição. Tendo em vista que o Tribunal Superior Estadual negou seu pedido, o autor ajuizou reclamação constitucional.

Apresentadas as premissas do mundo real, Alexy passa a analisar o referido julgado aplicando a lei de colisão dos direitos fundamentais.

Assim, o primeiro princípio (P1) é a proteção da personalidade; o segundo (P2) é a liberdade de informar por meio de radiodifusão. Em um segundo passo, prossegue o estudioso, que o Tribunal alemão considerou tais princípios no contexto de uma informação atual sobre atos criminosos (C1), porém, a solução somente ocorreu quando uma segunda condição foi considerada (C2), ou seja, quando uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação sobre um crime grave e que põe em risco a ressocialização de seu autor, é que o resultado foi a precedência do direito fundamental à proteção da personalidade (ALEXY, 2014, p. 100).

Pertinente destacar que neste caso específico, a liberdade de informar sofreu atenuação em face da proteção dispensada à personalidade do autor do crime na situação concreta em que se encontrava: dias precedentes ao seu livramento condicional que poderia ser prejudicado pela divulgação da participação em um crime grave pelo qual já cumprira pena. Destaque-se que o direito de noticiar fatos criminosos permaneceu íntegro, apenas, neste caso, sofreu restrição pela proteção

ao direito da personalidade. Por essa razão, pode-se afirmar que não há direito fundamental hierarquicamente superior, e sim, prevalente no caso concreto, pois que a ponderação afasta o sopesamento *in abstracto*.

Como já mencionado, o pluralismo de ideias existente na sociedade contemporânea projeta-se na Constituição que acolhe, em seus mais diversos matizes, princípios, valores e interesses, que, muitas vezes, entram em tensão quando na análise de um caso concreto.

Assim, tratando-se de colisão entre direitos fundamentais, que ocupam a mesma hierarquia, no entendimento de Steinmetz (2001, p. 140), a decisão normativa final, seja legislativa ou judicial, deverá observar os postulados da unidade da Constituição e da concordância prática para otimizar e harmonizar tais direitos. Nesse sentido, indispensável uma nova proposta metodológica para a solução da tensão.

Também Canotilho (19-- , p. 1148) define a ponderação como método de resolução de problemas de limites e conflitos de direitos fundamentais e conflitos de direitos fundamentais, razão pela qual a presente pesquisa filia-se a este entendimento, já que se traduz um conjunto de orientações seguras, mediante o qual cada um dos elementos deve ser considerado à luz de sua importância (peso) no contexto em que observado, seguindo-se, então, três etapas para se chegar a uma solução casuística adequada.

No primeiro estágio realiza-se a identificação do conflito principiológico, que, uma vez reconhecido, torna necessário o emprego no caso concreto em apreço. Dessa forma, a primeira tarefa do intérprete é decifrar os cânones envolvidos para verificar se eles efetivamente estão em conflito ou podem ser harmonizados.

Versando sobre o tema, Edilsom Farias (2004, p. 49) conclui que os mesmos parâmetros empregados para solucionar a colisão de princípios poderão ser utilizados na colisão envolvendo direitos fundamentais. Assinala que os cânones hermenêuticos são, dentre outros, o princípio da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade.

A compreensão de que a Constituição é uma unidade hierárquico-normativa, que não pode ser contemplada como normas separadas, e que confere igual dignidade a todas as disposições, é o reconhecimento do princípio da unidade da Constituição. Corolário deste princípio é o princípio da concordância prática, segundo o qual os valores envolvidos no caso hipotético devem ser harmonizados,

de modo a evitar o sacrifício total de um em relação a outro, o que se alcança por meio de uma combinação entre ambos. Por seu turno, a aplicação do princípio da concordância prática no caso concreto consubstancia-se no princípio da proporcionalidade, ou seja, examina-se “a *adequação* dos meios aos fins colimados, a *exigibilidade* ou *necessidade* do meio mais suave e, por fim, se o meio empregado é o mais vantajoso para salvaguardar direitos fundamentais e/ou valores constitucionais colidentes” (FARIAS, 2004, p. 49).

Também Sarmento (2002, p. 99-100) neste ponto, salienta que o esforço em buscar a conciliação das normas constitucionais indica a priorização do intérprete na harmonização dos dispositivos em face da colisão.

Retornando à ponderação, na primeira etapa, pois, a análise busca identificar os próprios limites dos direitos fundamentais envolvidos, ou seja, somente serão ponderados direitos que realmente sejam protegidos, explícita ou implicitamente, pela Lei Maior, mostrando-se essencial a constatação de uma verdadeira tensão principiológica. Em seguida, à luz das circunstâncias concretas, adentra o intérprete à segunda etapa, em que imporá limitações recíprocas sobre os interesses em disputa justamente para equacionar o conflito “objetivando lograr um ponto ótimo”, primando sempre pela restrição mínima indispensável à convivência com o outro (SARMENTO, 2002, p. 102).

Superada a etapa intermediária, avança-se, por fim, à derradeira fase, na qual se aplica o princípio da proporcionalidade, que se desdobra em três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação permite aferir se a medida é apropriada para atingir a finalidade desejada, ou seja, se o meio é próprio para o alcance do fim almejado.

Uma vez constatada ser a via adequada, o intérprete, em face do subprincípio da necessidade, passará, então, a perquirir se a medida é a menos gravosa possível para se atingir a solução do conflito. Em outras palavras, em se deparando o intérprete com mais de uma forma possível de se chegar ao resultado, deverá optar por aquela que afete o menos possível os direitos envolvidos.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito envolve uma análise do “grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico”, ou seja, o ônus imposto pela preterição de um dos direitos fundamentais deve ser inferior ao benefício da preferência dispensada ao outro direito (SARMENTO, 2002, p. 105).

Aqui será útil resgatar as considerações de Alexy (2014, p. 588) quanto às máximas da adequação e necessidade que “expressam a exigência – contida na definição de princípio – de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas”, demonstrando, assim, que a apreciação da problemática é de natureza fática.

Alexy (2014, p. 593) realça, por outro lado, a faceta jurídica do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, como bem explicita:

[...] a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. Ela é idêntica à lei de sopesamento, que tem a seguinte redação: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.

A proporcionalidade, pois, revela uma noção básica de balanceamento de interesses jurídicos com a finalidade de se alcançar uma solução ponderada e equilibrada, revelando intrínseca conexão com a dignidade da pessoa humana, reforçando a relevância de sua utilização e qualificação tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Posto isso, no que toca à colisão dos direitos fundamentais entre particulares, diante da imprescindibilidade da ponderação como método de solução do embate para que não haja uma anulação de qualquer direito, o princípio da proporcionalidade assume especial papel em sua operacionalização, análise a qual se ocupa o próximo passo do estudo.

3.30 princípio da proporcionalidade e a sua operacionalização nos casos concretos

Por tudo quanto visto até aqui, não há dúvidas de que o Direito exige, não raras vezes, a ponderação entre interesses, e por isso não se pode afirmar que faça escolhas absolutas, ao contrário, uma de suas hercúleas tarefas é equilibrar os direitos, e maior complexidade há quando se trata de solucionar conflitos em que as personagens envolvidas são titulares de direitos fundamentais.

À luz do analisado anteriormente, é possível dimensionar a finalidade do princípio da proporcionalidade na incumbência de auxiliar na proteção dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal, solidificando-se fortes bases para a

sua aplicação, ao mesmo tempo em que evita um excesso de discricionariedade nas decisões.

Na medida em que a liberdade de expressão e de comunicação são relevantes na interação social, garantindo o direito de se expressar e se informar, é igualmente essencial que os direitos dos outros indivíduos também sejam protegidos de certas formas de expressão e de comunicação, ganhando vulto a proteção ao direito à privacidade e à intimidade.

Uma vez definida a ponderação como método adequado para “equilibrar e ordenar os direitos ou bens conflitantes *in concreto*” (STEINMETZ, 2001, p. 141), impende operacionalizá-la, o que ocorre por meio do já referido princípio.

Ainda conforme Steinmetz (2001, p. 142) a realização da ponderação requer a observância de pressupostos básicos, a saber: colisão entre direitos fundamentais cuja realização de um afeta, restringe ou até mesmo impede a realização do outro; e a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva que prescindida das circunstâncias do caso concreto.

Antes, porém, de se examinar o princípio da proporcionalidade sob o âmbito pragmático, importa realizar uma breve digressão histórica para contextualizar a sua importância no método adotado.

O princípio da proporcionalidade surgiu no século XIX no Direito Administrativo de polícia prussiano, estendendo-se, por fim, a todo o Direito Administrativo e ao Direito Público em geral. Todavia, os fundamentos dogmáticos somente solidificaram-se no período pós Segunda Guerra Mundial, desenvolvendo-se amplamente por adoção da jurisprudência e doutrina alemãs. Concebido originariamente como meio para controlar e limitar o direito de polícia da administração pública, foi se desenvolvendo, e este *status* de princípio constitucional restou por influenciar outros ordenamentos jurídicos, sendo considerado atualmente um princípio universal no âmbito de vigência das constituições dos Estados Democráticos de Direito (STEINMETZ, 2001, p. 147).

Prevista originalmente como algo a ser oposto ao Estado, a proporcionalidade também é denominada de “juízo de ponderação” ou “proibição do excesso”, o que justifica, por exemplo, a utilização desta expressão nos casos em que, na justa advertência de Gilmar Mendes (2009, p. 47) “há abuso de poder legislativo a ser corrigido por meio da ação jurisdicional que busca manter a higidez constitucional”.

Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade assume as funções de moderar o exercício do poder e atenuar o arbítrio em relação aos direitos da pessoa. Retomando o que já afirmado por Wilson Steinmetz (2001, p. 146), é com esta visão que o princípio tem sido adotado no Direito Comparado, inclusive pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e nessa esteira também o é no ordenamento pátrio, que o acolheu como ferramenta de conformação não somente de atos administrativos, mas também de leis.

Historicamente o referido princípio surge como técnica para controlar e limitar o direito de polícia da Administração Pública, mas contemporaneamente, com sua compreensão expandida, afirma-se como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais, vinculando, portanto, todos os Poderes Públicos (STEINMETZ, 2001, p. 147).

Embora seja há muito objeto de investigação dos juristas, a construção de uma definição do princípio da proporcionalidade não é tarefa simples, sendo constatável que os princípios mais se oferecem à compreensão do que à definição. (Bonavides, talvez p. 356 ou 369)⁶.

Geralmente, a proporcionalidade é definida por meio das máximas como “juízo de ponderação” ou “proibição do excesso”, calcada no perfil liberal alinhado à finalidade de impedir ações autoritárias por parte do poder estatal. Nesse sentido, Gilmar Mendes (2009, p. 47) afirma que “a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso [...], que se revela mediante contradição, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins”.

Logo, o equilíbrio a ser alcançado por meio do balanceamento dos direitos fundamentais em colisão há que se concretizar mediante a aplicação de uma solução ponderada, alheia a radicalismos, obrigando o Estado a compatibilizar-se com o mandamento principiológico.

Alexy (2014, p. 117) estabelece que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, ou seja, esta é deduzível da natureza

⁶ Empregar-se-á a nomenclatura de princípio da proporcionalidade, embora o tema suscite debate acerca da terminologia mais correta, o qual não poderá ser realizado no bojo desta pesquisa. Abordagem mais específica pode ser encontrada na obra: SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 168-169.

dos princípios, pois suas três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) decorrem da própria essência dos direitos fundamentais:

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada 'princípio da proporcionalidade'. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.

No Brasil, a conexão entre a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana (fundamento da República) seria suficiente para seu reconhecimento, entretanto, a legislação constitucional traz, de forma intrínseca, esta ligação, como, por exemplo, a proibição da pena de morte (artigo 5º, inciso XLVII).

Inegavelmente a conduta estatal deve fidelidade ao texto constitucional, impondo respeito aos direitos fundamentais. Sintetizando, a proporcionalidade, como mecanismo de ponderação de bens, auxilia na efetivação dos direitos fundamentais, conforme é o entendimento de Steinmetz (2001, p. 143) ao responder o questionamento acerca da operacionalização da ponderação concreta de bens.

Nesse mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (1999, p. 260) afirma que o apego ao texto constitucional não importa reduzir o direito à norma, mas, "em elevá-lo à condição de norma, pois ele tem sido menos do que isso".

A ponderação, pois, sendo um método a ser empregado na preservação destes bens constitucionais, exige uma técnica orientada a valores substantivos, ostentando uma estrutura racional e controlável que tenha, entre suas preocupações essenciais, "a proteção da segurança jurídica e a garantia da transparência dos atos estatais" (SARMENTO, 2002, p. 99), o que se alcança por intermédio da máxima da proporcionalidade, desdobrada em seus três subprincípios.

Ao Estado não é permitida uma atuação excessiva sob o pretexto de garantir o alcance da finalidade estabelecida pela lei, isto é, não pode se valer de quaisquer meios para obter o resultado garantido constitucionalmente, sob pena de lesar os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Inicia-se o controle da proporcionalidade se o fim a que se almeja tem legitimidade constitucional, procedendo-se, sucessivamente, aos exames de

adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Apenas analisa-se a proporcionalidade da medida à luz do princípio subsequente se ela satisfaz o princípio antecedente, pois que há uma progressão de tipo lógico entre os três subprincípios. Desse ponto, concluir-se-á que a finalidade do princípio é a proteção dos direitos fundamentais, garantindo a otimização desses direitos segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, operacionalizando-se mediante este procedimento metódico racional (STEINMETZ, 2001).

Com apoio nestes entendimentos doutrinários, a presente pesquisa adota a nomenclatura de princípio da proporcionalidade, porém, filia-se ao entendimento de que, na aplicação do método da ponderação, ele traduz-se como técnica jurídica como meio de alcançar a maior preservação possível dos direitos fundamentais em colisão no caso concreto sob análise.

Há que se destacar, ainda, que a doutrina brasileira ainda não encontrou um consenso quanto à equivalência do princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, sendo que para autores como Luís Roberto Barroso (1999, p. 204) e Suzana de Toledo Barros (2000, p. 57) tais princípios podem ser utilizados como sinônimos. Nesse mesmo sentido também Daniel Sarmento (2002, p. 87), ao afirmar que muito embora tenham matrizes históricas diversas, na prática ambos são fungíveis porque almejam o mesmo objetivo, qual seja, coibir o arbítrio do Poder Público.

Em sentido oposto, Willis Santiago Guerra Filho (200, p. 67), destaca a incompatibilidade de ambos, ao realçar o sentido negativo da razoabilidade ao evidenciar que certo ato administrativo não cumpre com sua finalidade por ser absurdo ou arbitrário.

Relativamente a distinção entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, neste estudo adota-se a expressão “princípio da proporcionalidade” por se entender mais ajustado à solução da colisão de direitos fundamentais, já que estamos diante de uma relação meio-fim. Importa frisar que Ingo Sarlert (2012, p. 337) firma sua posição ao definir sua atuação “como instrumento metódico de controle de atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados”.

O Supremo Tribunal Federal tem demonstrado, ao longo de suas decisões, a preferência à razoabilidade, já que o princípio da proporcionalidade comporta

procedimento trifásico, e a ponderação empregada em suas decisões tem se mantido no campo da razoabilidade⁷.

Isso porque o dever de razoabilidade não pressupõe a relação meio-fim, mas a situação pessoal do sujeito envolvido. Por esse motivo Wilson Steinmetz (200, p. 187) conclui que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado no conflito entre direitos fundamentais, pois não se trata de verificar a razoabilidade da aplicação de uma norma geral a uma situação individual.

Quanto ao conceito do que seja razoável, filia-se o autor (2001, p. 191) à linha do direito contemporâneo de Recaséns Siches, Perelman e Aarnio, que embora tenha suas diferenciações, lhe permite afirmar que:

[...] dizer que uma decisão é razoável significa que, do ponto de vista de seu conteúdo, ela é aceitável [...]. A razoabilidade diz respeito ao conteúdo, e não à forma. Uma segunda conclusão é a de que o não-razoável ou desarrazoado é não-direito, mesmo que as fontes do direito tenham sido utilizadas corretamente, do ponto de vista formal. [...] Uma terceira, já implícita nas outras duas, é que nos casos em que se analisa a razoabilidade de uma medida ou de uma decisão concorrem pontos de vista valorativos, principalmente nos casos difíceis (*hard cases*).

Conclui Steinmetz (2001, p. 191-192) que não se nega normatividade ao princípio da razoabilidade, consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, mas comprova a sua carência de operacionalização. Por outro lado, o princípio da proporcionalidade tem sua operacionalidade preservada por se constituir de um procedimento trifásico, cuja última fase, que é a ponderação propriamente dita, é precedida da adequação e exigibilidade, consubstanciando-se em um controle mais aprimorado das valorações pessoais do intérprete da norma.

A colisão entre direitos fundamentais, segundo Canotilho (19-- , p. 1137) ocorre “quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.”. Uma segunda hipótese apontada pelo jurista português é a em que a colisão ocorre quando o direito fundamental confronta um direito de abrangência coletiva, bens jurídicos da comunidade ou do Estado.

Robert Alexy (1999, p. 68-69), ao discorrer sobre a colisão de direitos fundamentais, distingue-a em sentido estrito e em sentido amplo. Sempre que o

⁷ Ingo Sarlet expõe brevemente a controvérsia doutrinária e jurisprudencial a esse respeito, in: *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 336-344.

exercício ou a realização de um direito fundamental de alguém tiver uma consequência negativa sobre direitos fundamentais de outro, independente de serem iguais ou diversos, a colisão será em sentido estrito⁸.

Por outro lado, a colisão entre direitos fundamentais assume sentido amplo quando envolvidos direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos, como é o caso, por exemplo, da colisão entre a liberdade de exercício profissional dos produtores de tabaco e a saúde pública (ALEXY, 1999, p. 71).

Pela alta complexidade do conflito entre a liberdade de expressão e de comunicação e o direito à privacidade e à intimidade, conclui-se que a hermenêutica tradicional é insuficiente para apresentar a resposta que assegure, na maior medida possível, os postulados constitucionais. Dessa forma, é pertinente estabelecer que a interpretação ocupa-se em atribuir sentido a disposições normativas para então aplicá-las ao caso concreto, ao passo que a ponderação vai além, ou seja, tem a tarefa de equilibrar e ordenar os direitos ou bens conflitantes *in concreto* (STEINMETZ, 2001, p. 141).

Estabelecida esta base, a sustentação do debate em torno da colisão entre os referidos direitos jusfundamentais é permeada pelo princípio da proporcionalidade, que é extraído do texto constitucional, tendo em vista que não há previsão expressa dele na Carta Política brasileira.

Assenta Wilson Steinmetz (2009, p. 172):

O princípio da proporcionalidade se revela um princípio formal. Na hipótese de colisão, por exemplo, o princípio da proporcionalidade não pretende que o resultado de sua aplicação seja a única resposta correta e nem pretende que em diferentes casos de colisão, com idênticos direitos fundamentais em oposição, o resultado seja o mesmo. O que o princípio, por meio dos três princípios parciais, exige é que se considere o peso de cada princípio no caso concreto, as circunstâncias do caso. [...] Portanto, o princípio da proporcionalidade caracteriza-se por ser uma estrutura formal de aplicação das normas-princípios.

⁸ Robert Alexy estabelece uma distinção entre os direitos fundamentais idênticos em quatro espécies. A primeira afeta o mesmo direito de defesa liberal, como por exemplo, a manifestação de dois grupos políticos hostis em um mesmo local. O segundo tipo contempla o direito de defesa liberal de um e de proteção de outro, tal como ocorre em casos em que se deve salvar a vida de um refém. O terceiro tipo relaciona-se à manifestação positiva e negativa do mesmo direito, exemplificada pelo direito de crença. Por fim, a quarta espécie é aquela na qual a dimensão jurídica do direito colide com a sua dimensão fática, o que se verifica na igualdade jurídica e fática. Alexy exemplifica com o tratamento diferenciado no pagamento de custas processuais ao pobre e ao rico para garantir o acesso à justiça. Quando se tratar de direitos fundamentais diferentes, há uma vasta lista de exemplos, destacando-se a colisão entre o direito de comunicação e os direitos de personalidade.

A partir do entendimento de Steinmetz (2009, p. 172) pode-se reforçar o que anteriormente já foi afirmado: o princípio da proporcionalidade não é um princípio propriamente dito, embora contenha alta carga axiológica, mas se revela como relevante instrumento na busca do equilíbrio entre os direitos fundamentais para que, ao fim, se obtenha uma resposta ponderada e consentânea à situação *in concreto*.

Diante da diversidade de situações que podem gerar o conflito entre liberdade de expressão e de comunicação e direito à privacidade e à intimidade, o caso concreto será determinante para se encontrar o denominador comum, ressaltando-se que as circunstâncias levarão à variação do resultado da ponderação de cultura para cultura, conforme o tempo vivido pela sociedade, tornando-se necessário dar uma importância maior à *ponderação ad hoc*, utilizando-se a expressão cunhada por Daniel Sarmiento⁹ ao abordar a complexidade do tema tratado.

Wilson Antônio Steinmetz (2001, p.63) elabora um estudo específico sobre a colisão entre direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade para o deslinde de casos difíceis, concluindo que esta colisão ocorrerá sempre quando houver um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados:

As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis ou duvidosos. Assim se caracterizam porque o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idênticas hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. Na colisão, não se trata de pura e simplesmente sacrificar um dos direitos ou um dos bens em jogo. Como se verá, a solução da colisão é impensável com a mera subsunção a normas ou com a estrita aplicação dos cânones clássicos de interpretação; além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige, sobretudo, a aplicação do princípio da proporcionalidade – de modo especial, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens) – e a argumentação jusfundamental.

O surgimento da ponderação ou balanceamento provocou uma viragem metodológica no âmbito do Direito Constitucional, segundo identifica Canotilho (19---, p. 1109), para a qual aponta três razões: a) inexistência de uma hierarquia abstrata

⁹ Afirma o autor “Já a ponderação *ad hoc* é aquela realizada em face das peculiaridades do caso concreto, onde o operador do direito não pode se descurar das características fáticas do problema para a solução da questão”. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 2 tir. Rio de Janeiro: 2002, p. 110.

entre os bens envolvidos, o que exige uma norma de decisão que considere o caso concreto; b) a natureza principiológica de muitas normas constitucionais, a serem valoradas pelo seu peso no caso concreto, e não pela sua validade, como ocorre com as regras; e c) a existência de valores múltiplos na sociedade, impondo uma criteriosa análise e uma fundamentação rigorosa na solução dos conflitos.

Não há como se pensar em operacionalização da ponderação sem a abordagem do princípio da proporcionalidade, a ser adotado para alcançar o fim perseguido. Sintetiza Wilson Steinmetz (2001, p. 149) “a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária. Isto significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional”.

Imprescindível, de igual forma, verificar se a finalidade que se pretende alcançar com a ponderação está justificada constitucionalmente, o que legitima a utilização deste método, procedendo-se à aplicação, sucessivamente, da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isto porque, na visão de Alexy (2014, p. 153) o modelo de princípios indica, *prima facie*, o que é devido, por seu caráter deontológico. Permanecendo o intérprete no âmbito da razoabilidade, reporta-se à valoração do que é melhor, de caráter axiológico, por isso afirma:

Aquilo que, no modelo de valores é, *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.

Saliente-se que no estágio da proporcionalidade em sentido estrito o intérprete deverá ter por escopo o caso concreto, já que as variáveis fáticas, como já afirmado anteriormente, são determinantes para a aferição do peso específico de cada direito fundamental envolvido, com a finalidade de se alcançar a maior realização possível de um direito que justifique a restrição de outro.

Menciona-se este aspecto porque se pode considerar que o método da ponderação não seria controlável do ponto de vista racional, já que não atenderia à segurança jurídica, e também porque dissociado do positivismo jurídico, abrindo vasto campo à discricionariedade.

Indo ao encontro dessa proposição, analisando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que nem sempre se adotam os três passos da ponderação, que, ressalte-se, são em sequência lógica, ou seja, a etapa posterior só é atingida após a superação da anterior. O que se tem observado é a utilização da terceira etapa exclusiva e diretamente, ampliando a sua atuação para além dos limites constitucionais, bem como retirando a possibilidade de controle da decisão pela sociedade.

No entanto, para que a decisão do caso concreto realmente atenda à promoção da dignidade pelo exercício efetivo dos direitos reconhecidos, exige-se a superação da identidade meramente formal da norma, aproximando-a à realidade, com o escopo de cumprir, com o maior alcance possível, o mandato constitucional.

Nessa linha de raciocínio, o exercício do direito de divulgar as próprias ideias afasta o consenso institucionalizado, já que o próprio titular do direito pode exercê-lo livremente, no entanto, também será atingido pelas opiniões alheias na medida em que os demais lançam mão do seu direito. Esse processo é extremamente salutar na construção da sociedade democrática: estabelece-se uma relação entre o direito de se expressar e o dever de respeitar a expressão alheia.

É importante frisar, ainda, que esse processo só ocorre quando o indivíduo confia na proteção de sua individualidade, o que perpassa, necessariamente, pela livre manifestação de pensamento, veiculada pela informação (CANOTILHO, et al., 2014).

Significa que havendo a proteção dos direitos fundamentais em um nível satisfatório, o indivíduo encoraja-se ao envolvimento mais ativo na esfera pública, pois a proteção estatal lhe gera uma confiança maior de que sua individualidade não será violada. Dessa forma, ao mesmo tempo em que o direito à liberdade de expressão e de comunicação é alargado e plenamente preservado, pode-se afirmar que o direito à privacidade e à intimidade também o são, pois aqueles geram o dever de respeito a requisitos mínimos destes para existirem de forma consentânea aos valores constitucionais.

Por isso, as questões de interesse público devem ser discutidas com esta amplitude na esfera pública, pois que inerentes a uma ordem constitucional livre e democrática que redunde, no entender de Canotilho (2014, p. 35) em “[...] assegurar a livre circulação de ideias e informações, promovendo o conhecimento individual e cívico e a formação da opinião pública e da vontade política”. Em contrapartida, esta

pluralidade de ideias também gera o confronto com as opiniões alheias que, sendo divergentes, muitas vezes resultam em pontos de tensão, e em certas hipóteses, em casos de colisão entre os direitos fundamentais aqui analisados, em outras não ultrapassa o mero dissenso.

Na visão de Canotilho e Jónatas Machado (2003, p. 10-11) estando os direitos fundamentais a serviço da democracia participativa e difusão pluralística de poder, subordinam toda a comunidade política à descentralização da autoridade até a mais pequena célula: o indivíduo. A dificuldade, como já afirmado, está em encontrar as balizas limítrofes que propiciem a harmonia entre estes direitos, ou seja, as esferas pública e privada devem se interpenetrar para que a discussão pública seja aberta e se torne um caminho para a constante discussão, crítica e revisão dos valores e interesses em diferentes esferas da vida social.

Perfilam-se no horizonte problemas delicados e de difícil solução. Sendo regra a liberdade e a restrição sua exceção, o direito à privacidade e à intimidade deve se centrar na proteção das decisões individuais e não na concepção acerca deste valioso bem (CANOTILHO, MACHADO, 2003, p. 57), isto é, o caso em apreço é que dimensionará o conceito de privacidade e de intimidade.

Logo, há circunstâncias que implicam um alargamento da restrição ao direito fundamental à privacidade e à intimidade, pois o sujeito que se destaca na história de um povo naturalmente assume posição de visibilidade, inserindo a sua trajetória pessoal e seus dados privados na historiografia social, circunstância que justifica o interesse na divulgação de informações a seu respeito.

Este modo de viver na sociedade da informação, hipercomplexa, na qual os fatos, notícias e informações são disponibilizados em tempo real a qualquer parte do mundo, a renúncia a certa parcela da privacidade pela exposição contínua é fato que acompanha o fenômeno da notoriedade, denominado por Canotilho como fato “de grande interesse informativo” (2014, et al., p. 53).

E esta publicização, em face da diversidade de opiniões, contemplará tanto aspectos positivos quanto negativos da vida da pessoa, já que a fama e a notoriedade trazem também o desejo do público em saber mais detalhes sobre a figura que contemplam, e esta, por sua vez, deve estar consciente de que exerce grande influência na comunidade pelo interesse que desperta.

Para além de tais considerações, imprescindível realçar que a notoriedade não permite à figura pública selecionar os melhores aspectos a serem divulgados a

seu respeito, pois a história constrói-se pela sucessão de fatos, daí porque assegurar o fluxo de informações evita o controle que tais indivíduos de certo destaque social, e projeção política e econômica possam exercer sobre a sociedade, na busca de satisfação de interesses próprios.

Desse modo, o desenvolvimento do senso crítico em uma sociedade multicultural repudia a formação de uma “verdade ou memória oficial”, que redundaria na ruptura do Estado Democrático de Direito, comprometendo-se os valores supremos da dignidade da pessoa humana ao se retomar o tempo em que o controle da verdade promovia a destruição da identidade verdadeira do povo.

Na esteira do que já examinado anteriormente, mas que se torna imprescindível retomar, a ampliação das atividades e funções estatais, acrescida da participação mais intensa da sociedade em vários segmentos do poder, a liberdade dos particulares não carecia apenas de proteção contra atos do Estado, mas também dos demais integrantes do grupo social, notadamente os mais fortes.

Inquestionável, portanto, que de há muito os direitos fundamentais deixaram de ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, porém, superada esta discussão – a da existência propriamente dita de uma vinculação – necessário um olhar mais acurado quanto à forma e intensidade de vinculação nas relações interprivadas.

Na aplicação prática do princípio da proporcionalidade deve-se considerar que há duas constelações distintas quanto aos destinatários dos direitos fundamentais de liberdade de expressão, de comunicação, de privacidade e de intimidade na esfera privada: as relações entre indivíduos e os detentores do poder social (relação materialmente desigual), e a relação entre particulares em geral, ou seja, alheias à relação de poder.

Sarlet (2000, p. 128), a propósito, ao tratar da vinculação dos “poderes privados” aos direitos fundamentais, destaca que em uma relação entre particulares, caracterizada por um alto e inequívoco grau de desigualdade, assemelha-se ao vínculo Estado-particular. Isso porque o expressivo poder social, político e econômico de uma pessoa ou entidade privada, submete a outra parte de tal sorte a consolidar uma relação em que a eficácia será do tipo vertical, e não propriamente horizontal.

O autor antes referido faz ainda a ressalva de que mesmo carecendo de proteção neste palco em que convivem atores sociais poderosos, a concepção de

eficácia vertical dos direitos fundamentais nas relações interprivadas não pode ser ampla e irrestrita, pois a constatação da existência de um poder privado, ou a acentuada desigualdade na relação entre os particulares, não implica, necessariamente, a alteração do caráter jurídico-privado desta relação (SARLET, 2000, p. 129). Ressalte-se aqui que ambos são titulares de direitos fundamentais, não se podendo deixar de reconhecer uma colisão entre eles a merecer uma compatibilização ou ponderação.

Por outro lado, Claus-Wilhelm Canaris (2010, p. 217), ao formular suas críticas à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, defende que incumbe ao legislador a tarefa de exercer o controle sobre os poderes privados, cuja intensidade de proteção será proporcional à ameaça à liberdade por parte daqueles que exercem o poder social “viabilizada, em caso de manifesta insuficiência ou mesmo omissão do legislador, a realização do dever de proteção pelos órgãos jurisdicionais”.

Sendo determinante a aferição da intensidade do grau de desigualdade entre os particulares, e de que modo tal discrepância viola os direitos fundamentais, é cada vez mais crescente o entendimento de que os direitos fundamentais são meios de defesa contra toda a espécie de opressão.

Retomando a abordagem específica dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de comunicação em um contexto de meios comunicativos de massa, haja vista a sociedade da informação em que vivemos, a relevância da análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas é essencial. Isso porque a comunicação não pode ser dissociada de organizações que detêm um expressivo poder em razão do avanço tecnológico que impulsionou o surgimento de novos veículos de comunicação.

Edilsom Farias (2004, p. 106) examina o desenvolvimento vertiginoso dos meios comunicativos no século passado, ressaltando que da metade do século XX até a época atual a multiplicação e sofisticação destes instrumentos foram muito maiores do que a verificada desde a invenção da imprensa por Gutenberg.

Os sujeitos, então, passaram a ser consumidores da informação, cujo meio de propagação, na sociedade globalizada, tem como um dos expoentes os meios de comunicação. Dessa forma, estes instrumentos também são considerados elementos da estrutura política da sociedade, porém, em virtude da necessidade de grandes investimentos econômicos, há uma tendência de transferir a liberdade de

expressão e de comunicação do domínio público e político para a esfera econômica e de mercado, havendo, portanto, uma maior probabilidade de violação aos direitos de privacidade e intimidade.

Surge, então, a necessidade de proteger o sujeito de si próprio, inclusive, em nome da dignidade da pessoa humana, pois a liberdade pressupõe possibilidades e alternativas para diferentes opções na procura de seu desenvolvimento livre. No entanto, muito embora cada mente construa seu próprio significado interpretando as informações comunicadas, o sujeito não é fragmentado, cabendo aqui a relevante constatação de Manuel Castells (2013, p. 11) acerca do ambiente de comunicação, asseverando que “[...] esse processamento [interpretação das informações] mental é condicionado pelo ambiente da comunicação”, concluindo que o grande volume e a diversidade de informações muda o ambiente comunicacional e “afeta diretamente as normas de construção de significado e, portanto, a produção de relações de poder” (2013, p.11).

Não há dúvidas, portanto, que mesmo em se tratando de relações privadas, o poder de influência e, conseqüentemente o potencial lesivo aos direitos fundamentais, ocorre de uma forma vertical.

Quanto ao papel desempenhado pelos meios de comunicação de massa, há duas visões a se destacar, a primeira adverte para a formação de uma sociedade autoritária e despersonalizada, pois, como já ressaltado no primeiro capítulo, a qualidade da informação é determinante para a formação de uma opinião independente e pluralista. Por outro lado, adotando-se a concepção de que os meios de comunicação têm papel integrador, tais instituições contribuem para a integração social e o funcionamento de uma autêntica democracia deliberativa, ao tornarem “pública, a vida pública” (FARIAS, 2004, p. 108).

Neste ponto deve, então, o Estado intervir para assegurar os direitos fundamentais, coibindo violações, promovendo ações de ressarcimento ou indenização, ou seja, contemplando efetivamente a dimensão objetiva dos direitos em liça.

Em face das características antes mencionadas quanto à regulação dos meios de comunicação pelo mercado, o que não se pode permitir é a retomada do ideal liberal-burguês do *laissez faire*, já que o século XXI é assinalado pela ideia de pluralismo democrático.

Em relação a esta vertiginosa e veloz propagação da informação, Andrew Keen (KEEN, 2009, p. 20), faz a constatação sombria de que “a verdade de uma pessoa torna-se tão ‘verdadeira’ quanto a de qualquer outra”, destacando o poder multidimensional que a era da sociedade da informação provê o sujeito, inserido em um vida social que é, simultaneamente, universal e singular, assim como global e local.

Nesse passo, útil ressaltar que o desafio lançado ao ser humano já não se trata mais da justificação de seus direitos, e sim a sua proteção, pois os direitos já estão amplamente reconhecidos pelas Constituições em todo o mundo, o que não significa, necessariamente, a sua efetividade.

É certo que determinadas condições serão imprescindíveis na aferição do peso dos direitos fundamentais em colisão. No caso de uma pessoa pública, por exemplo, o seu grau de exposição dosará uma maior ou menor elasticidade da proteção, o que será melhor abordado no capítulo subsequente quando da análise de algumas decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira.

Veja-se aqui que, retomando a crítica feita à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, o fato de a relação conter sujeitos particulares em condições desiguais não implica, necessariamente, uma proteção maior dispensada àquele que, a princípio, parece ser a parte mais vulnerável. Isso porque a preservação do direito à privacidade e à intimidade não passa exclusivamente pelo controle pessoal das informações que o sujeito gostaria que fossem divulgadas a seu respeito, o que se caracterizaria em um ensaio fantasioso ou manipulador da realidade social, em outras palavras, um direcionamento da história. E não poderia ser de outro modo porque a posição quase mística que determinada pessoa alcança na sociedade pode ser um obstáculo real à descoberta de suas virtudes e defeitos, e, dependendo do poder político, econômico e social que detém, pode levá-la ao controle excessivo das massas com o intuito de usufruir benefícios exclusivos de sua fama (CANOTILHO, et al, 2014, p. 54).

Tais considerações comprovam que a Constituição não resolveu, abstratamente, os conflitos surgidos entre a confrontação das liberdades comunicativas e a vida privada, isso porque tais direitos dificilmente se acomodam a previsões abstratas.

É por isso que Luís Roberto Barroso (2006, p. 37) adverte “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se valido do princípio [da proporcionalidade] para

invalidar discriminações infundadas, exigências absurdas e mesmo vantagens indevidas”. Entretanto, a ressalva que se faz é o modo de operacionalização do referido princípio para a justificação do sopesamento dos direitos fundamentais no caso sob análise.

Essencialmente, o direito à privacidade e à intimidade será limitado pela liberdade de expressão quando as informações alcançarem relevância em questões que tratem de política, cultura, educação, justiça, ciência, religião, saúde, corrupção, justiça, entre tantas outras que integrem um debate de interesses públicos. No caso do direito fundamental à comunicação, deve ser somado, ainda, o compromisso com a verdade objetiva ou coerência das fontes informativas.

Neste caso específico, os referidos direitos em colisão não podem ser harmonizados, pois quando presentes em um mesmo contexto, exigem a exclusão um do outro para sua eficácia. Na verdade, ambos são fundamentais no desenvolvimento da dignidade de seus titulares e por isso devem ser preservados. Necessário, pois, encontrar soluções equitativas e que convirjam para o equilíbrio entre o direito à comunicação (bem comum, interesse público) e o direito à privacidade e à intimidade (inviolabilidade da esfera íntima). Já que não podem ser harmonizados, deverão ser ponderados.

A função precípua do princípio da proporcionalidade não é indicar padrões técnicos de solução, uma vez que não existe preferência entre direitos fundamentais, mas sim, fornecer uma resposta correta a um fato que deve ser interpretado à luz da Constituição Federal.

A propósito, Paulo Bonavides (2000, p. 388) acentua:

Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.

Parte-se do pressuposto de uma autêntica colisão de direitos fundamentais, de modo que não existiria possibilidade de sopesamento na hipótese de colisão entre liberdade de expressão e honra, por exemplo, em um caso de calúnia, já que a calúnia é conduta tipificada como crime pela lei penal, e não se encontra amparada pela proteção constitucional.

Nos casos em que a simples interpretação das disposições colidentes é insuficiente, ao realizar a ponderação, o intérprete deverá seguir rigorosamente todas as etapas do método, guiando-se pelos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, para que efetivamente se alcance o objetivo de prestar adequadamente a função jurisdicional e apresentar uma solução equânime ao conflito (aqui empregado no sentido genérico).

Wilson Steinmetz (2001, p. 69), a propósito do tema, anuncia que nestas hipóteses de casos difíceis não se trata simplesmente de sacrificar um direito fundamental em face de outro. Para que se satisfaçam os postulados da unidade da Constituição, a solução deverá superar a aplicação dos cânones clássicos de interpretação, pois “além da interpretação dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige, [...] de modo especial [a aplicação] o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens) – e a argumentação jusfundamental” (STEINMETZ, 2001, p. 69).

Deve-se destacar, ainda que brevemente, que a ponderação dos bens envolvidos será confiada aos juízes e tribunais quando os direitos envolvidos não se sujeitam à reserva de lei que, segundo Farias (2004, p. 37) são classificadas em restrições diretamente constitucionais, e restrições indiretamente constitucionais, que se dividem em reserva de lei restritiva simples e qualificada, e restrições tácitas constitucionais.

As restrições diretamente constitucionais são aquelas em que a própria Constituição garante e restringe o direito, hipótese bem ilustrada pelo artigo quinto, inciso XI, em que assegurada a inviolabilidade de domicílio, ressalvando-se, porém, a permissão em caso de flagrante delito, ou para prestar socorro ou, durante o dia, mediante ordem judicial (FARIAS, 2004, p. 38).

As restrições atribuídas pela Constituição ao legislador são as classificadas como indiretamente constitucionais, isto é, o texto constitucional contém uma previsão de que a lei poderá estabelecer uma limitação aos direitos fundamentais, podendo estabelecer, ou não, requisitos ou qualificações a serem observados pelo legislador, o que a distingue em restritiva simples e qualificada.

A distinção é melhor compreendida igualmente sob a moldura do artigo quinto, inciso XV, que preceitua “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”, hipótese em que a lei infraconstitucional irá especificar os

critérios para efetivar o mandamento constitucional. Por outro lado, ao tratar da desapropriação, a Constituição qualificou a restrição ao direito de propriedade, ao determinar no inciso XXIV, do artigo quinto “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” (FARIAS, 2004, p. 38).

É importante advertir-se, no entanto, que o processo de restrições dos direitos fundamentais não pode sofrer abusos para que se evite o aniquilamento do seu exercício na vida social, gerando um esvaziamento do direito, muito embora o reconheça. Por isso, dois critérios são referidos pela Doutrina Constitucional como limites às leis restritivas, que são o núcleo essencial e a máxima da proporcionalidade.

Em breve síntese, a máxima da proporcionalidade exige que a lei restritiva aja com justa medida e razoabilidade, por intermédio dos meios adequados e necessários aos fins colimados, desdobrando-se em máximas parciais, como já oportunamente se abordou no presente trabalho (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

O núcleo essencial do direito fundamental pode ser entendido como aquela parcela mínima de conteúdo sem a qual perderia a sua eficácia (SARLET, 2010).

Nesse prisma, Gilmar Mendes (2012, p. 243) ressalta que o princípio da proteção ao núcleo essencial, dedica-se a evitar “o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”.

A última espécie de restrição refere-se às normas que implicitamente limitam os direitos a fim de salvaguardar outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos. Desse modo sucede com a colisão entre a liberdade de expressão e de comunicação (artigo 5º, inciso IX) e o direito à privacidade e à intimidade (artigo 5º, inciso X), que, para ser solucionada, pode se valer de norma infraconstitucional, ou, diante da inexistência desta, o Poder Judiciário quando invocado, poderá solucionar o caso *sub judice* com a ponderação ou por meio da concordância prática (FARIAS, 2004, p. 39).

Nesse quadrante, a multiplicidade de situações hipotéticas que contenham a colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação e os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, desvela-se em um horizonte

de possibilidades na efetivação destes direitos nas relações jurídico-privadas em face da inexistência de um direito absoluto.

Estabelecidas as bases teóricas para a análise da colisão entre tais direitos fundamentais, uma vez delimitado o método de interpretação, aliando-o aos parâmetros constitucionais, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, passa-se, no próximo capítulo, a abordar algumas decisões que enfrentam o problema, a fim de demonstrar o desenvolvimento do tema e a óptica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

4 A PONDERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE COMUNICAÇÃO E OS DIREITOS À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOB A PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A liberdade de imprensa, corolário do direito fundamental de comunicação, é indicador do nível de democracia em diversos Estados.

O cenário brasileiro modificou-se profundamente a partir de 1988 com a promulgação da Constituição Federal, a partir de então, impossível conceber a democracia sem a defesa desta liberdade no contexto do Estado Democrático de Direito.

A Lei n. 5.250, de 09.02.1967 – Lei de imprensa, foi editada no período do regime militar com o intuito de oprimir quaisquer manifestações que fossem dissonantes da condução política do país.

Inaugurada nova ordem constitucional e, mantida a vigência da referida norma, somente em 2009 foi submetida à análise pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 (ADPF 130)¹⁰, tornando-se, a partir de então, uma das decisões mais relevantes já proferidas pelo Tribunal Constitucional brasileiro, passando a ser autêntico *leading case* em questões de conflitos que envolvam estes que são alguns dos valores mais caros ao povo brasileiro: a liberdade de expressão e liberdade de comunicação.

4.1 A ADPF n. 130 como paradigma na colisão entre direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação e direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro

A riqueza axiológica da Constituição de 1988 exige do aplicador do Direito uma nova postura voltada, no dizer de Sarmiento (2006, p. 124) para a “humanização da ordem jurídica” a fim de promover os valores constitucionais por todo o ordenamento, base fundamental para a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

¹⁰ ADPF n. 130, julgada em 30 abr. 2009, DJ 06 nov.2009.

Não há dúvidas da importância da comunicação nos dias atuais, porém, não se trata de qualquer espécie de comunicação, mas sim a qualificada por informações que realmente agreguem valores à sociedade idealizada pela Constituição Federal, e contribuam para o desenvolvimento ético, moral, político e econômico de seus componentes.

Nesse compasso, ao desempenhar este papel orientador do pensamento, inegável a responsabilidade da imprensa nesse processo, sendo motivo de debate constante a preservação dos direitos fundamentais que são intensamente expostos nas relações em sociedade.

Por esse motivo foi ajuizada, perante o Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 130¹¹, pelo Partido Democrático Trabalhista, questionando a constitucionalidade de inúmeros artigos da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 09.02.1967) em cotejo com dispositivos específicos da Lei Fundamental de 1988, além de, alternativamente, ter formulado pedido de declaração de incompatibilidade total da lei com a nova ordem jurídica.

O julgamento do mérito da ação foi no sentido de considerar a lei incompatível com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, decidindo-se, ao final, pela não recepção em bloco. O Relator da ação, Ministro Carlos Ayres Britto, foi seguido por seis dos onze Ministros da Corte (Eros Grau, Carmen Lúcia, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello), sendo que três deles discordaram de pontos específicos de seu voto (Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa) e um discordou na totalidade (Marco Aurélio).

A Corte, ao optar pela plena liberdade de imprensa e pela liberdade de informação, estabeleceu a preponderância destas liberdades em face dos direitos à honra, imagem, intimidade e vida privada, considerando a modificação do cenário histórico, ou seja, da migração do regime militar para o regime democrático articulado a partir da década de 1980, que redundou no desenvolvimento de uma Constituição dedicada ao arrimo da dignidade da pessoa humana que tem como uma de suas vertentes a liberdade de expressão do pensamento.

A decisão deixa claro o entendimento de que a Lei de Imprensa objetivava sufocar todo pensamento crítico no país, já que as repressões violentas, os atos

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Arguição de Preceito Fundamental nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Brasília, 19 de fevereiro de 2008, publicado no D.J.de 06 de novembro de 2009.

governamentais e as medidas institucionais seriam divulgados pelos meios de comunicação, situação que o regime totalitário procurou reprimir pelos dispositivos legais, visando coibir quaisquer manifestações ou mobilizações sociais que pudessem futuramente consolidar um modelo de Estado diverso do vigente.

A decisão foi pronunciada em extenso acórdão, por isso, a abordagem se aterá aos pontos principais que afetam mais diretamente o propósito da pesquisa.

O Ministro Relator Carlos Britto conferiu posição de destaque à liberdade de imprensa, e, reconhecendo sua plenitude, ressaltou que o Estado Democrático de Direito alimenta-se das ideias e pensamentos materializados principalmente pelos meios de comunicação. Destacou também que a natureza avaliativa da imprensa é que possibilita o controle de várias decisões, atos e ideias que se refiram à sociedade e ao Estado, o que lhe confere uma função poderosa de produzir pensamento crítico, de natureza essencialmente emancipatória, consubstanciando-se como um dos pilares das sociedades democráticas.

Em seu entendimento, se há uma sociedade livre e fortalecida pelo direito de ser receptora de informações, por outro lado há a responsabilidade da imprensa de transmitir esta informação o mais fidedigna possível aos fatos e acontecimentos, gozando, para tanto, de total liberdade, e enfatizou: com responsabilidade, tanto civil quanto penal, em caso de ofensa, extraindo-a de forma proporcional da relação entre os valores estabelecidos.

Salientou o Ministro, também, que não existe “meia liberdade de expressão e de informação” (STF, 2009, p. 32), e por isso devem elas ser garantidas em sua plenitude, conforme preceitua o artigo 220 da Constituição Federal, colocando-se em segundo plano os direitos à intimidade, privacidade, honra e imagem. Sob esse aspecto, ressaltou que reconhecer a plenitude da liberdade de expressão não implicaria hierarquização de direitos fundamentais, já que o texto constitucional assegura direito de resposta e indenização em caso de violação, assim como a responsabilização na esfera criminal.

Ainda nessa linha de mira, Ayres Britto concluiu que qualquer restrição ao artigo 220 somente seria admissível se inserida na própria Constituição, constatação ratificada em seus parágrafos primeiro e segundo, rematando que não se pode relativizar o que foi concebido como absoluto.

Por fim, após tecer considerações acerca do contexto autoritário em que editada a Lei de Imprensa, considerou que os abusos em relação aos direitos

fundamentais devem ser enfrentados individualmente, o que lhes confere uma maior proteção, concluindo que se há colisão entre a lei menor e a Lei Suprema, o caminho é o da exclusão daquela, ultimando o voto pela procedência total da ação para declarar a não recepção pela Constituição de 1988 de todo o conjunto da Lei n. 5.250/67.

O Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu a desnecessidade da Lei de Imprensa existir no ordenamento jurídico em razão de a matéria nela tratada constar no texto constitucional. Conferiu destaque à tarefa do Judiciário de analisar o caso concreto e, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, apresentar a solução mais adequada, motivo porque todos os comandos legais que contêm modelos abstratos devem ser rejeitados, o que mais se justifica em razão do dinamismo e evolução da comunicação social.

Ao fundamentar sua decisão, o Ministro Celso de Mello ressaltou que os direitos e garantias fundamentais estendem-se ao plano das relações privadas, extrapolando o âmbito essencialmente vertical entre os indivíduos e o Estado quando se trata do tema de liberdades fundamentais, tendo em vista a eficácia e força normativa da Constituição.

Ao tratar do direito de resposta, sustentou o Decano da Suprema Corte (STF, 2009, p. 196) que sua previsão constitucional faz prescindir a interferência do legislador comum, e lhe atribui aplicação imediata, cabendo ao juiz, em face do princípio da indeclinabilidade de jurisdição, julgar o pedido de resposta. Por fim, deduziu que o direito de resposta resulta da liberdade de expressão do pensamento e representa, em seu próprio e essencial significado, um dos pilares da ordem democrática (STF, 2009, p. 199).

Ao final do extenso acórdão os Ministros da Corte travaram ampla discussão a respeito das consequências da não recepção *in totum* da Lei de Imprensa, a gerar um vácuo legislativo, delegando ao juiz a decisão de como proceder no caso do exercício do direito de resposta. Inclusive, o Ministro Gilmar Mendes (STF, 2009, p. 288-289) advertiu que a inexistência de previsão legal levaria ao “fenômeno de completa incongruência da aplicação do direito de resposta, com construções as mais variadas [...]” prevendo, inclusive, “uma sobrecarga com reclamação, por se tratar de uma decisão com efeito vinculante”, fato confirmado em face das inúmeras decisões que, sem legislação infraconstitucional a regulamentar o direito de resposta, foram pronunciadas segundo critérios versados pelo caso concreto.

Tal realidade verificou-se até meados de novembro de 2015, pois editada a Lei n. 13.188, em 11 de novembro de 2015, que passou a dispor sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação. No entanto, em seu pequeno tempo de vigência já tem recebido críticas quanto ao tratamento desigual às partes envolvidas, prazos de contestação, bem como em relação à dispensa de manifestação prévia do veículo de comunicação caso este não permita o direito de resposta espontaneamente, entre outros.

A regulamentação é bastante recente, é preciso aguardar que a adequação do Estado e da sociedade se realize, porém sem deixar de estar articulada com a “Idade Informacional, típica de uma sociedade em rede” (CASTELLS, 2013, 1999), cuja característica é o intenso fluxo comunicativo voltado não somente às massas, mas também praticada pelas massas.

Sendo estes os pontos principais a serem destacados para o presente trabalho, conclui-se, então, que o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que a imprensa fortalece o Estado Democrático de Direito ao difundir a informação, despertando o senso crítico, encorajando a participação política, favorecendo o debate social e contribuindo com a formação da personalidade, afastou definitivamente quaisquer resquícios do período do regime militar que impunham restrições à liberdade de pensar, exprimir o pensamento e divulgá-lo.

Como já ressaltado anteriormente, a liberdade de expressão e de comunicação alimenta os regimes democráticos, como defendido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a decisão da ADPF n. 130, por si só, não tem o poder de sustentar decisões perante a Corte, é imprescindível que seja elaborada a análise individualizada de cada caso, primando-se pela constante renovação da Constituição Federal.

4.2 O Supremo Tribunal Federal e a ponderação: elementos relevantes para a resolução do embate

Ao delinear os conceitos fundamentais para o desenvolvimento desta pesquisa no capítulo primeiro, constatou-se que os meios de comunicação social são instrumentos de exercício, por excelência, dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e DE comunicação. Em contrapartida, tais direitos não são

absolutos, carecendo compatibilizarem-se com outros direitos fundamentais, notadamente aqueles que são diretamente afetados por eles, como, por exemplo, o direito à privacidade e à intimidade. Estes, por sua vez, não devem ser considerados apenas como limites àquelas liberdades, pois estão igualmente tutelados pelo artigo quinto da Constituição Federal, de sorte que havendo a pretensão do exercício por titulares diversos em uma relação, muito provavelmente gerará uma colisão, a ser solvida pela ponderação.

Assim, a busca do sentido axiológico da Constituição não leva o intérprete a uma única resposta, ao contrário, o desafia a encontrar um desfecho equitativo. Em virtude do infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real, a Constituição deve promover a igualdade entre todos no sentido de garantir os direitos fundamentais, o que bem ressalta Eugênio Facchini Neto (2010, p. 52):

Constantemente se acentua que o papel de uma constituição moderna não é aquela de simplesmente retratar a vontade comum de um povo, expressa pela maioria de seus membros, mas principalmente a de garantir os direitos de todos inclusive contra a vontade popular. Não se trata, assim, de simplesmente expressar uma determinada homogeneidade cultural, uma identidade coletiva da nação, ou uma certa coesão social. Trata-se, isso sim, de garantir, por meio dos direitos fundamentais a convivência pacífica entre os sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito. O fundamento de legitimidade de uma constituição, diversamente de quanto ocorre com a legislação ordinária ou com as escolhas governamentais, não reside no consenso da maioria, repousando, ao contrário, em um valor superior e mais importante: “a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, com limites e vínculos precisamente contra leis e atos de governo expressos por maiorias contingentes”.

Nesse sentido, os valores suprapositivos contemplados na Constituição necessitam ser concretizados, e por isso são ligados a um sistema de regras e princípios. As regras regulam determinadas matérias, ou são aplicadas ou não, ao passo que os princípios possuem um grau mais amplo de abstração, não especificando a conduta a ser seguida, podendo ser aplicados a um conjunto amplo de situações.

Nesse contexto, um sistema jurídico ideal distribui equilibradamente as regras e princípios, no qual as regras representam a segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas –, e os princípios são espécies normativas que se ligam mais à ideia de justiça, em face de sua alta flexibilidade de adaptação ao caso concreto (CARVALHO, GALVÃO, 2011, p. 68).

Nessa toada, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2011, p. 68) conclui que os princípios são valiosos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, pois proporcionam o controle da discricionariedade das decisões e atos do poder público, sendo medida de interpretação de uma norma no caso concreto, para que haja a melhor realização do fim constitucional nela embutido.

Por essa razão, mister analisar os princípios constitucionais de vedação ao anonimato e à censura para, posteriormente, examinar os critérios específicos considerados por doutrinadores como Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, que serão melhor abordados na sequência da pesquisa.

A análise de tais princípios é relevante porque demonstra a legitimação da concreção da liberdade de expressão e de comunicação no plano da realidade social, pois, como visto acima, a Constituição Federal é um instrumento de promoção de convivência pacífica, e não apenas um conjunto de normas superiores.

Tais princípios, ligados às liberdades antes referidas, segundo Edilson Farias (2004, p. 182), “formulam parâmetros para a configuração da proteção constitucional [...] como direito fundamental”, e, além de desempenhar uma função reguladora da conduta de seus destinatários, também “são cânones de hermenêutica constitucional suscetíveis de emprego no momento da interpretação-aplicação dos direitos e liberdades amparados pela *Superlege*, concernentes à expressão e comunicação humanas” (2004, p. 182, grifo do autor).

O princípio da vedação ao anonimato está consubstanciado no inciso IV do artigo quinto, e busca impedir a ocultação maliciosa da identidade do emissor da informação para fugir à responsabilidade em caso de eventual violação à honra, intimidade, privacidade e imagem.

Essa obrigação de responder por seus próprios atos é corolário da liberdade de expressão, que, por ser um dos pilares do regime democrático, além de se revelar um direito individual, é também contaminado pelo senso coletivo em virtude das transformações dos meios de comunicação (SILVA, 2005, p. 252).

A vedação ao anonimato, tanto para a expressão do pensamento quanto para a comunicação de notícias, diferencia-se do sigilo da fonte por garantir sigilo a quem presta a informação, e não à identidade do comunicador, que é o autor ou responsável pela divulgação da informação. Esta distinção é importante porque a identificação do comunicador é ônus daquele que se propõe a exercer a liberdade

de expressão e comunicação, isto é, de quem assume o papel de ser emissor da informação (FARIAS, 2004).

Outro princípio consagrado pela ordem inaugurada a partir de 1988 é o da vedação da censura ou licença prévia, cuja proscrição está no inciso IX do artigo quinto. O regime de censura é banido para se assegurar uma autêntica convivência democrática, assegurando a cada pessoa estabelecer seus próprios limites, sem interferências ou impedimentos, conforme sua consciência.

A ideia tradicional sobre censura, do ponto de vista jurídico, é o controle exercido por órgãos públicos, geralmente vinculados ao Poder Executivo, da liberdade de expressão, seja em caráter preventivo, seja *a posteriori*. Entretanto, em face do acúmulo do poder econômico no setor privado, que mais facilmente viola os direitos fundamentais, a Doutrina constitucional¹² tem ampliado a interpretação desse conceito, incorporando à censura administrativa também a censura privada exercida por qualquer entidade que tenha poder suficiente para embaraçar a expressão de ideias e a circulação de informações. Tratamento igualitário é dispensado à licença, isto é, não se admite autorização prévia de quem quer que seja para difusão de fatos e opiniões (FARIAS, 2004, p. 188).

Esse universo informacional disponibiliza ao receptor a liberdade de concordar ou discordar das informações, oportunizando-lhe, nesse panorama, defender seu ponto de vista, consolidando, assim, a sua identidade perante o grupo social. E é por esse motivo que a limitação da liberdade de expressão gera consequências graves, redundando, inexoravelmente, no empobrecimento cultural e político da sociedade.

Vale frisar que a interação social é via de mão dupla: a todo momento os indivíduos influenciam e são influenciados. Como assenta Maria Cristina Cereser Pezzella (2009, p. 86) ao sintetizar que “o ser humano é um ser sugestionável e o seu grau de vulnerabilidade à sugestão está vinculado à sua educação e ao sentimento interior de paz que pode ser por ele construído”, o que importa dizer que a realização da personalidade se dá pela convivência em sociedade que, por intermédio da comunicação constante, gera consequências decisivas no modo de se portar.

¹² Entre os doutrinadores destacam-se Ingo Sarlet, Daniel Sarmento e Edilson Farias.

E Pezzella (2009, p. 86) conclui que “[...] o ser é mais permeável e sugestionável quanto menor for a sua educação e o sentimento de paz interior que ele experimenta”, ou seja, quanto mais restrito o universo de informações, seja em quantidade ou qualidade, mais influenciável será a pessoa; quanto mais subdesenvolvido seu senso crítico, mais permeável à manipulação.

É de causar inquietação, portanto, o fato de que no Brasil os meios de comunicação, além de serem instrumentos de grande influência na sociedade, estão sob o comando de poderosas empresas privadas, o que justifica a proscrição da censura administrativa ou privada, prévia ou posterior.

Garantias e direitos fundamentais devem ser protegidos, e no caso de necessidade de se conciliar a liberdade de expressão e de comunicação com os direitos à privacidade e à intimidade, o trabalho de harmonização ou ponderação é imprescindível, e por isso é relevante analisar algumas circunstâncias que se tornaram critérios balizadores na análise dos casos concretos submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Antes, porém, cabe destacar o já mencionado, e emblemático, caso *Lüth*, decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), marco jurídico no qual se estabeleceu preferência pela liberdade de expressão. Nesse julgamento a Corte considerou-a essencial à individualidade no Estado Democrático, sem deixar de reputar as circunstâncias do caso particular, que poderiam anulá-la. Assim, fixou determinados critérios para estabelecer a mencionada presunção de primazia, a saber: i) exigência da verdade na comunicação do fato, comprovando-se o caráter da notícia, a sua valoração e a forma como se apresentava, levando em consideração que a comprovação fosse possível e o erro evitável; ii) o tema devesse interessar à opinião pública no sentido de influenciar a sua formação, de modo que a inclusão de uma informação em um meio de divulgação seria insuficiente para justificá-la, e iii) o interesse da divulgação deveria ser dirigido para a formação da opinião pública e não para satisfazer interesses privados (FARIAS, 2008, p. 158-159).

O Tribunal germânico atribuiu à liberdade de expressão um duplo papel: por um lado, direito subjetivo individual, essencial para dignidade humana, por outro lado, instrumento vital para a formação da opinião pública e para a democracia, na qual se opera a livre formação da opinião pública e o intercâmbio de ideias entre os cidadãos.

Em face das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, a Suprema Corte alemã teve grande preocupação com a tendência de o Estado restringir a divulgação de informações que contrariassem determinados interesses, motivo porque a liberdade de expressão ter sido também considerada direito fundamental de defesa contra o Estado.

A decisão no caso *Lüth* é importante porque a resposta jurídica encontrada por meio do juízo de ponderação de interesses tornou-se referência no estudo dos direitos fundamentais, clarificando o papel do Estado em não apenas se abster em violar os direitos, mas também agir positivamente para assegurar as condições mínimas aos seus sujeitos.

Retomando os direitos fundamentais analisados nesta pesquisa, destaca-se que a proteção constitucional é dispensada tanto ao emissor da informação, quanto o seu receptor, já que o direito fundamental de comunicação abarca os atos de comunicar, assim como os de ser comunicado livremente.

Nessa linha de mira, destaca-se a lição de Edilson de Farias (2008, p.149) que, partindo da premissa de que existe um direito difuso à informação verdadeira, a liberdade de expressão e de comunicação evoluiu de uma concepção individualista-liberal para, acrescida de uma dimensão de natureza coletiva, reconhecer que estes direitos compõem a opinião pública, e se constituem, também, em premissas para o exercício de outros direitos fundamentais.

Partindo-se do pressuposto assinalado por Canotilho e Jónatas Machado Júnior (2003, p.10) de que a liberdade é a regra, e a exceção é sua restrição, os tribunais constitucionais, e não é diverso no Brasil, têm decidido que as liberdades de expressão e de comunicação são direitos fundamentais *prima facie*, porém não absolutos.

Como já referido, além dos limites expressos na Constituição quanto à liberdade de expressão e de comunicação, há parâmetros que podem ser aplicados nos casos de colisão e auxiliar na ponderação, motivo porque doutrinadores como Gilmar Ferreira Mendes e Luís Roberto Barroso estabeleceram critérios que denominaram *standards* que, longe de vincular, poderão colaborar no processo de avaliação do peso dos direitos colidentes.

Primeiramente, é necessário diferenciar as hipóteses em que a liberdade de expressão é desempenhada, se em um âmbito essencialmente particular ou por

intermédio de meios de comunicação de massa ou que possam alcançar uma grande quantidade de receptores.

Na primeira situação, não se torna difícil perceber que os titulares dos direitos fundamentais estão em condição de igualdade, e por isso não se parte do pressuposto que a liberdade de expressão teria preferência *in abstracto*. Em outras palavras, a autonomia privada receberá tutela mais intensa no processo ponderativo.

No entanto, quando se analisa a hipótese em que estão envolvidos titulares em situações de desigualdade, opera-se, no entender de Ingo Sarlet (2000, p. 109) a verticalização da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a influenciar seu grau de incidência.

No caso em pauta, quanto maior for a desigualdade entre as partes, mais intensa será a proteção aos direitos fundamentais, pois há uma tendência natural de subjugação do mais forte pelo fraco, tornado a autonomia deste uma ficção (SARMENTO, 2006, p. 262).

Conclui-se, portanto, que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia da vontade, refletindo nos direitos fundamentais, e, no contexto de veículos de comunicação de massa, por exemplo, tal distinção é de suma importância em face da situação de sujeição dos particulares que com eles mantêm relação.

Para além dessas considerações a serem utilizadas na ponderação de direitos fundamentais nas relações privadas, há espaço para a valoração das peculiaridades de cada caso de colisão, partindo-se de um conjunto de elementos que auxiliam no sopesamento entre direitos fundamentais. Conforme se verificará, têm sido apontados como fundamento nas razões de decidir dos Ministros do Supremo Tribunal Federal¹³.

O primeiro critério proposto por Barroso (2007, p. 85-86) concerne à divulgação de fatos reais, comprometendo-se o emissor da informação com a boa-fé. Ainda que a realidade retratada seja desagradável ou penosa, preserva-se o direito de livremente comunicar, desde que associado ao compromisso com a

¹³ Estes parâmetros foram criados pela doutrina, dentre os quais se destacam Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Edilson de Farias. A esse respeito enfatiza Luís Roberto Barroso (2007, p. 88) “é possível desenvolver um conjunto de parâmetros que se destinam a mapear o caminho a ser percorrido pelo intérprete, diante do caso concreto”, que se encontra em Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 88.

verdade subjetiva, entendida esta como a decorrente da informação obtida por meio de fontes seguras e lícitas. Mesmo que posteriormente o fato seja comprovadamente contrário ao que se divulgou, não estará violado o direito fundamental, pois em um Estado Democrático não se espera uma verdade absoluta, tampouco uma versão oficial dos fatos.

Quando a informação está impregnada de interesse público que justifique a sua divulgação, o intérprete a valorará segundo a finalidade social da notícia, que é disponibilizar acesso igualitário ao conhecimento a todas as pessoas para que possam desenvolver toda a potencialidade de suas personalidades e tomar as decisões inerentes à vida em sociedade (CARVALHO, 2003).

Relativamente à personalidade retratada, é necessário estabelecer a distinção entre o público e o privado, ou seja, se a informação envolve uma personalidade pública ou pessoa desconhecida.

Assim, as pessoas notórias, tais como agentes públicos, artistas, modelos, atletas, têm mitigada a proteção de seus direitos de privacidade e de intimidade em virtude de um suposto interesse público na informação. Por outro lado, importante enfatizar que apesar de toda a notoriedade alcançada, a proteção à esfera privada destas pessoas sofre um abrandamento e não uma supressão.

Em sentido oposto, quando a colisão envolver pessoas que não têm vida pública ou notoriedade, recebem uma tutela mais ampla de sua intimidade e privacidade (BARROSO, 2007).

Analisado o meio pelo qual obtida a informação, deve-se considerar o local onde se deu o fato retratado, sendo certo que proteção mais ampla é conferida aos fatos ocorridos em locais reservados, no entanto, o local público, por si só, não autoriza divulgação ilimitada das ocorrências. Nesse caso, ainda se deverá analisar o real interesse público na informação, inclusive Anderson Schreiber (2014, p. 147) sustenta que o simples fato de um local ser público não significa que tudo que nele ocorra possa ser amplamente divulgado.

Cabível observar que a sociedade da informação, com o seu constante e veloz desenvolvimento, principalmente por meio da tecnologia que é aperfeiçoada a cada dia, aumenta a possibilidade de violação do direito à privacidade e à intimidade em locais particulares, pois mesmo que se trave um diálogo em um local reservado, os meios tecnológicos para captar som são tão avançados que nada impediria que o conteúdo da conversa chegasse ao conhecimento alheio. Neste caso, poder-se-ia

argumentar que a privacidade dos sujeitos da conversa foi mitigada porque travada em local de acesso público, porém, há que se considerar que não se poderia ouvir sua essência não fosse o emprego de alta tecnologia. É evidente que a tecnologia não pode ser utilizada como argumento para romper esta esfera de proteção da intimidade.

A natureza do fato é também outro critério a ser valorado, pois há acontecimentos que alcançam notoriedade pelo evidente interesse jornalístico, como por exemplo, acidentes, crimes ou catástrofes, ocasiões em que a privacidade e intimidade cedem espaço ao direito à comunicação. E isso ocorre pela função social que a notícia desempenha na sociedade da informação, em seu papel formador do senso crítico pela afirmação da personalidade e autodeterminação da pessoa humana (BARROSO, 2007).

Luís Roberto Barroso (2007, p. 90) salienta, por fim, que informações relativas à esfera pública têm presumido o caráter público, pois somente por intermédio de sua divulgação é que seus agentes sofrerão o controle por parte da sociedade, consolidando, assim, o regime democrático. Não basta, todavia, que a informação seja verídica, é preciso que tenha sido obtida por meios lícitos sem violação da lei. Acrescenta, ainda, que a disponibilização da informação em acervos públicos a torna pública, presumindo a não afetação à intimidade (Barroso, 2006).

De outra parte, há também o Enunciado n. 279¹⁴, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que traz alguns critérios que podem guiar, de um modo geral, as interpretações, ainda que se refira especificamente à colisão entre a proteção à imagem e o direito ao amplo acesso à informação, nada impede que tais parâmetros também sejam aplicados quando envolvidos outros direitos de personalidade.

O referido enunciado sugere a avaliação da notoriedade do retratado e dos fatos abordados, a veracidade destes e também as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não limitem o direito à informação (SCHREIBER, 2014, p. 153).

¹⁴ BRASÍLIA. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 279 da IV Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que dispõe: “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 e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.” Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2016>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

Expostos os critérios ou parâmetros, criados pela doutrina, que podem auxiliar no processo de ponderação, e considerando-se a relevância das características particulares de cada caso concreto, não se poderia deixar intocado o questionamento acerca da utilidade em se estabelecer tais parâmetros.

Ana Paula de Barcellos (2005, p. 159-160) aponta duas razões que justificam não somente a possibilidade, mas também a utilidade dos parâmetros na ponderação. Antes, porém, adverte que, se por um lado, a ponderação é um poderoso instrumento para se encontrar uma resposta para casos em que a norma não apresenta diretamente uma solução, por outro lado, expõe sua fragilidade ao permitir que a interpretação e aplicação das disposições constitucionais sejam delimitadas por juízos pessoais emanados casuisticamente acerca de direitos considerados, inclusive, cláusulas pétreas.

Nesse passo, segundo a autora anteriormente referida (2005, p. 160), em razão da complexidade da sociedade contemporânea e da própria Constituição, a ponderação se mostra inevitável, e os parâmetros formulados pela doutrina e pela jurisprudência podem ser considerados preferências e não requisitos, de modo que o intérprete não está a eles vinculado e pode afastá-los sempre que entender apropriado. Porém, entende que nessa situação em que o intérprete afasta algum critério abstrato aplicável à circunstância relevante do caso concreto, assume o compromisso ainda mais amplo de justificar a sua decisão, pois não sendo absoluto (o critério), deve mesmo demonstrar, por um método analítico, a razão de se distanciar de tais modelos. Ou seja, terá de demonstrar racionalmente a sua justificação.

Como visto, o fato de se estabelecer parâmetros que não vinculam o intérprete, não significa que os critérios possíveis não possam ser construídos e empregados nos casos concretos, consubstanciando-se como uma ferramenta a mais no controle das decisões judiciais em que a ponderação é inafastável.

Recapitulando brevemente a teoria dos princípios de Alexy (2014, p.96), tais parâmetros são por ele identificados na lei de colisão como precedências *prima facie*, consistentes “na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro”. E o mestre germânico destaca, também, que em outra situação, sob condições diversas, é possível que a questão de precedência dos mesmos princípios (direitos) envolvidos seja solucionada de forma contrária,

pois “a questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder” (2014, p. 97).

Nesse mesmo norte segue também Steinmetz (2004, p. 215-216) ao referir que a precedência *prima facie* constitui-se em uma carga de argumentação em favor de um determinado princípio em face de outro, sem estabelecer preferências definitivas, mas que impõem um ônus argumentativo para serem afastadas, ou seja “[...] se os argumentos em favor da precedência do princípio (oposto) da proteção da personalidade forem mais fortes, então aquela precedência *prima facie* deve ser afastada porque não cumpriu com o ônus da argumentação”.

Acrescente-se, ainda, que mesmo que se utilizem os parâmetros doutrinários acima expostos, a ponderação *in abstracto* pode ser ineficaz para encontrar a solução adequada à colisão dos direitos fundamentais, e por isso além da aplicação desses enunciados, será necessária uma ponderação específica, particular para aquela hipótese (BARCELLOS, 2005, p. 151).

Logo, quando se utiliza a fórmula da ponderação, verifica-se que os intérpretes trilham o mesmo caminho, pois seguem um roteiro seguro de argumentação, que pode ser reforçado pelos parâmetros específicos. Porém, ainda assim não conduz a uma mesma solução, já que o caso concreto, com suas variáveis, é que indicará a melhor resposta a ser dada à colisão. Isso porque o método, enfatizando as perguntas, não se compromete em fornecer as respostas, mas sim tornar a decisão mais clara, racional e compreensível.

Nesse caso, a segurança jurídica está amparada no compromisso do intérprete em analisar todas as variáveis do caso concreto, e não apenas algumas delas. Dessa forma, não há parâmetros definitivos, mas sim pontos de partida a serem aplicados ao caso concreto.

Diante disso, o exame de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal é o próximo passo neste trabalho, a fim de se traçar uma análise crítica do tema enfrentado, perscrutando os parâmetros constitucionais empregados pela Suprema Corte brasileira para fundamentar suas decisões.

4.3 Direitos fundamentais à liberdade de expressão e de comunicação versus direitos fundamentais à privacidade e à intimidade: análise crítica de casos julgados pela Suprema Corte brasileira

A análise do enfrentamento do tema da colisão entre o direito fundamental à liberdade de expressão e de comunicação e o direito fundamental à privacidade e à intimidade pelo Supremo Tribunal Federal é o propósito deste tópico, objetivando averiguar como a Corte tem aplicado a ponderação, e se efetivamente os direitos fundamentais têm recebido a proteção almejada pela Constituição.

A busca dos julgados se deu no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se como indexadores da pesquisa o direito fundamental de liberdade de expressão¹⁵. Para análise específica, selecionaram-se os julgados mais recentes relativos aos anos de 2014 e 2015¹⁶.

Importante ressaltar que nesses dois anos dificilmente o STF analisou especificamente a colisão envolvendo a liberdade de expressão e de comunicação e direito à privacidade e à intimidade, havendo uma maior apreciação da colisão daquelas liberdades com o direito à honra e à imagem, comumente violados pelos órgãos midiáticos.

Além disso, houve dificuldades em encontrar recursos extraordinários envolvendo especificamente o tema, pois, como já ressaltado, a ADPF n. 130 tornou-se decisão paradigmática no que condiz à liberdade de expressão e de imprensa, pois o Supremo criou norma concreta para estes casos e estabeleceu a posição preferencial da liberdade de expressão e de imprensa (que podemos considerar como liberdade de comunicação, conforme já assentado no primeiro capítulo) no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁵ A pesquisa ocorreu no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br>), utilizando-se as expressões “liberdade de expressão”, “liberdade de comunicação”, “direito à privacidade” e “direito à intimidade”, no entanto, somente foram encontradas decisões que se adequassem ao tema do trabalho com a expressão “liberdade de expressão”, pois os demais relacionavam-se a julgados de áreas de Direito Administrativo, Tributário, Previdenciário, Eleitoral e Penal, os quais não enfrentaram a violação do direito à privacidade e intimidade pela liberdade de imprensa. Há também inúmeras decisões acerca do dano moral, comprovando que, em termos de colisão entre direitos fundamentais desta natureza, a liberdade de expressão tem preferência, sujeitando o violador do direito à privacidade ou à intimidade à reparação civil.

¹⁶ O marco jurisprudencial da pesquisa foi o julgamento da ADPF n. 130, ocorrido no ano de 2009, considerando-se tal decisão paradigma em casos de colisões dos direitos fundamentais especificamente aqui tratados. Seguindo diretrizes do Professor Orientador, optou-se em estabelecer o critério temporal entre os anos de 2014 e 2015 por se tratarem de julgados bastante recentes e refletirem melhor a realidade das decisões da Corte Constitucional brasileira.

Em que pese tal julgamento vincule as instâncias inferiores, as decisões que chegam à Suprema Corte continuam a impor censura à divulgação de fatos e notícias que se contraponham à privacidade e à intimidade, determinando, inclusive, que o conteúdo jornalístico seja alterado por meio de inserção ou exclusão de palavras ou frases, chegando, em alguns casos, a promover verdadeira editoração do texto. Essas violações ensejam a correção por meio do instituto da Reclamação que, em muitos casos, tem sido o único remédio a caucionar a autoridade das resoluções da Corte Suprema¹⁷.

Passa-se, então, à análise dos julgados, que são a Medida Cautelar de Reclamação n. 18.638/CE, cujo cerne da discussão é a vedação da censura na divulgação de informações de caráter público; a Reclamação n. 16.434/ES como recurso à imposição de censura prévia institucionalizada pelo Poder Judiciário, e, por fim, o direito de crítica devidamente assegurado no Recurso Extraordinário com Agravo n. 722.744/DF.

A primeira decisão a ser analisada é a proferida na Medida Cautelar de Reclamação n. 18.638/CE¹⁸, tendo como Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, contra decisão da Juíza de Direito da Comarca de Fortaleza/CE, que proibiu a Revista “Isto É” (Três Editorial Ltda) de veicular matéria jornalística envolvendo o governador do Estado do Ceará, relativamente a depoimento prestado por delator na operação “Lava Jato”¹⁹ da Polícia Federal.

A reclamante argumentou que foi violada a autoridade do acórdão proferido na ADPF n. 130, que declarou a não recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67)

¹⁷ A pesquisa apurou que nos anos de 2014 e 2015 a Reclamação, na colisão entre a liberdade de expressão e de comunicação e direito à privacidade e à intimidade, foi recorrentemente utilizada. Concretizou-se o que o Ministro Marco Aurélio denominou de “profetização” em seu voto na ADPF n. 130 ao prever que a lacuna legislativa promoveria uma grande quantidade de ações dessa natureza perante a Corte.

¹⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DE RECLAMAÇÃO N. 18.638/CE, Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, liminar deferida em 17.09.2014, DJ 18.09.2014. Processo concluso ao Relator desde 03.12.2014. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4634948>> Acesso em 23 set 2015. EMENTA: RECLAMAÇÃO. MEDIDA LIMINAR. CENSURA PRÉVIA A VEÍCULO DE IMPRENSA. INADMISSIBILIDADE. 1. Na ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal proibiu enfaticamente a censura prévia de publicações jornalísticas, como determina a Constituição. 2. Ao vedar a divulgação de notícia sobre apuração criminal supostamente envolvendo Governador de Estado, a decisão reclamada aparentemente violou essa orientação. 3. Liminar deferida.

¹⁹ Investigação realizada pela Polícia Federal no estado do Paraná, iniciada em março de 2014, tendo como objetivo apurar esquemas de desvio e lavagem de dinheiro em valores superiores a dez bilhões de reais, envolvendo a Petrobrás, grandes empreiteiras do país e políticos. Informações obtidas no sítio eletrônico da Folha de São Paulo, disponível em: <<http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>>, acesso em 14 de setembro de 2015.

pela Constituição Federal de 1988, pelo fato de a decisão ter o caráter de censura, uma vez que a matéria divulgava informações acerca de um esquema de desvio de recursos públicos implicando a empresa estatal Petrobrás e diversas personalidades públicas, alcançando, portanto, grande relevância no cenário político nacional, e por isso recebendo ampla divulgação pela imprensa brasileira. Além disso, enfatizou que observou cuidado na obtenção das informações, tendo a versão do suposto envolvido (governador do estado do Ceará) também integrado a referida reportagem. Por fim, defendeu que eventual abuso no exercício da liberdade de expressão deveria ser objeto de reparação civil e não de censura.

O Ministro Relator, em decisão liminar, principiou as suas razões de decidir identificando o conflito entre a liberdade de expressão (que emprega em sentido amplo, abrangendo as liberdades de informação e de imprensa) e os direitos da personalidade. Primeiramente, ressaltou que no âmbito da liberdade de expressão sempre houve um desencontro entre o discurso oficial e o comportamento do Poder Público, mesmo que tal direito já tivesse sido garantido desde a Constituição de 1824. Realçou que em diferentes momentos históricos a liberdade de pensamento foi cerceada por motivos variáveis, razão porque, em 1988, a Carta Política lhe conferiu alargada proteção.

Destacou, também, que a liberdade de expressão, de informação e de imprensa devem ser tratadas como *liberdades preferenciais*, porque inerentes aos regimes democráticos, ressaltando que a própria Constituição impôs limites ao dispensar proteção aos direitos da personalidade, especialmente à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, pois estão em igual patamar hierárquico, e por isso devem ser ponderadas em situações em que tais bens constitucionais se mostrem colidentes.

Realizando-se o exame da decisão conforme proposto neste capítulo, ou seja, à luz da teoria principiológica de Robert Alexy, pode-se constatar que o Relator cumpriu o primeiro requisito que é identificar se realmente há direitos fundamentais em rota de colisão *in abstracto*. Por isso, passa-se à etapa subsequente, pois a relação comporta direitos constitucionalmente protegidos, cujo exercício simultâneo leva à exclusão um do outro, reclamando, portanto, um balanceamento para que não ocorra a supressão de um dos direitos fundamentais.

Tendo já reconhecido que há, de fato, uma colisão principiológica e que a problemática não pode ser solucionada pelo método interpretativo tradicional, a

autoridade relatora passa a aplicar a lei de colisão para alcançar uma decisão final equânime.

Essa primeira fase foi corretamente dissecada na decisão, uma vez que reconhecendo o choque entre os direitos fundamentais de igual patamar hierárquico, restou claro que o método subsuntivo é insuficiente para determinar a solução para o caso. Sendo assim, não é possível estabelecer-se uma norma *in abstracto* de preferência entre eles, tampouco pode a problemática ser dirimida por critérios de exclusão, como são o cronológico, da especialidade e hierarquia.

Necessário observar que essa inviabilidade de conciliação entre os direitos, conforme se verificou no capítulo segundo, leva o intérprete a uma única saída: restringir a eficácia de um dos direitos. Entretanto, não é qualquer restrição, tampouco a realizada por meias palavras. É preciso, pois, avançar nas etapas do método da ponderação para chegar a uma decisão em que a limitação seja a menor possível em face do peso preferencial do outro direito nas condições em que se dá o embate.

Nesse caso concreto há, portanto, a necessidade de se fazer concessões recíprocas com o intuito de se preservar ao máximo os direitos em disputa, mas que, indubitavelmente, serão objeto de escolha. Para tanto, é preciso que na segunda etapa, selecionem-se os fatos relevantes que auxiliarão no sopesamento.

Segundo a decisão, rivalizam o direito de informar e ser informado a respeito de fatos destaques no cenário político-econômico nacional, com os fins de preservação da privacidade almejados pela personagem retratada na matéria jornalística, instaurando-se uma oposição entre privacidade e liberdade de expressão e de comunicação. São as premissas que devem ser consideradas para justificar a imprescindibilidade do balanceamento na busca da resposta mais adequada à celeuma.

Na sequência, o Ministro Barroso define critérios ou elementos a serem considerados, quais sejam: (i) veracidade do fato; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.

Percebe-se, pois, que o julgador predetermina o que Alexy (2014, p. 96), em sua teoria dos direitos fundamentais, denomina de “relações de precedência condicionadas”, que fixarão as exigências sob as quais um princípio tem precedência em face de outro.

Nesse ponto, a decisão fundamenta muito bem cada um dos critérios eleitos como aplicáveis na ponderação entre estes direitos fundamentais especificamente, destacando, inclusive, pontos da decisão proferida na ADPF n. 130, acórdão invocado como paradigma na Reclamação.

Alcança-se, por fim, o momento de se realizar as compressões recíprocas, quando então se testam as soluções possíveis, por meio da interação dos fatos com os elementos normativos, para se estabelecer a regra concreta que vai reger a casuística de modo a melhor realizar a vontade constitucional.

No dizer de Barroso (STF, 2004, p. 10) é nessa fase que “o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência”.

Na construção da cadeia argumentativa de sua decisão, o Relator da Reclamação analisa cada um dos critérios à luz da circunstância concreta, dentre os quais merece destaque a veracidade subjetiva das informações contidas na matéria jornalística (diligência do informador na busca das mesmas junto a fontes fidedignas). Outra condicionante analisada é a pessoa retratada na notícia, ou seja, o governador do estado do Ceará, personalidade pública, legitimando-se a ingerência em sua esfera pessoal, além de haver incontestemente interesse público na difusão das informações jornalísticas.

Esmiuçadas as condições de precedência, o Ministro cotejou-as com o direito à privacidade, destacando que a censura à circulação da revista não era a via mais adequada nesta situação. Ao final, conclui (STF, 2014, p. 16):

A decisão reclamada, no entanto, impôs censura prévia a uma publicação jornalística em situação que não admite esse tipo de providência: ao contrário, todos os parâmetros acima apontam no sentido de que a solução adequada é permitir a divulgação da notícia, podendo o interessado valer-se de mecanismos de reparação *a posteriori* [...].

Perfilhando o caminho da fundamentação do julgado, verifica-se, ao final, a aplicação do princípio da proporcionalidade em suas três dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Adequada está a fundamentação à teoria desenvolvida por Robert Alexy, pois a medida tomada, autorização da difusão da matéria jornalística, é o meio próprio para alcançar o fim almejado: informação de interesse público. A necessidade da constrição do direito de privacidade e de intimidade do governador do estado do Ceará em face do interesse público na divulgação das informações é a menos gravosa para alcançar a solução do conflito, uma vez que se faz a ressalva que a censura é a última *ratio*, utilizada apenas em situações limítrofes em que sequer a reparação civil seria suficiente em caso de eventual dano causado pela divulgação maliciosa da notícia.

Em outras palavras, o julgador, dentre as várias situações factíveis, optou pela que afetaria o menos possível os direitos envolvidos, fundamentando sua decisão.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito também foi devidamente aplicado quando sopesado com a mitigação do direito à privacidade do alvo da matéria jornalística, pois a sua intimidade foi preservada na medida em que a notícia limitou-se a difundir informações relevantes ao espaço público no âmbito político, e não detalhes da vida pessoal, que nada acrescentariam ao senso crítico da população.

Não há dúvidas acerca da importância da livre circulação de ideias, notícias, informações, críticas, entre outros, para que a sociedade efetivamente seja plural, e para que seus componentes convivam harmonicamente, o que abrange, inclusive a tolerância às divergências, pois as diferenças indicam novos rumos políticos, econômicos e sociais; em suma, a diversidade propicia o fomento do progresso.

Esta é a razão pela qual se deve reconhecer, nesse caso em apreço, o interesse difuso de ser informado do que está ocorrendo no cenário político nacional, e para isso é preciso que se disponibilizem os meios para que as pessoas partam em busca da informação, e que se preserve os já existentes.

Antes, porém, de se passar à análise dos parâmetros utilizados na decisão, não se pode deixar de mencionar que o Relator deveria ter dimensionado a intensidade da tutela dos direitos fundamentais em face da natureza da relação existente entre as partes. Em outras palavras, deveria ter analisado precedentemente a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a fim de justificar a razão de estabelecer a liberdade de expressão e

comunicação como direitos *prima facie*, antes de adentrar as condições peculiares do caso concreto.

Nesse ponto, a decisão poderia ter sido mais clara e precisa, enfrentando o fato de que se trata de relação entre particulares, marcada pela assimetria de poderes, o que exige uma mitigação da autonomia privada e maior interferência do Estado para preservar os direitos fundamentais envolvidos.

Nesse sentido, a decisão se afastaria do (aparente) juízo de valor para expressar o peso do direito fundamental preponderante, ou seja, se estabeleceria de forma mais clara o que Alexy (2014, p. 165) denominou de enunciado de preferência fundamentado que, por sua vez, fundamentará as regras relativamente concretas atribuíveis ao caso julgado.

Ao analisar o primeiro dos oito parâmetros estabelecidos, Barroso constata que a matéria a ser noticiada pela Revista foi precedida de um juízo de razoabilidade quanto ao seu conteúdo, obtido a partir de fontes jornalísticas de boa-fé, todos elementares da informação constitucionalmente protegida, que é a verdadeira.

Se atualmente a imprensa tem o dever de prestar uma informação de qualidade, comprometida não somente com a democracia, mas também com a elevação do espírito humano por meio da educação, a verdade é requisito indispensável deste direito fundamental de ser (bem) informado.

Nesse ponto é importante destacar que a informação veiculada pela revista “Isto É” retrata fatos correspondentes à narrativa de acontecimentos e fatos reais, e não histórias criadas pelo editor ou jornalista, o que justifica a proteção constitucional.

Por outro lado, ao ressaltar que as informações contidas na matéria jornalística estariam aparentemente cobertas pelo segredo de justiça, já que provenientes de um acordo de delação premiada em processo criminal, o Ministro conclui que foram as fontes jornalísticas e não a própria revista “Isto É” quem as obteve, não havendo justificativa para impedir sua publicação, ressalvando que a solução constitucionalmente adequada seria o direito de resposta ou a reparação de danos.

Entretanto, discorda-se do fundamento utilizado, pois o direito de resposta não é o instituto mais adequado nesse caso de violação de segredo de justiça, tampouco a reparação *a posteriori*, pois a ilicitude na obtenção de qualquer prova ou informação não é protegida constitucionalmente. Assim, havendo prova de que

houve a transgressão do segredo de justiça, a fundamentação da aceitabilidade da informação para a Reclamante, que não foi a violadora do direito fundamental, seria o direito de sigilo da fonte, este sim, assegurado pela Constituição.

Por fim, a análise de que os fatos são de interesse geral da população porque envolvem recursos pertencentes à empresa estatal, desviados por agentes públicos, justificam a divulgação da matéria jornalística.

Nessa parte da decisão, o Ministro Barroso faz um importante cotejo entre a divulgação de informação que não tenha interesse público e que viole a honra, e aquela que transgride a privacidade, reconhecendo que neste caso, a reparação seria ineficaz em face do mal causado.

Finalizando a fundamentação, o último critério destacado é o da sanção posterior, seja por meio de retificação, retratação, responsabilização civil ou criminal e, em hipótese extrema, a proibição da divulgação.

Elege o Ministro a possibilidade de reparação como um meio assecuratório de preservação dos direitos fundamentais que nesse momento são comprimidos (privacidade e intimidade), ao destacar “a opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação” (STF, 2014, p. 16).

Nessa esteira, verifica-se que o intuito da decisão é efetivar o Estado Social, no qual há a promoção da justiça social, liberdade real e igualdade substantiva, que são geradas pela dignidade de seus integrantes, cujo ponto inicial é a liberdade de pensamento, de expressão e de comunicação.

Todavia, percebe-se pela leitura do voto, que desde o princípio o Ministro já elegera a liberdade de expressão e de comunicação como direitos preferenciais em colisões dessa natureza, utilizando-se da ponderação para fundamentar a sua decisão, porém, sempre enfatizando os direitos de liberdade, e pouco se referindo aos da privacidade e da intimidade, quando seria mais técnico e adequado que assim o fizesse para que se realçasse sistematicamente o caminho percorrido que culminou na decisão final.

Se na primeira etapa da aplicação do método a decisão logrou êxito em estabelecer o peso genérico de cada interesse constitucional no embate, tal não ocorreu na segunda etapa, quando então deveria aferir o peso de cada um deles diretamente no caso específico, isto é, considerando a situação fática, para que, ao final, o princípio da proporcionalidade cumprisse o seu relevante papel de dar as

respostas corretas. Na realidade, o Ministro utilizou-se do princípio da razoabilidade. Neste ponto impende lembrar que o Ministro considera sinônimos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme já analisado no segundo capítulo.

A privacidade e a intimidade, por ocuparem igual patamar constitucional de importância, deveriam ter sido mais destacadas na decisão, seus conceitos demonstrados, para que o destinatário da decisão pudesse perceber que no confronto entre estas e a liberdade de expressão e de comunicação, a informação de suposta participação em atos de desvio de dinheiro público não afetariam, de forma alguma, a intimidade do governador do estado do Ceará. Desenvolvendo as razões de decidir no sentido de expor que a esfera de informações que diziam respeito aos seus sentimentos, sensações, pensamentos e emoções, estava sendo respeitada, e o que se preservava era o direito de divulgar informações públicas, relativas à vida pública de uma personalidade notória, demonstraria racionalmente que a comunicação pela imprensa não implica interferência arbitrária na vida pessoal e íntima.

Imprescindível, pois, que a busca do equilíbrio entre os direitos fundamentais seja precedida de sua valoração individual, pois somente desse ponto é que se alcança o equilíbrio, do contrário, a ponderação está sendo utilizada apenas para legitimar uma ideia preconcebida e justificar uma resposta que já existia em abstrato. Importante pontuar que, neste caso, a decisão preestabelecida vai prevalecer independentemente do caso concreto, pois a ponderação foi realizada com base em condições abstratas, normalmente previsíveis em colisões desta natureza.

Como se pode constatar, os parâmetros não são absolutos, tampouco rígidos, e será dado ao intérprete afastá-los sempre que não se ajustarem ao caso concreto, orientado por razões extremamente particulares que somente a casuística irá fundamentar.

Portanto, na Medida Cautelar na Reclamação n. 18638/CE, é possível concluir que a ponderação foi utilizada para solucionar o embate entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e de comunicação e os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, no entanto, não da forma mais adequada. Além disso, há que se realçar que a existência dos parâmetros gerais estabelecidos pela Doutrina, ao invés de conduzir a uma subjetividade que afastasse a racionalidade da decisão, possibilitou que o Ministro Barroso se desincumbisse do ônus de demonstrar a sua motivação na decisão tomada. Isto é, a generalidade dos

parâmetros estabelecidos foi subjugada pela particularidade que, assumindo o protagonismo na relação de colisão, forneceu os critérios para a transparência no processo sistemático de obtenção da melhor resposta.

Comparativamente, já adiantando uma análise mais geral dos julgados selecionados, nas decisões subseqüentes se verificará que a eleição de critérios não foi adotada pelos julgadores, e a fundamentação das mesmas foi bem mais frágil, sustentada em outros julgamentos, quando seria mais técnico que fosse empregada a Constituição Federal e as bases doutrinárias brasileiras.

Passando à análise da Reclamação n. 16434/ES²⁰, de relatoria da Ministra Rosa Weber, recorreu-se à Corte Suprema em razão de o magistrado da 6ª Vara Cível de Vitória/ES ter violado a autoridade do acórdão proferido na ADPF n. 130/DF ao determinar a exclusão de notícia jornalística do sítio eletrônico do jornal “Século Diário”, condicionando as publicações futuras a parâmetros delimitadores do conteúdo da informação, consubstanciando-se tal prática em verdadeira censura, tendo fixado, inclusive, *astreintes* na hipótese de descumprimento da determinação judicial.

A Relatora inicia sua análise transcrevendo parte da decisão proferida na ADPF n. 130 para evidenciar que somente a própria Constituição pode impor restrições aos direitos fundamentais nela previstos, referindo-se particularmente ao artigo 220 que veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Em seguida, enfatiza a liberdade de expressão do pensamento como regra no Estado Democrático, e abrange, além do direito de informar e ser informado, também o direito de emitir opiniões e de fazer críticas, sob pena de se transmutar a imprensa em um canal meramente informativo, sem qualquer contribuição no desenvolvimento da sociedade livre.

Nesse ponto, assinala Rosa Weber (p. 10) que a decisão reclamada aniquila a proteção à liberdade de imprensa “na medida em que a golpeiam no seu núcleo essencial, (com) a imposição de objetividade e a vedação da opinião pejorativa e da crítica desfavorável”, concluindo que se reduz a livre expressão do pensamento a apenas uma de suas dimensões que é a liberdade de informar.

²⁰ A decisão analisada foi concedida por meio de decisão monocrática em pedido de medida liminar, razão pela qual não possui ementa. Por ser extensa, deixa-se de transcrevê-la, mencionando-se os principais pontos a serem analisados segundo as bases da presente pesquisa.

Nesse ponto, não se pode descurar da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. A Constituição, voltada para a promoção da igualdade substantiva, permite a intervenção do Estado para assegurar o equilíbrio nas relações entre sujeitos e órgãos de comunicação quando o exercício da liberdade de expressão por estes gerar lesão à privacidade e intimidade daqueles, razão porque o Judiciário, neste caso, exerce essa postura garantidora da dimensão objetiva de tais direitos.

Tendo em vista a não recepção da Lei de Imprensa e a inexistência de outra norma jurídica específica dessa natureza, a Constituição Federal é aplicada diretamente ao caso concreto. Seus valores axiológicos, pois contagiam os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade do ator privado, objeto da notícia, mitigando a sua proteção para que a informação de relevância pública e social seja disponibilizada à coletividade.

Justamente esta moldura constitucional é que deve ser observada, por excelência, pelo Poder Judiciário, convocado “a proteger os particulares de lesões e ameaças aos seus direitos fundamentais perpetradas por terceiros”, comprovando, assim, o que já se concluiu no capítulo antecedente, que muitas vezes os atores privados, quando investidos de poder social, representam um risco igual ou maior que o próprio Estado representaria (SARMENTO, 2006, p. 244).

Por esse motivo, a decisão de primeira instância, que originou a Reclamação, merece severa crítica, pois determina critérios específicos para o exercício da liberdade de pensamento, o que implica inexistência de liberdade propriamente dita, já que limita a sua expressão a determinadas formas. Para melhor delinear a análise que se fará, destaca-se na sentença proferida pelo juízo da Comarca de Vitória/ES relativo ao processo n. 0019906-85.2012.8.08.0024, extraída da Reclamação em apreço (STF, 2014, p. 9-10, grifo no original):

[...] **Quanto às futuras publicações**, é assegurado aos réus o direito de expressão, contudo **somente devem publicar matérias com referência ao autor desde que observadas as seguintes recomendações**: a) nas publicações relativas ao autor, primem pela **objetividade das informações, abstendo-se de incluir adjetivações pejorativas ou opiniões desfavoráveis** que extrapolem os limites de crítica literária, artística ou científica; b) **limitem-se a narrar os fatos sem se pautar por comentários, boatos, acusações isoladas** e desprovidas de idoneidade, **sempre fazendo referência às fontes**, e c) procedam com **imparcialidade** e isenção na divulgação de notícias relacionadas ao autor, observando **apenas o contexto fático, sem se pautar por tendências, ideologias** ou intuito de autopromoção ou promoção de terceiros em detrimento do autor.

Tudo sob pena de **multa diária** para o caso de descumprimento desta decisão, cujo valor arbitro em R\$ 1.000,00 (um mil reais) **por cada dia de publicação mantida e pelas publicações futuras sem observância das orientações** acima.

Ao predeterminar as publicações futuras, indicando os parâmetros a serem observados, a decisão reclamada revela-se censura prévia institucional, descomprometida com o caráter normativo da Constituição.

Assuntos de interesse público, como se constata no caso em análise, exigem uma tutela mais intensa da liberdade de expressão, pois se o direito de quem emite a mensagem é fundamental para a autossatisfação humana, o direito de receber a informação também merece especial cuidado, por isso a divulgação de notícias e fatos não pode ser direcionada por critérios predeterminados, o que significa o direcionamento do pensamento a ser expresso, obstaculizando o acesso ao conhecimento dos fatos ocorridos.

Se a notícia deve estar comprometida com a veracidade subjetiva, não se pode conceber que um magistrado determine a forma de expressar esta veracidade, pois a realidade dos fatos foi compreendida pelo emissor, no entanto, a censura prévia, impôs a sua expressão sob determinada moldura, direcionando o pensamento do receptor da informação.

Com intuito de corrigir tal violação, Rosa Weber isenta a imprensa do compromisso com a neutralidade e objetividade, reconhecendo ser irrealizável o delineamento editorial determinado na sentença.

Por esse motivo, o Judiciário deve sempre mirar os valores constitucionais, e em face do grau de relevância da liberdade de expressão e de comunicação na realização da dignidade da pessoa humana, a Relatora deveria ter enfatizado que, se por um lado a Constituição veda a censura e assegura o direito à crítica, por outro lado a privacidade e a intimidade não são soberanas a ponto de impedir a veiculação de informações pessoais, porém de interesse público, acerca das personalidades que tenham notoriedade.

Tendo em conta as considerações já tecidas, o direito de crítica, como expressão da liberdade de opinar, naturalmente emerge da contradição de ideias, o que não abrange animosidades pessoais com o propósito de atingir ofensivamente a pessoa a quem diga respeito.

Logo, desde que represente exame opinativo, a veemência da crítica ou a sua qualidade não são fatores suficientes a limitar a liberdade de expressão e de comunicação. Com efeito, tais conclusões somente são obtidas a partir das particularidades do caso concreto, com a análise das circunstâncias que o compõem e que interferem na valoração dos direitos fundamentais em colisão.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento (2006, p. 261) destaca que não basta o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, é preciso fundamentar as decisões de modo que possam estreitar as margens de discricionariedade judicial, ampliando a segurança jurídica e estabelecendo critérios para controle social e crítica pública das próprias decisões judiciais, já que os direitos fundamentais não podem se sujeitar à *psiquê* e formação moral dos julgadores.

Na esteira dessa argumentação, em consonância com o aporte teórico dos capítulos precedentes desta pesquisa, a Ministra deveria ter destacado que a decisão reclamada esvaziou o direito fundamental à liberdade de expressão ao violar seu núcleo essencial quando estabeleceu requisitos objetivos para futuras publicações de notícias.

Nessa direção, essa fundamentação atribuiria uma legitimidade maior à decisão, pois demonstraria ambos os lados dos direitos fundamentais em discussão, comprovando que a julgadora estava atenta à satisfação das partes, e não à prevalência de sua opinião sobre o caso posto (intuição de justiça). Assim ratificaria o entendimento quanto à inexistência de direitos absolutos, e sim valores a serem preservados, seja em relação à dignidade da pessoa humana, ou em relação à sociedade no que toca à formação de opinião e discussão pública.

Além disso, a decisão deveria ter estabelecido a distinção entre restrição e censura, o que fundamentaria melhor as razões de decidir, demonstrando que a restrição é medida necessária para harmonizar o direito de expressão e de comunicação com o direito à privacidade e à intimidade, ao passo que a censura aniquila o direito por ser arbitrária e estar movida por razões ideológicas, e não constitucionais, como a restrição o é.

A Relatora (STF, 2014, p. 12) afirma que “há particular interesse social *prima facie* em que seja assegurada a livre opinião relativamente ao exercício de função de interesse público”, todavia, não estabelece em face de qual outro interesse há

esta preponderância, não aponta quais direitos fundamentais estão em colisão para então analisar se há alguma restrição materialmente constitucional.

Em seguida, a Ministra examina a restrição à crítica imposta pela Magistrada de primeiro grau, destacando que os órgãos de imprensa não podem carregar ônus excessivos de sacrifícios pessoais por terem se disponibilizado a manifestar publicamente suas opiniões, avaliações ou críticas. Adiante ressalva brevemente que se tratando de exercício de interesse público, e não a vida privada ou a intimidade da pessoa, a proteção ao interesse individual deve ser mitigada, e por isso os limites toleráveis da crítica são alargados.

À luz da teoria principiológica de Robert Alexy, quanto à metodologia de interpretação utilizada na decisão, a Ministra estabelece condições de precedência, pois destaca que os limites à liberdade de manifestação do pensamento devem estar previstos em leis formalmente válidas que atendam aos fins constitucionalmente legítimos, e, ainda que, no caso concreto, a interferência em tal liberdade seja necessária à preservação de uma sociedade democrática e plural.

Partindo desses pressupostos, a decisão então desborda para a aplicação do princípio da proporcionalidade, asseverando que a restrição à publicação de notícias pelo sítio eletrônico se mostram desnecessárias no contexto de uma democracia plural. Concluindo, na sequência do raciocínio, que a imprensa estará submetida à censura prévia se “[...] em questões de interesse público, estiver sujeita ao pagamento de indenizações por todo e qualquer erro que não cause dano concreto e efetivo [...]”, notadamente quando ausente a má-fé do órgão comunicador (STF, 2014, p. 15).

A decisão, pois, está longe de ter percorrido adequadamente as etapas fundamentais da ponderação para que se compreenda o resultado final, e também para que o mesmo se legitime. Não identificou quais direitos fundamentais estavam em colisão, pois a análise partiu diretamente dos fatos concretos e os adequou à Constituição, isto é, não houve a determinação do peso específico de cada direito *in abstracto*, mas sim, a valoração das condições fáticas do caso em questão.

Como visto, o método da ponderação objetiva resolver em que medida um determinado direito fundamental cede em face de outro direito fundamental quando estes entram em colisão, não se propõe a estabelecer critérios de comparação entre direitos para se aferir qual é o mais valioso.

A decisão é finalizada com a transcrição da ementa do julgamento de um caso semelhante, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que também destaca a análise efetiva da liberdade de expressão no julgamento da ADPF n. 130.

Percebe-se, pois, que a referida ementa integra a fundamentação da decisão da Ministra Rosa Weber, que preferiu referi-la em seu voto a estabelecer doutrinariamente as suas razões de decidir.

É imprescindível que haja uma análise acurada dos direitos fundamentais em colisão, justamente porque imbuídos de sentido e valor, devem ser interpretados para que sejam preservados, e não de forma que o exercício de um deles exclua o outro, tendo em vista que, como já ressaltado, a Constituição os elegeu sob o mesmo patamar de relevância na promoção da dignidade.

Partindo-se do pressuposto que aos direitos fundamentais deve ser dada a maior efetividade possível, e que gozam todos eles de mesmo *status*, as circunstâncias do caso concreto é que orientarão o julgador na escolha do direito a preponderar, e havendo uma decisão final, tem o julgador o dever (também constitucional) de fundamentar a sua decisão, de modo a destacar a interpretação do caso concreto conforme a moldura constitucional.

O Recurso Extraordinário com Agravo n. 722744/DF²¹ foi interposto pela Editora Abril S/A, para isentá-la do pagamento de indenização por dano moral a que condenada em benefício de Joaquim Domingos Roriz. A relatoria coube ao Ministro Celso de Mello, que teceu considerações acerca da relevância da liberdade de imprensa como projeção da liberdade de pensamento e de comunicação, assegurando o direito de crítica quando presente o interesse público, obtendo, ao final, provimento do recurso.

Assinala o Ministro que a questão examinada “está impregnada de irrecusável densidade constitucional” (STF, 2014, p. 3), identificando a liberdade de

²¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 722744/DISTRITO FEDERAL. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 19/02/2014. Publicação DJ 13/03/2014. EMENTA: Liberdade de expressão. Profissional de imprensa e empresa de comunicação social. Proteção constitucional. Direito de crítica: prerrogativa fundamental que se compreende na liberdade constitucional de manifestação do pensamento. Magistério da doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (ADPF 130/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – AI 505.595-AgR/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Pet 3.486/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Jurisprudência comparada (Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol). O significado político e a importância jurídica da Declaração de Chapultepec (11/03/1994). Matéria jornalística e responsabilidade civil. Excludentes anímicas e direito de crítica. Precedentes. Plena legitimidade do direito constitucional de crítica a figuras públicas ou notórias, ainda que de seu exercício resulte opinião jornalística extremamente dura e contundente. Recurso extraordinário provido. Consequente improcedência da ação de reparação civil por danos morais.

manifestação do pensamento como o bem jurídico a ser protegido. A partir de então seu voto concentra-se unicamente na liberdade de manifestação do pensamento e seus desdobramentos, não definindo qual dos direitos da personalidade estaria em contraposição, revelando um juízo pré-concebido de prevalência da liberdade de expressão.

Segundo ementa transcrita no acórdão da decisão ora analisada, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal condenou a Editora Abril ao pagamento de indenização por dano moral pela violação do direito à honra, imagem e intimidade do ex-governador do Distrito Federal, Joaquim Roriz, ao extrapolar os limites da liberdade de imprensa.

Celso de Mello, contudo, entendeu que a liberdade de expressão é um bem jurídico a ser tutelado de forma máxima, e por ser essencial ao regime democrático, deveria ser objeto de permanente observância pelo Estado, suas autoridades e agentes, legitimando a crítica jornalística dirigida às figuras públicas, sujeitas, naturalmente, ao escrutínio social. Houve, portanto, uma decisão que alterou a anteriormente existente, e por essa razão, necessário seria discorrer sistematicamente os argumentos que a desconstruíram.

Em outras palavras, para que o dano moral não fosse devido, como foi o entendimento do Relator, preciso que ele demonstrasse o caminho pelo qual chegou a tal conclusão, perpassando, necessariamente, pela colisão entre os interesses constitucionais em liça, para estabelecer que um deles deveria ceder e por isso não haveria ato ilícito a indenizar.

Segundo a lei de sopesamento, a medida permitida de afetação de um princípio (direito fundamental) depende do grau de importância atribuído ao outro princípio a ser satisfeito (ALEXY, 2014, p. 167). A ponderação não é um sistema de “tudo ou nada”, e por ser uma tarefa de otimização, é preciso que se observe o princípio da concordância prática na busca da harmonização dos direitos.

Seguindo-se a teoria formulada por Robert Alexy (2014, p. 169) abordada no segundo capítulo deste trabalho, conclui-se que a decisão em análise deveria ter examinado detidamente todos os direitos em colisão, pois o mestre germânico ensina que é imprescindível superar a mera atribuição de importância a somente um deles, e sim buscar definir qual *deve ser* a importância a ser conferida a ambos os direitos.

Mais uma vez é de se ressaltar que a ponderação não está direcionada a determinar a resposta correta, mas sim em apontar o caminho pelo qual se chegará à resposta mais adequada àquele caso concreto.

Não basta, pois, que a afetação muito intensa dos direitos de personalidade, como neste caso, seja justificada pelo alto grau de satisfação do direito de liberdade de expressão e de comunicação, é imprescindível que se demonstre fundamentadamente a justificação do enunciado de preferência que representa o resultado a que chegou Celso de Mello: prevalência da liberdade de expressão.

Note-se, porém, um ponto importante quanto à fundamentação das decisões, pois a Constituição Federal (artigo 93, inciso IX) assim exige, sob pena de nulidade, o que não significa a adoção da ponderação, necessariamente. No entanto, ao estabelecer como paradigma a ADPF n. 130, na qual houve substancialmente o emprego da ponderação na colisão dos direitos fundamentais de liberdade de expressão, de comunicação, privacidade e intimidade, pode-se concluir que a fundamentação deveria ter seguido o procedimento da ponderação.

É de se destacar que, além de serem invocadas inúmeras outras decisões, o Ministro adotou, ao menos pela via reflexa, o referido método, o que permite concluir que não se desincumbiu da tarefa específica de estabelecer a concordância prática entre a liberdade de expressão e de imprensa, e de honra, privacidade e intimidade.

Sob o olhar da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, não há como se identificar o conflito principiológico, pois o Ministro não cumpre esta exigência da ponderação, na realidade, não há ponderação, há sim, a definição de um direito superior, o que se infere de suas palavras “[...] nada mais nocivo, nada mais perigoso, do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão (ou de ilegitimamente interferir em seu exercício), pois o pensamento há de ser livre, permanentemente livre, essencialmente livre...” (STF, 2014, p. 4).

Relativamente ao direito de crítica, destaca que a mesma revela-se como o exercício concreto, pelos profissionais da imprensa, da liberdade de expressão, logo, encontra abrigo constitucional porque derivada de uma liberdade pública, de conteúdo que abrange o direito de informar, o direito de buscar informações, o direito de opinar, e de criticar.

Elucida o Ministro as consequências de se assegurar, em uma ordem democrática, o direito de manifestação de pensamento através da crítica jornalística, mas em momento algum de sua fundamentação conceitua o que vem a ser a crítica

mesmo neste caso concreto, dificultando, assim, a compreensão de seu raciocínio lógico. Inclusive define a crítica genericamente ao afirmar que não estará caracterizada a responsabilidade civil quando a matéria jornalística “divulgar observações em caráter mordaz, ou irônico ou, então veicular opiniões em tom de crítica severa, dura, ou até impiedosa” (STF, 2014, p. 5-6).

Posta a definição da crítica, ainda que genericamente, a autoridade relatora acentua que houve a veiculação de conceitos, e os qualifica como “elementos materializadores da prática concreta do direito de crítica” (STF, 2014, p.6), e, aplicando-os ao contexto – provavelmente se trata de uma referência ao caso concreto –, a legitimação da crítica em plenitude como particular expressão da liberdade de imprensa.

Percebe-se que o voto não estabelece uma linha delimitadora, tampouco identifica os postulados básicos de onde o sopesamento entre os direitos fundamentais partirá, ao contrário, o juízo de valor demonstra claramente que o julgador estabeleceu a liberdade de expressão como direito fundamental preferencial em face de todos os demais ao declarar “[...] a crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultariam dos direitos de personalidade” (STF, 2014, p. 5), utilizando-se, portanto, de argumentos genéricos para salvaguardar o direito fundamental de sua preferência.

Importante rememorar para o que chama a atenção Daniel Sarmiento (2006, p. 108) quanto ao fato de que a limitação dos direitos fundamentais deve ser justificada em face de interesses comuns, tendo em vista que a liberdade a que aspiram não é anárquica, e sim social.

Acrescente-se que esta liberdade social a que se refere Sarmiento supera a liberdade característica do Estado essencialmente liberal. Significa, pois, que ao restringir um direito fundamental, presente está o interesse difuso, diluído entre os múltiplos setores sociais, e ainda que se trate da privacidade ou intimidade nas relações interprivadas, interessa a toda a sociedade.

Mesmo que a prevalência da liberdade de expressão e de comunicação nessa hipótese concreta seja a decisão mais adequada, o intérprete não está dispensado de fundamentar a sua decisão de forma racional, apontando o caminho construído para justificar o porquê de direitos fundamentais robustos como a

privacidade e a intimidade serem comprimidos. Em outras palavras, o Ministro não poderia justificar-se utilizando apenas a expressão “limitações externas ordinárias decorrentes dos direitos de personalidade” (STF, 2014, p.5), haja vista que cada um desses direitos tem características diferenciadas e a avaliação de seu peso na colisão de uma liberdade deve ser realizada pormenorizadamente.

Partindo dessa premissa, Celso de Mello não respeita o princípio da concordância prática, pois não realiza a ponderação dos direitos fundamentais em colisão para evitar a anulação de um deles, como preceitua o método defendido por Alexy. Ao contrário, o Ministro sacrifica totalmente o direito à privacidade e à intimidade quando envolvida personalidade pública, delimitando a tutela mais ampla aos direitos de personalidade nos casos em que tal notoriedade é inexistente. Além disso, ao deixar de estabelecer quais direitos de personalidade estariam sendo violados no caso em apreço, iguala-os todos, como se não fossem previstos individualmente pela Constituição Federal, ou que, no seu entendimento, a violação tivesse sido causada em bloco.

Tal decisão pode gerar consequências bastante graves, principalmente na sociedade contemporânea, que é a da informação, onde os indivíduos estão dotados, pelos instrumentos tecnológicos, do poder de serem emissores de notícias e opiniões, podendo levar ao abuso do exercício dessa liberdade, o que eleva o grau de fragilidade das pessoas públicas, fazendo crer que basta ter alguma notoriedade para sofrer qualquer espécie de crítica, proveniente de quem quer que seja e de que forma for, conferindo ao emissor largo poder de decisão, limitada apenas pelo critério da notoriedade.

Embora o Ministro invoque indiretamente a proporcionalidade como fundamento para reconhecimento da prevalência da liberdade de imprensa, revela-se quão importante a construção de uma fundamentação adequada se mostra no âmbito da comunidade, pois o ônus argumentativo integra o processo de controle social das decisões judiciais.

Somente a justificação racional e adequada da decisão permitirá a construção de uma nova tradição jurídica na esteira da Constituição, que prima pela dignidade da pessoa humana, na rota da consolidação do Brasil como uma nação mais justa, humana e solidária.

Nessa busca de equilíbrio, o intérprete, a partir da ponderação, não seguirá qualquer regra, porque não há preferência entre os direitos em colisão. O que lhe é

apresentado é um fato, um acontecimento, que deve ser interpretado como tal (STEINMETZ, 2004). Não se trata, pois, de dizer o Direito, mas de porque o Direito está sendo dito dessa forma.

Como já abordado no segundo capítulo, mas que se mostra útil resgatar, o intérprete deverá averiguar se no caso em apreço há verdadeiramente uma colisão entre direitos fundamentais para avançar às etapas subsequentes da ponderação, justificando-se, ao final, “o controle de proporcionalidade se o fim que se almeja tem legitimidade constitucional” (STEINMETZ, 2001, p. 154).

Na realidade, o julgado inicia pelo fim, ou seja, ao invés de percorrer todas as etapas da ponderação, reconhecendo a colisão dos direitos fundamentais, identificando as circunstâncias do caso hipotético para então aplicar o princípio da proporcionalidade, parte do pressuposto que a liberdade de expressão é prevalente porque expressão máxima de uma sociedade democrática. Tal raciocínio leva à crença de que a democracia, calcada na plena liberdade de expressar o pensamento, muito provavelmente não redundará em abuso por parte da empresa jornalística, e, na eventualidade de ocorrer, solver-se-ia pela indenização pecuniária.

Note-se, porém, que o caráter preferencial da liberdade de expressão e de comunicação em face da privacidade e da intimidade não pode se sustentar na segurança de uma responsabilização civil ou criminal, ou seja, aquele que se sente em vias de ter seu direito à privacidade e à intimidade violados não irá se sentir amparado pelo Direito com a medida compensatória, uma vez que seu direito já foi violado. Como se pode concluir, em casos dessa natureza, o direito não foi protegido, a vítima foi recompensada.

Nessa linha de raciocínio, prossegue o Ministro acentuando que a questão foi profundamente analisada no julgamento da ADPF n. 130, que assegurou a liberdade aos jornalistas de exercer o direito de crítica, e passa, então, a registrar farta jurisprudência no mesmo sentido, referindo julgamentos de tribunais estaduais e também do Superior Tribunal de Justiça.

Esta é uma prática criticável em nosso sistema, pois muitas vezes as ementas não refletem exatamente o que o julgamento decidiu, além disso, não são fontes adequadas para uma fundamentação legítima.

Na decisão em análise, o Ministro sustenta que o interesse público justifica a notícia jornalística, mas não define o que exatamente significa interesse público neste caso. Evidente que a Corte Suprema não pode analisar o conteúdo probatório

dos autos, mas uma vez adotada a ponderação como solução da colisão entre direitos fundamentais, a análise das condições de precedência são fundamentais para que se possa sopesar adequadamente os bens jurídicos que se busca proteger²².

Logo, são as circunstâncias concretas que serão determinantes para se alcançar a resposta mais ajustada às partes, e que demonstrarão, neste caso específico, porque preponderou a liberdade de expressão, mas que em outro, diante de outras condições, poderia preponderar o direito à privacidade e à intimidade.

Discorrendo o voto, o Ministro entende que os recorrentes agiram com ânimo de informar e não de violar qualquer direito de personalidade, em um “contexto que claramente descaracteriza qualquer imputação” (STF, 2014, p. 13). Peca, mais uma vez, em deixar uma lacuna quando não descreve o contexto a que se refere e que o leva a concluir que há um interesse público na divulgação da matéria jornalística e não o ânimo de violar o direito à intimidade.

Ao final, defende que nenhuma autoridade pode exigir que a imprensa seja apenas narrativa, pois nenhum Poder, seja o Executivo, Legislativo ou Judiciário, tem legitimidade para controlar as ideias, as palavras e convicções manifestadas pelos profissionais dos meios de comunicação, indicando que esta tem sido a posição reiterada do Supremo Tribunal Federal em casos semelhantes.

Embora o julgado não aponte claramente a violação do direito à privacidade e à intimidade, ao referir que o sujeito tem o direito de buscar as informações e de interpretá-las, notadamente em casos que envolvam a vida política de representantes do povo, como é o caso em apreço, permite que a privacidade e a intimidade tenham sua zona de proteção estendida.

Assegurar que a prática da liberdade de informação, permitindo que as notícias circulem livremente traduz-se, no entendimento do Ministro Celso de Mello, em um dos suportes axiológicos do regime democrático, e em face desse entendimento, outra não pode ser a conclusão de que ao noticiar fatos e externar opiniões severas a respeito de acontecimentos envolvendo um político de projeção nacional, não se está violando qualquer direito, ao contrário, se está vivenciando o

²² Infere-se a adoção da ponderação pela afirmação das palavras do Ministro Celso de Mello: “[...] A crítica jornalística desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, **plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as figuras públicas**, independentemente de ostentarem qualquer grau de autoridade” (STF, 2014, p. 5, grifo nosso).

Estado Democrático de Direito com a concepção de que a informação é um bem difuso, pertencente, portanto, à sociedade, o que a faz extravasar a esfera meramente individual.

Celso de Mello finaliza o voto ressaltando que as observações feitas na decisão foram mais profundamente analisadas por ele no julgamento da ADPF n. 130, o que justifica sua ratificação em virtude da renovação dos fundamentos pelos recorrentes.

Há uma problemática, pois o intérprete ao exarar a sua decisão, deve fundamentá-la, e não reportar-se a outra decisão sem explicitar adequadamente porque as razões adotadas preteritamente ajustam-se ao caso analisado. Como a Suprema Corte, guardiã da Constituição, fundamenta uma decisão remetendo às razões de outra decisão?

Ainda que a decisão sirva de paradigma para casos de embate entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação e direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, essa postura não cumpre o dever constitucional de fundamentar o convencimento, e remete à ideia de que o Supremo já teria a resposta adequada mesmo antes de o caso concreto apresentar-se ao seu julgamento, ou seja, a indagação interpretativa se sustentaria em uma premissa atemporal, ignorando o contexto discutido no caso concreto.

Resta, pois, indagar: estar-se-ia, neste caso, cumprindo os valores norteadores da Constituição Federal? E estes valores cultivados por meio desta prática que se acaba de criticar, têm o condão de construir uma sociedade igualitária e justa, que visa diminuir as desigualdades sociais, tal como objetiva a República brasileira?

Diante desses precedentes examinados, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal conferiu plenitude ao direito de liberdade de expressão como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, informação e comunicacional, alçando-a a patamar superior de bem de personalidade e mais direta emanção da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, a Corte tem se utilizado de parâmetros constitucionais para a ponderação de direitos fundamentais contrapostos, como é o caso da liberdade de expressão e de comunicação e direito à privacidade e à intimidade. Entretanto, a fundamentação da solução encontrada não segue o método da ponderação adequadamente, tal como analisado no segundo capítulo, pois facilmente se

constata que é utilizada, preponderantemente, a última etapa do mesmo, ou seja, a Corte reporta-se à aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, o Tribunal tem se absterido de aplicar, detalhadamente, os três subprincípios que constituem o princípio da proporcionalidade: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

O sopesamento operacionaliza-se por meio da ponderação que está estruturada em uma argumentação racional construída a partir da constatação de uma efetiva colisão entre direitos fundamentais no caso concreto e o seu enquadramento dos três elementos do princípio da proporcionalidade (Alexy, 2014).

É imprescindível, pois, que a ponderação observe a sucessão das três fases, pois uma decorre da outra necessariamente, isto é, primeiro o intérprete deve determinar a intensidade da intervenção no direito fundamental para que, em um segundo momento, discorra sobre as razões que justifiquem tal intervenção e, ao final, efetivamente pondere qual dos direitos fundamentais deverá ceder em benefício do outro (ALEXY, 1999, p. 78).

Todavia, no caso da Corte brasileira, há o derrogamento das duas primeiras etapas e a aplicação da última fase, chamando a atenção para a argumentação meramente retórica para justificar um entendimento já pré-concebido, por meio da aplicação quase que exclusiva do último subprincípio, que é o da proporcionalidade em sentido estrito. Ou seja, uma fundamentação que justifique a restrição imposta e a finalidade pretendida.

Isso porque o balanceamento “caso a caso” ou particularístico é inafastável, confiando-se essa tarefa aos tribunais que descobrirão, em termos prudenciais e equitativos, a razoabilidade de um dizer o direito em face dos interesses contrapostos (CANOTILHO, et al., 2014).

O intérprete, portanto, abandona o silogismo e busca, com minúcia e atenção ao caso concreto, atingir um ponto de equilíbrio em que a preterição de um direito seja justificável tanto quanto a predominância do outro.

Nos casos de colisão entre os direitos de liberdade de expressão e comunicação e os direitos à privacidade e intimidade percebe-se que a partir do julgamento da ADPF n. 130, ocorrido em 30 de abril de 2009, o Supremo tem se reportado recorrentemente às fundamentações realizadas neste julgamento, elegendo-o como paradigma, sendo que a ementa da decisão está presente na

grande maioria dos julgamentos que envolvam a colisão entre as liberdades comunicativas e os direitos da personalidade.

Evidentemente que o julgamento da ADPF é de grande relevância, pois reconheceu a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, forjada nos duros tempos do regime militar e com intuito de delimitar quaisquer liberdades individuais no que toca ao pensamento, manifestação de ideias e divulgação das mesmas, sendo totalmente avessa aos ditames constitucionais vigentes a partir de 1988. Todavia, ainda que haja grande importância no julgamento, a referência ao mesmo não isenta o julgador de construir adequadamente o caminho de sua decisão de uma forma lógica e sistematizada sob argumentos sólidos especificamente para o caso concreto em apreço.

O fato de um direito fundamental dever ser restringido em face de outro merece uma atenção especial por parte do intérprete, pois são bens em idêntico patamar de importância, e seus titulares têm o direito a uma prestação jurisdicional adequada.

Para além disso, como já afirmado, uma preferência em abstrato de um direito fundamental sobre outro não será válida porque suprime o direito antagônico de forma permanente, violando o princípio da unidade da Constituição, do qual emana o dever do intérprete de considerar a Constituição em sua globalidade, buscando sempre harmonizar os espaços de tensão entre suas normas a concretizar (CANOTILHO, 19--).

O intérprete não pode se esquivar de sopesar os elementos do caso concreto, e mesmo em casos em que o legislador infraconstitucional, quando autorizado, formule solução específica para potencial colisão entre direitos fundamentais, ainda assim não está afastada a possibilidade de as circunstâncias do caso em apreço indicarem outra solução, desde que nos moldes da Lei Fundamental.

O fato de a Corte utilizar-se do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito tem contribuído para a construção de um posicionamento convergente no sentido de preponderar a liberdade de expressão e de comunicação, mas não significa, no entanto, que os mesmos sejam coesos quanto à fundamentação das circunstâncias relevantes do caso e as razões a favor ou contra à prevalência de um direito sobre o outro.

Desse modo, o que se observa é uma orientação do Supremo Tribunal em favor da liberdade de expressão, e nesse sentido é direcionada a argumentação, fundamentando-se a decisão.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana é a viga mestra do ordenamento jurídico brasileiro, maior proteção lhe deve ser conferida na sociedade da informação, pois os direitos fundamentais estão muito mais expostos à violação, tornando imprescindível que a argumentação racional esteja presente nas decisões, pois o manto de proteção à pessoa humana deve pautar as decisões, e, no caso de colisão, justificar a restrição do direito fundamental de um titular no caso em que ele está buscando o seu exercício.

Note-se que nas decisões analisadas o princípio sequer foi citado pelos julgadores, sendo importante destacar que a atenção destinada aos pressupostos fáticos é a concretização deste princípio, pois se amarra à Constituição, norte de toda interpretação a ser realizada em nosso ordenamento jurídico.

Significa dizer que a busca da concretização da dignidade da pessoa humana será o intuito que dirigirá o intérprete que terá em mãos a ponderação para a busca da solução mais adequada no caso concreto. Assim, ao lançar seu olhar sobre a intimidade e a privacidade deve, antes de tudo, fazê-lo sob o viés da dignidade, e na real colisão, com a aplicação da proporcionalidade, sopesá-las com as liberdades comunicativas, analisando-se as particularidades para aferir os limites existentes e os interesses postos.

Importe lembrar o voto do Ministro Menezes Direito (STF, 2009, p. 87) no julgamento da ADPF n. 130, ao tratar da necessidade de superar o campo da liberdade de expressão formal para que haja incremento da democracia:

[...]Se os direitos da personalidade põem à disposição do intérprete grande quantidade de estudos científicos, quero crer que deve ser enfrentada a questão da liberdade de expressão também a partir de uma melhor apuração de sua base conceitual no plano romântico dos ideais de liberdade e democracia política, mas de defini-la concretamente para que se possa sedimentá-la como entranha da própria base conceitual da sociedade democrática.

Como já anteriormente ressaltado, o perfil democrático da Constituição Federal de 1988 assegura a circulação livre de ideias, porque a intenção é de que o debate, o diálogo e a coexistência de pontos de vistas diferentes contribuam para o progresso político, cultural e econômico da sociedade, e quando estas

manifestações entram em choque, é fundamental que o Judiciário, sendo convocado a prestar a jurisdição, igualmente fundamente as suas razões de pensar, contribuindo para uma racionalidade que não integra somente as suas decisões, mas cujas razões atingem a sociedade, motivam suas escolhas e influenciam a conduta de seus integrantes. Isto é, as decisões judiciais, com seu papel de harmonização de interesses, devem acompanhar a evolução social e o processo histórico para bem contemplar a dignidade das pessoas que a compõem, para isso a clareza, a solidez de argumentos e a racionalidade são requisitos indispensáveis à oxigenação da Constituição Federal.

A privacidade e a intimidade devem ser relidas como direitos fundamentais sob a égide do desenvolvimento da dignidade da pessoa humana por meio do direito à informação, componente do direito à comunicação, hoje tão intrínseca no complexo processo de interação humana na sociedade da informação. Nesse ponto, os direitos de personalidade se constitucionalizam para atender aos fundamentos ideológicos da Lei Maior, intimamente comprometidos com a harmonização entre a autonomia privada e os demais segmentos, convergindo para a transformação da sociedade brasileira.

Nessa perspectiva de um Estado garantidor dos direitos e garantias fundamentais com incidência não apenas nas relações entre particulares e Estado, mas também nas relações interprivadas, havendo o confronto entre a liberdade de expressão e comunicação com o direito à privacidade e à intimidade, legitima-se a atuação do Estado para solucionar a controvérsia, de maneira equânime e imparcial, de modo a assegurar a eficácia das normas constitucionais.

Em face da análise a que se propôs o presente capítulo, resgatando-se o problema apresentado para a pesquisa, ou seja, sendo a liberdade de expressão e de comunicação direitos fundamentais que devem observar os também fundamentais direitos à privacidade e à intimidade, em caso de colisão, se a ponderação tem sido aplicada para solucionar esses embates, pode-se responder afirmativamente, ressalvando-se, que, ao responder à problemática sobre a adequada aplicação do método pelo Supremo Tribunal Federal, tal não tem ocorrido. Isto porque a Corte tem se limitado a justificar a eleição da liberdade de expressão e de comunicação mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, fragilizando a fundamentação de suas decisões envolvendo direitos fundamentais tão caros à concretização da dignidade da pessoa humana, permeada

pela pluralidade de ideias com vistas à formação do senso crítico, responsáveis pela da substancialização da democracia, e da efetiva afirmação do Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa propôs-se a apreciar a colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e comunicação e os direitos à privacidade e à intimidade no contexto da sociedade da informação, sob a óptica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Os direitos fundamentais de liberdade de expressão e comunicação constituem-se em um dos pilares do Estado Democrático de Direito, tendo em vista o conteúdo ético-moral da Constituição Federal de 1988. Entretanto, tais direitos não são absolutos, e por isso devem também respeitar os direitos da personalidade, mais especificamente, o direito à privacidade e intimidade, podendo gerar, no caso concreto, uma colisão de direitos fundamentais.

Dessa forma, o questionamento proposto se deu para responder se nestes casos de colisão, considerando-se que não há direitos fundamentais preferenciais ou absolutos, a ponderação, como método de interpretação, tem sido aplicada na esfera das relações privadas pelo Supremo Tribunal Federal e, se acaso confirmada a hipótese, se a Corte Constitucional a tem aplicado adequadamente para fundamentar as suas decisões.

A pesquisa, utilizando-se desse norte, verificou o emprego da ponderação como método pertinente a solucionar o embate entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação e os direitos à privacidade e à intimidade de modo a preservar a todos na maior medida do possível, atendendo aos valores constitucionais. Além disto, analisou se houve a adequada aplicação da ponderação pelo Supremo Tribunal Federal na fundamentação das decisões envolvendo os direitos fundamentais em apreço, conferindo racionalidade e transparência no sopesamento do direito que demonstre ser de maior peso axiológico no caso concreto sob análise.

A construção da linha de raciocínio estruturou-se, precipuamente, na apresentação dos fundamentos teóricos basilares do Estado Constitucional, iniciando pela abordagem da sua evolução histórica. Nesse longo processo, assinalado por muitas lutas, o regime absolutista paulatinamente deslocou sua soberania do monarca para a nação, e em momento ulterior, para o povo. A forma de proteção do indivíduo contra o Estado foi encontrada na positivação das normas

jurídicas, sustentadas pela separação dos poderes e proteção aos direitos fundamentais de primeira dimensão, como a liberdade e a igualdade.

No plano jurídico, o constitucionalismo, em sua fase inicial, assegurou a igualdade formal, porém, no cenário onde florescente o capitalismo, regime em que a propriedade privada e a liberdade eram bens supremos, a “mão do mercado” mostrou-se impiedosamente exploradora, e as demandas sociais tornaram-se inadiáveis para obstar a exploração do homem pelo próprio homem, surgindo, então, os direitos fundamentais de segunda dimensão.

Nesse cenário, as constituições tornaram-se mais ambiciosas, e não mais se limitaram a proteger o ser humano do Estado, passaram a ocupar-se com metas e programas comprometidos com o bem-estar social de seus integrantes.

Assim, floresce uma nova tipologia de direitos para além da esfera individual, e, acrescentando às demais dimensões, denominam-se direitos de terceira dimensão, relacionados à qualidade de vida do ser humano, tais como meio ambiente equilibrado e preservação de direitos culturais e espirituais.

Evidencia-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana foi tomando o centro do constitucionalismo, pois considerada atributo humano inalienável, motivo pelo qual foi reconhecida como princípio norteador e integrador de todo o sistema jurídico. A direção apontada pelo princípio não informa apenas uma dimensão negativa, ou seja, limitadora das ações estatais, mas se constitui como um norte para a atuação positiva do Estado.

Dentro dessa moldura axiológica, sendo a dignidade da pessoa humana inalienável, não pode seu titular dela dispor mesmo em suas relações privadas, sendo considerada mandamento basilar da ordem constitucional. Condiciona e inspira a aplicação do Direito, revelando-se como guia substancial para a ponderação entre interesses constitucionais.

Nessa guisa, direcionando-se mais especificamente a pesquisa no campo dos direitos fundamentais, constatou-se que uma das nuances da concretização da dignidade da pessoa humana é a liberdade de pensamento que, em um regime democrático, materializa-se por meio da liberdade de expressão. Esta liberdade de se expressar atua na formação dos valores humanos, é propulsora da consolidação de suas crenças e fomentadora de novas concepções, o que implica dizer que é a manifestação da razão humana *prima facie*.

Entretanto, o ser humano não é fragmentado, não basta a si mesmo, e vivendo em sociedade, comunica-se com os demais membros do grupo social.

A liberdade de comunicar aquilo que se pensa é de exponencial relevo, haja vista que se não houvesse a interação pensamento-expressão, o ser humano não alcançaria o progresso. Nesse desiderato, o direito fundamental de comunicação busca tutelar a transmissão, o recebimento e o acesso, sem impedimentos, de fatos, notícias ou informações por meio de qualquer instrumento de difusão.

Por outro lado, esta liberdade encontra limites, não se podendo olvidar que a privacidade e intimidade são também direitos fundamentais diretamente vinculados à dignidade, que visam resguardar aspectos individuais do ser humano, mais especificamente, aqueles que, por pertencerem à categoria de direitos mínimos e imprescindíveis ao conteúdo da personalidade, não interessam aos demais.

A este cenário, soma-se, ainda, o contexto histórico contemporâneo: a sociedade da informação, com toda a sua base tecnológica, responsável pela diluição das fronteiras físicas e ampliação da comunicação para nível global. Dentre as suas vantagens há a aproximação das civilizações e veloz difusão de conhecimento e experiências recíprocas. Por outro lado, esta expansão e fusão expõem os direitos fundamentais a maior risco de violação, reclamando uma proteção jurídica eficaz, notadamente nas relações entre particulares.

Tomando-se por alicerce estas bases doutrinárias, pertencentes estes direitos fundamentais ao mesmo rol constitucional e por isso em igual patamar hierárquico, o exercício dos direitos à privacidade e à intimidade não é apenas limite externo às liberdades de expressão e de comunicação, como também, e principalmente, direitos fundamentais em si mesmos, o que pode ensejar a colisão destes com aqueles.

Por essa razão, em prosseguimento à pesquisa, o segundo capítulo centrou-se no campo jurídico em que ocorre a colisão entre os direitos fundamentais tratados, tendo como pano de fundo as relações entre particulares. Antes, contudo, perpassou o fenômeno de constitucionalização do Direito Privado para demonstrar a reconstrução harmonizadora dos princípios solidarísticos da Constituição Federal com os institutos privados, e a eficácia daqueles nas relações desta natureza.

Diante dessa nova visão, impregnada de valores constitucionais marcados pela igualdade substantiva, justiça social e concretização da dignidade da pessoa humana, o confronto entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de

comunicação e os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade necessita ser solucionado da forma mais equânime possível, por meio de um método que salvasse a unidade da Constituição.

Nessa moldura constitucional em que um direito fundamental não pode ser anulado em razão do exercício do outro com o qual antagoniza no caso concreto, inferiu-se que a ponderação é mais adequada para alcançar a preservação dos direitos, uma vez a igualdade de importância de tais direitos não autoriza o emprego da hermenêutica tradicional sem contrariar a Constituição.

A análise teve como fundamento de base a teoria dos direitos fundamentais formulada por Robert Alexy, iniciando-se pela distinção entre princípios e regras a partir de uma perspectiva qualitativa, para que, uma vez identificado o conflito principiológico, percorrer-se, então, as etapas do método e, ao final, alcançar-se a solução mais adequada para o caso concreto onde identificada a tensão. A partir da identificação da colisão, as restrições impostas são recíprocas, porém com o cuidado de serem limitadas ao dever de salvaguarda do outro direito. Logo, a compressão de cada direito deve ser diretamente proporcional ao peso conferido ao direito oposto.

Enfatize-se que as necessárias compressões são realizadas por meio do princípio da proporcionalidade, que desempenha a tarefa de equilibrar os direitos fundamentais, traduzindo-se como instrumento de operacionalização da aproximação da norma à realidade fática.

A partir dessa fase, a presente pesquisa passou a abordar especificamente o princípio da proporcionalidade, iniciando pelo seu desenvolvimento histórico até o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, perpassando seus elementos estruturais, os subprincípios (princípio da adequação, princípio da necessidade, e princípio da proporcionalidade em sentido estrito), detendo-se mais minuciosamente neste último, reconhecido como a ponderação propriamente dita.

Em que pese o reconhecimento do referido princípio pelo ordenamento jurídico brasileiro e a sua ampla aplicação, o princípio da proporcionalidade traduz-se, na prática, como técnica de controle dos limites impostos aos direitos fundamentais, vinculando não somente o Executivo, mas todos os Poderes Públicos.

Embora seja há muito objeto de investigação dos juristas, a construção de uma definição do princípio da proporcionalidade não é tarefa simples e não se

encontra pacificada, sendo que a proporcionalidade é calcada nas máximas denominadas “juízo de ponderação” ou “proibição do excesso”.

Para que atenda à finalidade de impedir arbitrariedades, o equilíbrio entre os direitos fundamentais em colisão há de ser preservado mediante a aplicação de uma solução ponderada, alheia a radicalismos.

No Brasil, a conexão entre a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana (fundamento da República) seria suficiente para seu reconhecimento, entretanto, a legislação constitucional traz, de forma intrínseca, esta ligação.

A máxima da proporcionalidade, desdobrada em seus três subprincípios, é, pois, uma técnica orientada a valores substantivos, que auxiliará na construção de uma estrutura racional e controlável, primando pela proteção à segurança jurídica e garantindo a transparência dos atos estatais.

Em que pese o reconhecimento do referido princípio pelo ordenamento jurídico brasileiro e a sua ampla aplicação, o princípio da proporcionalidade ainda é cercado de imprecisões terminológicas quanto a sua nomenclatura, não havendo um consenso por parte da Doutrina, que por vezes o toma por equivalente ao princípio da razoabilidade. Para o presente estudo adotou-se “princípio da proporcionalidade” no sentido de ser aplicado a uma relação meio-fim. Além disso, verificou-se que é a expressão mais usualmente empregada pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, nem sempre aplicado à relação meio-fim, confundindo-se com o princípio da razoabilidade.

De igual forma, quanto ao referido princípio, importante destacar que a sua racionalidade indicará, no caso concreto, se a finalidade que se pretende alcançar, justifica-se do ponto de vista constitucional ao se aplicar sucessivamente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, balizas que determinarão o peso específico de cada direito envolvido.

Exposto o embasamento teórico, o terceiro capítulo reservou-se a medir, criticamente, como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado acerca da colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação e os direitos à privacidade e à intimidade, e de que forma tem solucionado o embate e como tem fundamentado as suas decisões.

Inicialmente, se destacou os principais pontos do julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 – ADPF n. 130, que julgou a Lei n. 5.250/67, Lei de Imprensa, incompatível com a Constituição Federal

de 1988 e a ordem democrática instaurada a partir de então, assegurando liberdade aos meios de comunicação para expressar opiniões, ideias, bem como exercer plenamente o papel de informar e emitir críticas, balizada pelos valores constitucionais que, se violados, serão reparados *a posteriori* por meio da responsabilização civil e criminal. Esta decisão passou a ser utilizada pela Corte Constitucional como paradigma em casos de colisão entre os direitos fundamentais de expressão e de comunicação e direitos de personalidade.

No cenário contemporâneo, a comunicação qualifica-se pela informação que transporta, isto é, qualifica-se por agregar valores à sociedade almejada pela Constituição, aquela em que a dignidade da pessoa humana é concretamente realizada. Por isso, sendo os meios de comunicação instrumentos de exercício dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação não raras vezes chocam-se com a privacidade e a intimidade dos indivíduos em circunstâncias diversas, incumbindo ao Poder Judiciário a interferência quando inafastável o embate.

Na busca desse propósito, verificou-se que o Judiciário, além de utilizar os princípios de vedação ao anonimato e à censura, pois que reconhece a plenitude da liberdade de expressão com responsabilidade, também se utiliza de certos critérios auxiliares, criados pela Doutrina, na ponderação entre direitos fundamentais, tais como a boa-fé na divulgação do fato, compromisso com a verdade subjetiva, interesse público, personalidade retratada, natureza do fato noticiado, bem como as finalidades de utilização do fato divulgado.

Assim, no que toca a estes critérios auxiliares, o intérprete, ao restringir ou limitar um dos direitos fundamentais em confronto, *poderá*, ou seja, *não estará obrigado*, a utilizar os referidos parâmetros para mapear o caminho até a solução do caso específico sob sua análise, o que leva a concluir que são pontos de partida para a solução mais transparente e racional possível.

Observou-se que tais critérios são utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, não são considerados como requisitos obrigatórios do julgamento quando se tratar da colisão entre liberdade de expressão e de comunicação e direito à privacidade e à intimidade, pois sempre haverá a necessidade da ponderação específica e concreta. Aliás, outro não é o entendimento da Doutrina constitucional a esse respeito, como se destacou ao longo do estudo.

Diante dessas premissas, a análise casuística da colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação e os também fundamentais direitos à privacidade e à intimidade, respondeu ao problema proposto, constatando que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado o método da ponderação, no entanto, não a tem operacionalizado de forma completa, limitando-se a utilizar a etapa de aplicação do princípio da proporcionalidade, notadamente em apenas um de seus subprincípios, qual seja, proporcionalidade em sentido estrito, o que não confere racionalidade suficiente à decisão, dificultando o controle social da mesma.

Para que se alcance um possível balanceamento, é preciso, primeiramente, estabelecer o alcance e o conteúdo dos direitos fundamentais em colisão para que, num segundo momento, se passe à análise da necessidade ou não da restrição, ponderando-se, por fim, os valores em conflito naquela situação concreta.

A persecução do ponto de equilíbrio, em que a preterição de um direito seja justificável em face da predominância do outro, deve observar a sucessão das três etapas da ponderação, pois uma fase desdobra-se da outra, do contrário, fragmentada, nada mais será do que mera retórica para fundamentar um juízo pré-concebido que impinge uma restrição com certa finalidade.

Ressalte-se o fato de que a proteção incondicionada de um direito fundamental torna o direito colidente inoperante, pois inobservado o seu núcleo essencial, quando, na realidade, deve o intérprete promover ao máximo possível a convivência entre os direitos.

Com o julgamento da ADPF n. 130, ocorrido em 30 de abril de 2009, a Suprema Corte declarou como plenas a liberdade de expressão e de imprensa (que, como esclarecido, equivale à liberdade de comunicação). Ainda que esta decisão sirva de paradigma para as demais envolvendo direitos de igual natureza, o intérprete não pode deixar de analisar os direitos contrapostos àquelas liberdades para que, no caso concreto, afira o peso específico de cada um para que somente depois desta providência, sua construção sistemática possibilite-lhe fazer as compressões necessárias.

O que se verificou, porém, foi a existência de uma resposta *in abstracto*, preexistente no juízo valorativo do intérprete que, convencido dela, apenas utiliza o princípio da proporcionalidade em sentido estrito para fundamentar a decisão que já tomara antes mesmo de chegar ao seu conhecimento o caso concreto.

Quanto aos parâmetros gerais, também denominados na teoria principiológica de Robert Alexy de condições de precedência, constatou-se que seu papel não é vinculativo, mas sim orientador, mas, comparativamente, a decisão que os adotou (Medida Cautelar de Reclamação n. 18.638/CE, Relator Ministro Luís Roberto Barroso) mostrou-se mais clara, permitindo o exame mais sistemático do raciocínio lógico do intérprete, que não apenas lançou no mundo jurídico a sua decisão, mas demonstrou o caminho percorrido.

Ainda considerando-se os parâmetros gerais, mais uma vez estabelecendo um paralelo entre as decisões analisadas, constatou-se que o julgador que não os utilizou embasou suas razões de decidir em casos similares, transcrevendo as ementas dos acórdãos do próprio Supremo Tribunal Federal. Além disso, houve a remissão às fundamentações constantes na ADPF n. 130, com referência de que aquele julgamento havia explicitado melhor as justificações quanto à preferência à liberdade de expressão.

Em comum, os julgados selecionados têm o fato de se tratar de relações interpessoais, envolvendo personagens de notoriedade e meios de comunicação de massa, que buscam divulgar fatos de interesse público. Entretanto, em nenhuma das fundamentações os julgadores mencionaram a eficácia dos direitos fundamentais em relações desta natureza e a legitimidade de intervenção do Estado (ainda que na figura do Poder Judiciário) assumindo a sua postura de garantir a dimensão objetiva do direito fundamental de liberdade de expressão e comunicação.

Note-se, porém, um ponto importante na colisão daquelas liberdades com os direitos à privacidade e intimidade, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha estabelecido a plenitude da liberdade de expressão, o princípio da dignidade da pessoa humana, viga mestra dos valores constitucionais, é inarredável, e contempla a esfera privada do indivíduo. Desse modo, por mais que o regime democrático justifique a preferência à liberdade de se expressar, a privacidade e a intimidade são direitos que integram o patrimônio personalíssimo e não podem ser suprimidos sem justificativas.

Tendo em vista que o Estado visa o bem-estar de todos os seus integrantes, quanto mais clara e precisa for a decisão, melhor compreendida será, mais legitimidade terá e mais cumplicidade desenvolverá entre os seus integrantes, fazendo-os se sentirem membros de uma sociedade que efetivamente caminha para a fraternidade.

Esclarecer as razões de julgar demonstra comprometimento com o cidadão, comprova que a decisão não é vertical, mas sim horizontal, diminuindo as margens da discricionariedade e ampliando a segurança jurídica, pois respeita o princípio da igualdade, ou seja, todos merecem igual tratamento na prestação jurisdicional constitucional ao permitir que exerçam controle social sobre as decisões e possam expor suas críticas publicamente.

Além disso, não se pode olvidar que se vive a era da sociedade da informação, o que significa que a qualidade da informação assume relevância exponencial no processo comunicativo, ágil pelos instrumentos tecnológicos, sendo imprescindível demonstrar proteção à esfera privada, mesmo que mitigada a sua proteção quando se trate de figura pública, sob pena de se institucionalizar a liberdade total de expressão e comunicação nestas circunstâncias de notoriedade.

Conclui-se, também, que o emprego o mais fiel possível do método da ponderação além de apontar um caminho mais transparente na tomada da decisão, pois que muito mais vinculado com o modo pelo qual se obtém a resposta no caso concreto do que propriamente o resultado, permite ao Judiciário construir decisões mais sólidas e técnicas, precisas e controláveis do ponto de vista da discricionariedade, além de permitir um maior ou melhor controle social destas decisões.

Em vista disso, os meios de comunicação, ao divulgarem os fatos, que muitas vezes abrangem decisões na seara jurídica, terão melhores parâmetros, qualificando, portanto, a informação prestada. Por outro lado, o receptor da informação, o indivíduo, poderá se autodeterminar de uma forma mais completa, formando sua consciência crítica mais livremente porque confia no círculo de informações que lhe chegam. Neste processo, a imprensa cumpre com a sua função social, auxiliando o Estado na proteção objetiva dos direitos fundamentais.

A sociedade, em sua totalidade, é beneficiada, a democracia é solidificada, a Constituição Federal paulatinamente é concretizada, e a nação brasileira ruma, decididamente, à sociedade justa, solidária e fraterna idealizada desde 1988.

Como já referido, as diversas situações fáticas exigem interpretações diversas, porém todas tingidas pela Constituição Federal, na busca da compatibilização dos direitos fundamentais, seja para assegurar a liberdade de expressão e comunicação, seja para preservar a intimidade e privacidade, uma vez que não há hierarquia entre estes bens jurídicos.

O Estado, por meio de suas instituições, deve buscar refrear as tensões e restabelecer a coesão entre a dignidade e a liberdade de imprensa. A estabilidade desses alicerces do Estado Democrático de Direito é dever fundamental da Suprema Corte brasileira que deve desempenhar o seu papel mais relevante que é o de ser a guardiã da Constituição Federal.

O entendimento alcançado leva a crer que é necessário superar a forma de aplicação do método da ponderação na colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação e os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, reavaliando-se os meios de operacionalização.

Guardar a Constituição é mantê-la oxigenada, ou seja, aproximá-la da realidade dos jurisdicionados, por esse motivo é que em seu catálogo encontram-se inúmeros princípios a lhe conferirem plasticidade suficiente para acompanhar o processo histórico, dinâmico por natureza, que diuturnamente desafia o intérprete a encontrar novas soluções. Por esse motivo, a ponderação é um método adequado para dar guarida aos valores constitucionais, pois indica o caminho a percorrer, jamais a resposta a ser dada, o que afasta a sua crítica mais severa: a discricionariedade judicial.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal exerce, pois, com a jurisdição, papel fundamental na harmonização de interesses e na concreção da dignidade da pessoa humana, e a fim de concretizar direitos fundamentais tão caros, propõe-se a alteração da aplicação do método, ampliando-se para a adoção do mesmo em sua completude, e não subsumido apenas ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Sem dúvidas, o ônus argumentativo integra o processo de concretização dos valores constitucionais. Somente a justificação racional e adequada da decisão permitirá a construção de uma nova tradição jurídica na esteira da Constituição, que prima pela dignidade da pessoa humana, na rota da consolidação do Brasil como uma nação mais justa, humana e solidária.

Como já anteriormente ressaltado, o perfil democrático da Constituição Federal de 1988 assegura a circulação livre de ideias, porque a intenção é de que o debate, o diálogo e a coexistência de pontos de vistas diferentes contribuam para o progresso político, cultural e econômico da sociedade, e quando estas manifestações entram em choque, é fundamental que o Judiciário, sendo convocado a prestar a jurisdição, igualmente fundamente as suas razões de pensar,

contribuindo para uma racionalidade que não integra somente as suas decisões, mas cujas razões atingem a sociedade, motivam suas escolhas e influenciam a conduta de seus integrantes. Isto é, as decisões judiciais, com seu papel de harmonização de interesses, devem acompanhar a evolução social e o processo histórico para bem contemplar a dignidade das pessoas que a compõem, para isso a clareza, a solidez de argumentos e a racionalidade são requisitos indispensáveis à oxigenação da Constituição Federal.

A privacidade e a intimidade devem ser relidas como direitos fundamentais sob a égide do desenvolvimento da dignidade da pessoa humana por meio do direito à informação, componente do direito à comunicação, hoje tão intrínseca no complexo processo de interação humana na sociedade da informação. Nesse ponto, os direitos de personalidade se constitucionalizam para atender aos fundamentos ideológicos da Lei Maior, intimamente comprometidos com a harmonização entre a autonomia privada e os demais segmentos, convergindo para a transformação da sociedade brasileira.

Nessa perspectiva de um Estado garantidor dos direitos e garantias fundamentais com incidência não apenas nas relações entre particulares e Estado, mas também nas relações interprivadas, havendo o confronto entre a liberdade de expressão e comunicação com o direito à privacidade e à intimidade, legitima-se a atuação do Estado para solucionar a controvérsia, de maneira equânime e imparcial, de modo a assegurar a eficácia das normas constitucionais.

Finalmente, em face da pesquisa realizada, resgatando o problema que, considerando-se que a liberdade de expressão e de comunicação são direitos fundamentais que devem observar os também fundamentais direitos à privacidade e à intimidade, em caso de colisão, a ponderação tem sido aplicada para solucionar esses embates, e, em caso afirmativo, se o referido método tem sido aplicado adequadamente pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se responder afirmativamente. Ressalva-se, porém, que o emprego da ponderação pelo Supremo Tribunal Federal não é adequada. Isto porque a Corte tem se limitado a justificar a eleição da liberdade de expressão e de comunicação como direitos fundamentais preferenciais, reportando-se à terceira etapa do método da ponderação, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, fragilizando, assim, a fundamentação de suas decisões.

Inegável que a liberdade de expressão e de comunicação alimentam os regimes democráticos, no entanto, a esfera privada e íntima do ser humano há que ser preservada, pois sua defesa assegura a dignidade na medida em que fomenta a liberdade individual calcada na autodeterminação.

O papel de uma Constituição impregnada de valores onde o individual e o coletivo são contemplados, não é simplesmente retratar a vontade comum de um povo, mas principalmente o de garantir os direitos de todos, mediante a convivência pacífica entre os sujeitos e seus interesses diversos.

Como já afirmado anteriormente, não se trata apenas de dizer o Direito, mas de porque o Direito está sendo dito dessa forma, conferindo transparência às decisões e legitimando-as perante a sociedade.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Dignidade da pessoa humana (ainda?!) e Direito Civil: rápidas notas sobre um caminho por construir. In: *Revista do Curso de Direito da FSG*, ano 2, n. 4, jul. a dez. 2008, p. 97-104.

_____. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, jul.-set. 1999, p. 67-79.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 1998.

_____. Sociedade da informação e mundo globalizado. Globalização e Direito, *Studia Jurídica* – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, n. 73, 2003, p. 163-179.

_____. *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. I, Coimbra: Faculdade de Direito de Lisboa/Associação Portuguesa do Direito intelectual, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 2, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em: 14 jan. 2015.

_____. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Constituição e Código Civil: colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 7, 2005, p. 347-390.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 63-100.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil). Disponível em <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_p_t.pdf](http://www.http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_p_t.pdf)> Acesso em 23 ago. 2015

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Liberdade de expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro*. Joinville: Bildung, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2015.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em 25 de maio de 2015.

_____. Constituição política do império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em 20 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de Arguição de Preceito Fundamental n. 130, julgada em 19 de fevereiro de 2008. Ministro Carlos Ayres Brito (relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar de Reclamação n. 16.434/ES, Ministra Rosa Weber (relatora), decisão monocrática proferida em 30 de jun. de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 25 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar de Reclamação n. 18.638/CE, Ministro Luís Roberto Barroso (relator), liminar deferida em 17 de set. de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 23 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 722.744/DF. Ministro Celso de Mello (relator), julgada em 19 de fev. de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 30 set. 2015.

_____. Lei n. 13.188, de 11 de novembro de 2015. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. Publicada no D.O.U. de 12 de nov. de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm>. Acesso em 07 dez. 2015.

BRASÍLIA. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 279 da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2016>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

CANARIS. Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Sarlet, Ingo Wolfgang (Org). 3 ed., ver e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 205-220.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____; _____. *Reality shows e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, [19--].

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, GALVÃO, Mônica Cristina Mendes. *O STF e o direito de imprensa: análise e consequências do julgamento da ADPF 130/2008*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rev. Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2003.

_____. *A sociedade em rede - A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Trad. Roneide Venâncio Majer, 6. ed., rev. e atual., vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3.ed, rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DICK, Jaqueline Hamester; REIS, Jorge Renato dos. Direitos fundamentais: delimitações da sua influência no direito privado. *Revista do Direito* (Santa Cruz do Sul), v. 1. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 7-40.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Sarlet, Ingo Wolfgang (Org). 3 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37-76.

FACHIN, Luiz Edson. A liberdade e a intimidade: uma breve análise das biografias não autorizadas. In: SIMÃO, José Fernando, BELTRÃO, Silvio Romero. *Direito Civil: Estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão: Teoria geral do Direito, Bioética, Direito intelectual e Sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2015, v. I, p. 376-394.

_____. Apreciação crítica do Código Civil Brasileiro de 2002 na perspectiva constitucional do Direito Civil contemporâneo. In: *Revista Jurídica*, v. 51, n. 304. São Paulo: Notadez. Fev. 2003, p. 17-22.

FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de direitos – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 3.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Fabris, 2008.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>> Acesso em 12 jul 2015.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. *Espaço jurídico vazio e a tutela da intimidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Sarlet, Ingo Wolfgang (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 85-106.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

GOUVEIA, Luís Manuel Borges. *Sociedade da informação: notas de contribuição para uma definição operacional*. Disponível em <http://homepage.ufp.pt/lmbg/reserva/lbg_socinformacao04.pdf> Acesso em 14 julho 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed, rev e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KARAM, Maria Lúcia. *Dos crimes, penas e fantasias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Luam, 1993.

KEEN, Andrew. *Escritos sobre a liberdade: liberdade, intimidade, informação e expressão*. Vol. 4, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como Princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional aberta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1993.

_____. *Cibercultura*. 3. ed. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 2010.

_____. *Que é virtual?* São Paulo: Ed. 34, 1996.

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

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão - Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MELO, Adriana Zawada. A dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. In: *Informação e direitos fundamentais*:

a eficácia das normas constitucionais. GOZZO, Débora (Org.) São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15-37.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátiães; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

NAKAHIRA, Ricardo. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp041088.pdf>>. Acesso em 22 mar 2015.

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Ciberciudadaní@: o ciudadaní@.com?* Barcelona: Gedisa, 2005.

_____. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9 ed., Madrid: Tecnos, 2005.

_____. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1999.

REIS, Jorge Renato dos. A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado. In: LEAL, Rogério Gesta; _____ (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, T. 4, p. 993-1006.

_____. A constitucionalização do direito privado e o novo código civil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003, T. 3, p. 771-790.

RODRIGUES JÚNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *Controle remoto e decisão judicial: quando se decide sem decidir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. _____, (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-164.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal* 1. ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212, abr. – jun. Rio de Janeiro:1998, p. 89-94.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Trad. Beatriz Hennig. et al. Montevideu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual de software & revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. Marco civil da internet: a garantia da liberdade de expressão e de informação na internet 2.0. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/marco-civil-da-internet-garantia-da-liberdade-de-express%C3%A3o-e-de-informa%C3%A7%C3%A3o-na-internet-20>. Acesso em 04 jun.15.

_____. A revolução tecnológica da informação – os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; _____ (Coord.). *Direito da propriedade intelectual: Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006.