



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

INÊS MOTA RANDAL POMPEU

**O CARÁTER INSTRUMENTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ANÁLISE
DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À IMAGEM E À PRIVACIDADE
NA SOCIEDADE EM REDE**

FORTALEZA

2016

INÊS MOTA RANDAL POMPEU

O CARÁTER INSTRUMENTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ANÁLISE DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À IMAGEM E À PRIVACIDADE NA
SOCIEDADE EM REDE

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do grau de bacharel em
Direito. Áreas de concentração: Direito
Constitucional e Direito Civil.

Orientador: Professor Doutor William Paiva
Marques Júnior

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Federal do Ceará

Biblioteca da Faculdade de Direito

P851c Pompeu, Inês Mota Randal.

O caráter instrumental dos direitos fundamentais na análise da liberdade de expressão e do direito à imagem e à privacidade na sociedade em rede / Inês Mota Randal Pompeu – 2016. 88f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.

Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

1. Direitos fundamentais. 2. Colisão. 3. Liberdade de expressão. 4. Imagem. 5. Privacidade I.
Título.

CDD 340

INÊS MOTA RANDAL POMPEU

O CARÁTER INSTRUMENTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ANÁLISE DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À IMAGEM E À PRIVACIDADE NA
SOCIEDADE EM REDE

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do grau de bacharel em
Direito. Áreas de concentração: Direito
Constitucional e Direito Civil.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Ma. Maria José Fontenelle Barreira Araújo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

A Deus.

Aos meus pais, João Hildo e Mirian, pelo apoio e amor diários.

Ao meu avô Randal, pelo exemplo de homem e ser humano que sempre foi.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus, que me guiou e iluminou nessa longa caminhada, pois sem Ele nada seria possível.

Ao professor, orientador e amigo William Paiva Marques Júnior, grande conhecedor e difusor da Arte do Direito, pela disponibilidade e apoio despendidos na pesquisa; aos demais mestres da Casa, pelos ensinamentos transmitidos; e à Diretoria do curso de graduação da Universidade Federal do Ceará, pelo apoio institucional oferecido.

Às professoras Maria José Fontenelle Barreira Araújo e Gina Vidal Marcílio Pompeu por todo apoio e tempo dedicado à esta monografia e por aceitarem, sem hesitar, o convite para compor a minha banca.

A toda a minha família, em especial aos meus pais, Mirian Porto Mota Randal Pompeu e João Hildo Ponte Randal Pompeu, por além de me proporcionarem o dom da vida, mostrarem-me que os caminhos obscuros devem ser trilhados com coragem e honestidade; e aos meus irmãos, Clara, Mirian e João Hildo Filho, por me inspirarem, incentivarem e apoiarem em todos os momentos. A eles dedico todas as minhas vitórias e conquistas.

Aos meus queridos avós, João Pompeu, Rita Vânia, Gonzaga Mota e Mirian Mota, exemplos de amor e carinho que levarei por toda minha vida. Em especial, ao meu querido avô e padrinho, João Pompeu Lopes Randal, que hoje não se encontra mais entre nós, mas estará sempre bastante vivo em meu coração.

Às minhas queridas primas, Beatriz e Maria Yannie, que além dos laços sanguíneos, são verdadeiras amigas de infância e que sempre se fizeram presentes em minha vida. Além disso, apoiando-me academicamente e me incentivando ao máximo.

Às minhas melhores amigas, Joana e Lígia, por sempre estarem ao meu lado, me apoiando e alegrando minha vida.

Finalmente, aos inseparáveis amigos de faculdade, Alysson, Beatriz, Jordana, Florence e Renan, por se fazerem presentes em minha vida desde o início do curso para, juntos, trilharmos um dos caminhos mais importantes de nossas vidas.

Se toda a humanidade menos um fosse da mesma opinião, e apenas um indivíduo fosse de opinião contrária, a humanidade não teria maior direito de silenciar essa pessoa do que esta o teria, se pudesse, de silenciar a humanidade.

John Stuart Mill

RESUMO

O avanço dos meios de comunicação torna a sociedade mais interligada, o que faz com que as informações sejam veiculadas de forma bastante célere. Para o exercício pleno e efetivo da democracia é essencial a convivência harmônica entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e do direito à imagem e à privacidade, tendo em vista que o equilíbrio entre eles visa à tutela e à conservação da dignidade da pessoa humana. O princípio da unidade constitucional determina que não há hierarquia entre os direitos fundamentais previstos na Constituição, sendo assim, como todos gozam do mesmo grau de proteção constitucional, é inevitável a colisão entre eles. Esse embate deve ser solucionado com base na dimensão do peso, por meio do sopesamento, uma vez que não se pode declarar a invalidade de direitos fundamentais em um dado ordenamento jurídico. Com a impossibilidade de se estabelecer uma regra fixa em abstrato para a solução do embate, é imprescindível o estudo do caso concreto, bem como das suas circunstâncias fáticas e jurídicas. O presente trabalho tem como objetivo a análise do conflito entre os direitos fundamentais, constitucionalmente amparados, da liberdade de expressão e o direito à imagem e à privacidade, no contexto da sociedade em rede e discutir os possíveis parâmetros que possam servir para solucionar a colisão.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Colisão. Liberdade de expressão. Imagem. Privacidade.

ABSTRACT

The advance occurred to the means of communication makes society more connected, which causes a very fast spread of information. In order to achieve a complete and effective practice of democracy it is essential to create a harmonic link between the fundamental rights of freedom of speech, image and privacy, considering that the balance between them seeks the protection and the conservation of human dignity. The constitutional principle of unit establishes that there is no hierarchy among the fundamental rights in the Constitution, therefore, since all of them have the same degree of constitutional protection, the collision between them is inevitable. What leads us to a standoff point which should be solved by the analysis of each degree of importance, through the balancing, once it is not possible to state the invalidity of the fundamental rights in the legal order. Considering the impossibility to establish a fixed rule abstractly with the aim of solving such collision, it is indispensable to study the particular case, with its factual and legal circumstances. This work aims to analyze the collision among the fundamental rights, supported by the Constitution, of freedom of speech and image and privacy rights, in the network society and debate the possible parameters that can be use to solve the collision.

Keywords: Fundamental rights. Collision. Freedom speech. Image. Privacy.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL, CARACTERÍSTICAS E ASPECTOS PRINCIPAIS.....	13
2.1	Características dos direitos fundamentais.....	15
2.2	Classificação dos direitos fundamentais	19
2.3	Funções dos direitos fundamentais.....	21
2.4	A dignidade da pessoa humana e suas repercussões hermenêuticas.....	22
2.5	O caráter principiológico dos direitos fundamentais	25
3	LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITO À IMAGEM E À PRIVACIDADE COMO CONQUISTAS DEMOCRÁTICAS	28
3.1	O direito à liberdade de expressão	32
3.2	Os direitos da personalidade: direito à imagem e à privacidade.....	43
3.3	O espaço cibernético na sociedade em rede diante da revolução tecnológica	50
4	O CARÁTER INSTRUMENTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ANÁLISE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DO DIREITO À IMAGEM E À PRIVACIDADE	56
4.1	A veracidade do fato	61
4.2	O interesse público na divulgação.....	62
4.3	A licitude do meio e local de obtenção da informação.....	64
4.4	A condição de personalidade pública ou privada do sujeito objeto da informação.....	68
4.5	A preferência por sanções <i>a posteriori</i>	75
4.6	Casos concretos	75
4.6.1	<i>Caso Charlie Hebdo</i>	75
4.6.2	<i>Caso Lüth</i>	76
4.6.3	<i>Caso Ellwanger</i>	77
4.6.4	<i>Caso Maitê Proença</i>	77
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
	REFERÊNCIAS	83

1. INTRODUÇÃO

Em função dos diversos meios de comunicação existentes, a sociedade está cada vez mais interligada. Com isso, as informações se propagam de forma mais célere, o que acaba dificultando o controle sobre estas. Pode-se dizer que estamos inseridos, e talvez até refêns, do chamado “mundo virtual”, espaço este que tem transformado a vida humana.

Admite-se que a “sociedade em rede” diz respeito a uma nova estrutura social, tendo seu funcionamento amparado e dependente das tecnologias digitais de informação e de comunicação. O mundo virtual é extenso e atraente, possuindo uma imensa variedade de ferramentas de celeridade no trâmite de informações, tais como as inúmeras redes sociais: *FACEBOOK*, *TWITTER*, *INSTAGRAM*, *SNAPCHAT*. Estas são verdadeiras páginas virtuais nas quais é possível manifestar pensamentos e opiniões, sendo então instrumentos de grande importância para o direito fundamental da liberdade de expressão. Tomando como um dos canais de comunicação estas redes sociais, a liberdade de manifestação de pensamento tem ganhado um espaço cada vez maior.

Liberdade de expressão é um direito fundamental protegido pela Constituição Federal, sendo vedado apenas o anonimato, conforme o artigo 5º, IV, da CRFB/88. É incontroverso que o referido princípio está intimamente ligado ao exercício da democracia, sendo essencial para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Acontece que a liberdade de expressão, assim como todos os outros direitos fundamentais, não deve ser considerada como um direito absoluto, mas sim relativo, pois é certo que o exercício deste direito não pode ofender nem prejudicar ninguém.

Tem-se que, quanto a este ponto, o exercício pleno da democracia exige a convivência harmônica entre a liberdade de expressão e o respeito à integridade biopsíquica dos indivíduos, premissas estas inseridas no âmbito dos direitos fundamentais à imagem e à privacidade. Não obstante, surge o questionamento: até que ponto esta convivência é harmônica?

É de bom alvitre destacar que tal indagação não possui apenas uma resposta correta, dando margem a muita discussão doutrinária. Incontroverso afirmar que, apesar de a liberdade de expressão ser fundamental para o exercício da democracia, ela

encontra freios, em busca da conservação dos direitos amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tais como o direito à privacidade e à imagem.

De acordo com o princípio da unidade constitucional, um dos vetores que rege a interpretação constitucional, não há hierarquia entre as normas constitucionais, estando todas no mesmo patamar de relevância. Com isso, é possível concluir que não há direitos constitucionais “mais importantes” que outros. No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais possuem o status de cláusulas pétreas, previstos no artigo 60, §4º,IV da CRFB/88. Assim, havendo conflito entre dois direitos constitucionalmente amparados, não se pode simplesmente dizer que um direito deve prevalecer sobre o outro, pois, tendo em vista a ausência de hierarquia entre eles, não é possível se estabelecer uma regra pura e simples que sirva como parâmetro, sendo essencial analisar o caso concreto para solucionar o embate.

O trabalho será realizado de forma descritiva-analítica, bem como se ocupará da investigação sobre o confronto entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e o direito à imagem e à privacidade, envolvendo uma pesquisa de tipo bibliográfica e documental, uma vez que a investigação será realizada e embasada em trabalhos publicados sob diversas formas. Buscar-se-á fundamentos em doutrinas nacionais e internacionais, artigos científicos, assim abordando direta ou indiretamente a temática do presente estudo.

Primeiramente, será feito um estudo, de forma geral, acerca dos direitos fundamentais, demonstrando as suas principais características, classificações, funções e delimitação conceitual. Além disso, será examinado de forma mais aprofundada a dignidade da pessoa humana, considerado valor axiológico basilar e norteador dos direitos fundamentais.

Feito isso, passa-se a examinar os direitos fundamentais em espécie que serão abordados no trabalho, quais sejam, o direito à liberdade de expressão, analisando seu conceito, evolução histórica e principais características, bem como o direito à imagem e à privacidade, utilizando-se, para tanto, de revistas, publicações especializadas e buscando demonstrar a importância de tais direitos na consolidação do Estado Democrático de Direito. Por fim, será analisado o conflito entre os direitos supracitados, utilizando-se de casos concretos, bem como as possíveis soluções para tal embate.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL, CARACTERÍSTICAS E ASPECTOS PRINCIPAIS

Direitos Fundamentais correspondem, basicamente, àqueles que o homem possui em face do Estado, direitos estes exigíveis numa ordem jurídica concreta. Assim, podem ser definidos como os direitos básicos do ser humano, um verdadeiro núcleo inviolável de direitos inerentes ao indivíduo. A origem dos direitos fundamentais ainda é um assunto que suscita muita discussão teórica. Por exemplo, há quem afirme que os direitos fundamentais são pré-positivos, decorrentes da natureza humana, como defendem os jusnaturalistas. Ao passo que os positivistas defendem a tese de que tais direitos são decorrentes das normas jurídicas derivadas da Constituição. Há ainda os que sustentam que os direitos fundamentais são obra da conquista por parte da humanidade, tese amparada pelo Realismo Jurídico. Ou seja, é de fácil deslinde observar que a origem dos direitos fundamentais não é uma temática pacificada na doutrina, pelo contrário, havendo assim várias correntes que divergem entre si acerca da matéria.

Outro ponto que merece destaque é a nomenclatura “*direitos fundamentais*”. Nem toda a doutrina que trata sobre o tema é partidária de tal expressão, havendo diversos vocábulos que tratam sobre a mesma questão. Alguns autores utilizam a expressão “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos humanos”, “direitos do Homem”. É certo que a nomenclatura que prevalece na doutrina é “direitos fundamentais”. Algumas críticas que são feitas às demais expressões correspondem ao seu respectivo alcance, tendo em vista que algumas restringem demais o argumento em questão, enquanto que outras são consideradas imprecisas.

Diante disso, merecem destaque duas das expressões supracitadas, quais sejam: “*direitos fundamentais*” e “*direitos humanos*”. Faz-se mister destacar que, com base na doutrina majoritária, as expressões não se confundem, pois correspondem a planos distintos, a primeira ao plano internacional e a segunda ao plano nacional, apesar de haver pontos em comum, como o fato de ambas possuírem a pessoa humana como núcleo protetor.

A expressão “direitos humanos” é mais adequada quando se quer tratar sobre o âmbito internacional, da humanidade em geral, tomando por base os tratados

internacionais, vide a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, ou seja, no âmbito do Direito Internacional. Sendo válido destacar a seguinte passagem de Natércia Siqueira (2014, p.6):

Os direitos humanos também são uma elaboração cultural do próprio homem, uma construção jurídica e discursiva com a finalidade de garantir a existência humana digna e harmoniosa, do ponto de vista social. Então está intrinsecamente ligado a uma concepção de “vida”, aqui entendida numa perspectiva abrangente, no sentido de ser necessário mais do que um mínimo material para lhe garantir a existência biológica, mas também proporcionar a cada um as condições de desenvolvimento pessoal (e coletivo) de sua capacidade de autonomia para escolher opções e tomar suas decisões com responsabilidade.

Nesta senda é interessante citar que a origem dos direitos humanos também é algo divergente no âmbito doutrinário, destacando-se duas principais correntes divergentes, uma entendendo que os direitos humanos constituem uma espécie de “novo rótulo” dos direitos naturais, tendo assim o mesmo conteúdo interno. Em contrapartida, a outra corrente defende que os direitos humanos advêm dos direitos morais, conforme afirma William Marques Júnior (2014, p.25):

Desta forma, existem duas posições antagônicas predominantes: para uma corrente doutrinária os direitos humanos surgiram a partir dos direitos naturais, ao passo que para outros autores, os direitos humanos fundamentam-se nos direitos morais. A primeira linha de entendimento é perfilhada por Ricardo Lewandowski e Norberto Bobbio, ao passo que esta última corrente filia-se Robert Alexy.

De outra parte tem-se que a nomenclatura “direitos fundamentais” corresponde a algo mais restrito, ou seja, a assuntos internos de um determinado ordenamento jurídico. Correspondendo a direitos positivados em uma Constituição, como a Constituição Federal de 1988, sendo direitos reconhecidos em um âmbito nacional. Corroborando com tal entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.35 e 36) defende o caráter espacial da norma como uma das principais diferenças entre direitos fundamentais e direitos humanos, senão vejamos:

Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’, guardaria relação como os documentos de Direito Internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

De acordo com o José Afonso da Silva, *direitos fundamentais do homem* constituem assim a expressão mais completa e acertada, haja vista envolver as prerrogativas necessárias para a convivência digna em um determinado ordenamento jurídico, tendo por isso um caráter fundamental, pois é essencial para a existência humana em sociedade, sem os quais não seria possível haver uma convivência harmônica. Já o caractere “*do homem*” diz respeito ao fato de estes direitos possuírem como titulares todos os homens, referindo assim ao homem numa dimensão ampla, qual seja, dimensão de pessoa humana.

A tutela dos direitos fundamentais do homem vai muito além do âmbito *esfera privada versus esfera pública estatal*, pois não se resume à mera limitação dos poderes estatais, mas sim ao papel da soberania popular em tal limitação. Com isso, pode-se dizer que o princípio da soberania popular equivale a uma verdadeira e poderosa fonte para tais direitos.

2.1. Características dos direitos fundamentais

A Constituição Federal traz um vasto leque de direitos fundamentais, que estão concentrados na Parte I da CRFB/88, mas vale ressaltar que não corresponde a um rol taxativo, pois ao longo de todo o texto constitucional há outras espécies de direitos constitucionais, que são conhecidos como direitos fundamentais dispersos (CANOTILHO, 2011, p. 404-405). Além disso, segundo Carl Schmitt, os direitos fundamentais correspondem essencialmente aos direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. Faz-se mister destacar, também, a seguinte passagem da obra de Paulo Bonavides (2007, p. 562):

Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali “direitos naturais, inalienáveis e sagrados”, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Tomando por base o trecho supracitado, é possível destacar algumas das principais características inerentes aos direitos fundamentais, tais como: historicidade; relatividade; imprescritibilidade; inalienabilidade; irrenunciabilidade; inviolabilidade; universalidade; efetividade; interdependência e complementaridade.

Diz-se que os direitos fundamentais têm a historicidade como uma de suas características, haja vista que eles são fruto de uma evolução histórica. Pode-se dizer que não existe um rol taxativo e igualitário de direitos fundamentais para toda a

humanidade, muito pelo contrário, pois tal rol vai depender do contexto em que está inserido, pois o que em um determinado lugar for considerado direito fundamental não necessariamente é também considerado em outra localidade. O mesmo vale para a época, ou seja, em um mesmo lugar, porém em épocas distintas, porquanto possa haver direitos fundamentais diversos. Com isso, é de fácil constatação que os direitos fundamentais variam de acordo com o contexto temporal em que estão inseridos, bem como em relação ao respectivo âmbito territorial.

Nenhum direito é absoluto. Tomando como base tal premissa, pode-se dizer que nenhum direito fundamental é absoluto, pois estes podem ser relativizados. Com isso, chega-se a mais uma característica dos direitos fundamentais, qual seja, a relatividade, também conhecida como limitabilidade. De acordo com esta, é certo dizer que os direitos fundamentais podem sofrer certas limitações, como no caso de conflitos entre direitos, neste caso não há uma fórmula certa para solucionar o problema, sendo necessária a análise do conflito no caso concreto.

Havendo um conflito efetivo entre direitos fundamentais, como é o caso do conflito entre liberdade de expressão e direito à privacidade e à imagem, que será posteriormente abordado no presente trabalho, pode-se valer do método da *ponderação* para solucioná-lo, ou seja, faz-se um sopesamento entre os direitos que estão em conflito, para assim decidir qual deles deverá prevalecer no caso em concreto. Mas vale frisar que um direito não deve anular o outro por completo, pois não há de acontecer o sacrifício total de um direito em detrimento de outro, conforme afirma Alexandre de Moraes (2012, p.31):

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Um exemplo da relatividade dos direitos fundamentais pode ser visto na hipótese de pena de morte no Brasil. É incontroverso afirmar que o direito à vida é um dos mais importantes, senão o mais, direito fundamental. Porém, tal direito poderá sofrer limitação e ser relativizado, como na hipótese contemplada pelo artigo 5º, XLVII, da CRFB/88 (pena de morte em caso de guerra formalmente declarada), o que mostra que nenhum deles possui um caráter absoluto.

Direitos fundamentais estão intimamente ligados ao homem e à sua respectiva garantia, com o objetivo de prover àquele uma vida digna e pautada na liberdade e na igualdade da pessoa humana. (SILVA, 2016, p. 179).

Pode-se afirmar que estes direitos não possuem um conteúdo econômico-patrimonial, pois o seu foco não está no caráter pecuniário, mas sim na pessoa humana. Alicerçado nisto, tem-se mais uma característica dos direitos fundamentais, qual seja, a inalienabilidade, pois tais direitos, conforme defende José Afonso da Silva, são intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis.

A imprescritibilidade corresponde a mais uma das características dos direitos fundamentais. Implica que tais direitos não se perdem pelo simples transcurso de lapso temporal, pois serão *sempre* exigíveis, tendo-se em José Afonso da Silva (2016, p.181) que: “se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.”

Faz-se mister destacar que a imprescritibilidade não se impõe válida para todos os direitos fundamentais, havendo exceções, como o exemplo clássico do direito à propriedade, direito constitucionalmente protegido, conforme art. 5º, XXII, da CRFB/88. Nesse caso, o direito não será imprescritível, pois ao passar um lapso temporal considerável sem utilizar-se deste direito, pode-se perdê-lo por meio do instituto da usucapião, dados alguns pressupostos legais.

Em que pese a essencialidade dos direitos fundamentais para a dignidade da pessoa humana, seus titulares não podem deles dispor da forma que lhes aprouver, sendo vedada, via de regra, a sua renúncia, denotando a sua irrenunciabilidade. Destarte, tal característica é passível de relativização, pois há casos excepcionais em que o titular do direito poderá perdê-lo de forma temporária, mas sempre em consonância com a dignidade da pessoa humana.

Diante deste contexto, pode-se citar como exemplo o caso dos *Reality Shows*. Tais programas visam ao entretenimento televisivo por meio da divulgação (sendo mais cabível a expressão *exposição*) de indivíduos em convivência dentro de um determinado ambiente. No Brasil, destaca-se o famoso e polêmico *Big Brother Brasil*, no qual um determinado grupo de participantes fica confinado em uma casa inteiramente monitorada por câmeras, vinte e quatro horas por dia, havendo uma

verdadeira renúncia, de forma temporária, dos direitos da personalidade, com destaque ao direito à imagem e à privacidade.

Tendo em vista os direitos fundamentais serem garantidos constitucionalmente, pode-se afirmar que eles são invioláveis, pois precisam ser sempre levados em consideração, tanto pelas autoridades, quanto pelas leis que estiverem abaixo da Constituição. Sendo assim, acaso havendo um ato administrativo, por exemplo, que ofenda ou viole algum direito fundamental, deve ele ser considerado nulo, ensejando ainda, possivelmente, a responsabilização de quem o praticou, correspondendo assim a uma forma de garantia da segurança jurídica.

Partindo da premissa que os direitos fundamentais são intrínsecos à condição de ser humano, pois são aqueles direitos básicos e essenciais para a dignidade da pessoa humana, faz-se necessário que toda a coletividade seja titular de tais direitos, ou seja, todos os membros da coletividade hão de ser sujeitos ativos daqueles, sem restrições, embasando-se, assim, no princípio basilar da isonomia. Fundado no exposto, tem-se o caráter universal dos direitos fundamentais, ou seja, a sua universalidade.

É essencial frisar que os direitos fundamentais dependem uns dos outros, desenvolvendo uma relação simbiótica, não devendo assim ser considerados de forma estanque, mas sim como um conjunto de direitos essenciais à vida humana, destacando-se que não há hierarquia entre estes. A partir disso, é possível concluir mais uma característica: a complementaridade dos direitos fundamentais.

A interdependência destes direitos diz respeito à forma como eles se relacionam com o mundo afora, ou seja, além do “conjunto” direitos fundamentais. É providencial que haja uma relação harmônica entre este núcleo de direitos com as normas que regem o ordenamento jurídico vigente, tanto as normas previstas na Constituição bem como as infraconstitucionais, esperada uma perfeita realização concreta deles.

Partindo deste ponto, tem-se mais uma característica, qual seja, a efetividade. De nada valeria que os direitos fundamentais fossem previstos constitucionalmente mas não exigidos. A efetividade do direito é, pois, característica fundamental, sendo essencial o seu funcionamento prático. Para isso, o papel do Estado é de extrema importância, devendo este atuar para garantir a eficácia dos direitos

garantidos na Constituição, podendo até valer-se de meios coercitivos para assegurar o seu cumprimento.

2.2. Classificação dos direitos fundamentais

Ao estudar direitos fundamentais, inevitável é não pensar nas *dimensões de direitos fundamentais*, que se dividem, classicamente, em três gerações, havendo quem entenda em até cinco dimensões.

Os direitos de primeira dimensão são direitos individuais, pois tutelam as liberdades do homem, sendo este o centro de proteção, por meio dos direitos civis, políticos e públicos, tais como a vida e a liberdade de locomoção, por exemplo. Além disso, correspondem basicamente à atuação negativa do Estado, ou seja, a um “*não-fazer*” estatal. Paulo Bonavides (2007, p.563-564) define com clareza o núcleo essencial desta dimensão:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades os atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Os direitos de primeira dimensão estão presentes em alguns documentos de extrema importância no âmbito jurídico, quais sejam, *Bill of Rights*, Declaração de Virgínia (1716) e Declaração Francesa (1789).

Em contrapartida, tem-se que os direitos de segunda dimensão são predominantemente coletivos, sendo um verdadeiro “olhar” do Estado para os hipossuficientes. Pode-se dizer assim que os direitos desta dimensão estão intimamente relacionados ao princípio da igualdade. Correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais, tendo como exemplo o direito à saúde, ao trabalho, à educação, dentre outros. Documentos como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 destacam-se nesta segunda dimensão.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são bem mais amplos que as supracitadas, pois não vão tutelar apenas o indivíduo ou uma determinada coletividade, indo além disso, correspondendo aos direitos difusos, os quais, Paulo Bonavides (2007, p. 569), “têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Equivalem aos direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado, dentre outros, tendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 como documento marcante de tal dimensão.

Há ainda quem defenda que as gerações não param por aí, existindo também quarta e quinta dimensões, como preleciona Paulo Bonavides. De acordo com seu entendimento a quarta dimensão dos direitos fundamentais seria fruto da globalização, bem como estaria ligada aos avanços tecnológicos e à ciência, sendo exemplos o direito à informação, à democracia e ao pluralismo. Corroborando com o exposto, afirma Bonavides (2007, p. 571): “deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.” Já a quinta dimensão estaria ligada à paz mundial, no sentido de valorizar e amar todas as formas de vida.

O Título II da Constituição Federal de 1988 traz os Direitos e Garantias Fundamentais dividindo-os em cinco partes, quais sejam: Direitos e Garantias Individuais e Coletivos (art. 5º); Direitos Sociais (art. 6º a 11); Direitos de Nacionalidade (art. 12); Direitos Políticos (art. 14) e Direitos de Criação, Organização e Participação em Partidos Políticos (art. 17). Tal é a classificação legal dos direitos fundamentais adotada pelo legislador constituinte.

Os Direitos Individuais e Coletivos são aqueles que se referem, basicamente, à proteção da pessoa humana e sua personalidade, tendo como espécies o direito à vida, à liberdade, à imagem, dentre outros. É certo que esses direitos não se resumem apenas aos direitos dispostos no art. 5º da CRBF/88, sendo estes um rol meramente exemplificativo e não taxativo, pois na Constituição há vários direitos individuais e coletivos especificados.

Os Direitos Sociais estão ligados ao conceito de igualdade material, haja vista que eles têm como escopo melhorar a condição de vida das pessoas, em destaque os hipossuficientes, diminuindo assim a desigualdade social. Há quem afirme que tais direitos são verdadeiras liberdades positivas, conforme entende o jurista José Afonso da Silva (2016, p. 288 e 289):

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos

direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Os direitos de nacionalidade vão versar sobre os fundamentos de aquisição de nacionalidade, seja ela primária ou secundária. Pode-se definir nacionalidade como o vínculo jurídico que liga alguém a certo e determinado Estado, fazendo componente do povo e titular de direitos e obrigações. Mas vale ressaltar que nacionalidade não se confunde com cidadania, sendo aquela um vínculo jurídico e civil, ao passo que esta corresponde ao exercício dos direitos políticos. Nas palavras de José Afonso da Silva (2016, p.323): “Nacional é o brasileiro nato ou naturalizado, ou seja, aquele que se vincula, por nascimento ou naturalização, ao território brasileiro. Cidadão qualifica o nacional gozo dos direitos políticos e os participantes da vida do Estado.”

Direitos Políticos estão intimamente ligados à idéia de soberania popular, que corresponde, de forma simples, ao *poder nas mãos do povo*. Pode-se dizer que os direitos políticos representam a exteriorização das vertentes democráticas estabelecidas na Constituição Brasileira, sendo assim a maneira que o povo irá exercer o seu poder. Faz-se mister destacar que o alistamento eleitoral corresponde à forma de aquisição de tais direitos, pois só assim a pessoa torna-se cidadão em pleno gozo dos direitos políticos.

Por último, tem-se os Direitos de Criação, Organização e Participação em Partidos Políticos. Com base na Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que os partidos políticos referem-se ao elo entre a vontade do povo e as manifestações políticas, sendo um instrumento essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

2.3. Funções dos direitos fundamentais

Diante da relevância dos direitos fundamentais, é incontroverso afirmar que estes exercem inúmeras funções dentro do ordenamento jurídico vigente, funções estas que evidenciam os escopos desses direitos na busca pela garantia da dignidade da pessoa humana.

De acordo com J.J. Gomes Canotillho (2003, p. 407 a 410) é possível destacar quatro funções dos direitos fundamentais, sendo: “função de defesa ou de

liberdade; função de prestação social; função de proteção perante terceiros; função de não discriminação.”

Analisando a função de defesa dos direitos fundamentais pode-se dizer que ela consiste, basicamente, na defesa da dignidade da pessoa humana em face do Estado, daí afirmar que os direitos fundamentais são verdadeiros direitos de defesa do homem. Esta defesa pode ocorrer tanto de forma positiva quanto negativa. Assim é que a liberdade de expressão é uma liberdade positiva, tendo em vista que o cidadão tem o direito constitucionalmente protegido de expressar sua opinião, ao passo que esta liberdade de expressão há de ser feita sem impedimento do Estado, correspondendo a uma liberdade negativa por parte do Poder Público.

A função de prestação social pode ser definida como o direito de prestação social por parte do Estado, ou seja, corresponde ao fato de o indivíduo obter por parte do Poder Público prestações sociais, tais como as relativas à saúde e educação.

No âmbito da proteção perante terceiros, o Estado irá precisar tomar atitudes assecuratórias dos direitos fundamentais, ou seja, precisará proteger o exercício de direitos fundamentais em face de medidas lesivas tomadas por terceiros, por meio de medidas positivas. Indo além de uma *função*, sendo um verdadeiro *dever*.

Já a função de não discriminação visa assegurar uma igualdade de tratamento por parte do Estado em relação aos cidadãos, pautando-se no princípio da igualdade.

2.4. A dignidade da pessoa humana e suas repercussões hermenêuticas

De acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva (2016, p.107), sabe-se que a dignidade da pessoa humana corresponde a um *valor que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida*. Com base no exposto, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana corresponde a um princípio fundamental, basilar no ordenamento jurídico, pois tem como objetivo assegurar ao indivíduo um mínimo existencial, ou seja, um mínimo de direitos e garantias que preservem e valorizem sua condição de ser humano, sem os quais a sua própria existência estaria ameaçada. Constitui assim um verdadeiro norte aos direitos fundamentais, pois todos estes tem como escopo a garantia desta dignidade, conforme afirma José Afonso da Silva (2016, p. 107):

A ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art.205) etc, não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana diz respeito a um verdadeiro *mínimo existencial*, pois equivale àquele mínimo referente ao homem, apenas pelo fato de sua condição como pessoa humana, independente do contexto no qual ele está inserido. Além disso, tem como fundamento jurídico a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU). (FARIAS, 1996, p. 50). Em seu art. 1º tem-se: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Tendo em vista a grande importância da dignidade da pessoa humana dentro no ordenamento jurídico brasileiro, surge um questionamento essencial: seria este um direito absoluto? Seria um direito inviolável?

À primeira vista, conta-se com o caráter absoluto e inviolável da dignidade da pessoa humana, tendo em vista corresponder a um fundamento da República, devendo sempre prevalecer nas relações *indivíduo versus sociedade e Poder Público*, exatamente por conta da vulnerabilidade do indivíduo, devendo ser assim protegido com base na dignidade da pessoa humana. Ocorre que tal princípio não se limita a reger tais relações, indo muito além, haja vista que deve reger as relações interindividuais, ou seja, indivíduo *versus* indivíduo. Ressalte-se que nesse tipo de relação ambas as partes estarão em situação igualitária, não havendo nenhum deles em situação de vulnerabilidade face ao outro, pelo contrário, ambos possuem os mesmos direitos e tem os mesmos deveres. (SARMENTO, 2006, p.140). Com isso, não há como um direito sempre prevalecer sobre o outro, tendo em vista a situação de paridade entre as partes. É exatamente num tal contexto em que se pode apregoar a relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois tal situação de conflito só poderá ser resolvida com base na ponderação.

Nesta seara se faz interessante destacar, em caráter de adendo, três teorias que versam sobre os direitos fundamentais, quais sejam: a da reserva do possível, a do mínimo existencial e a da máxima efetividade. Porém a teoria da reserva do possível visa proteger os interesses da Fazenda Pública, tendo em vista os limites orçamentários,

a atuação estatal, por meio das políticas públicas, se dá de forma a atender a maior parte das necessidades coletivas, mas sabendo que é impossível atender a todas, faz-se mister a atuação pública se pautar em escolhas dos gestores estatais. Já a teoria do mínimo existencial diz respeito a um mínimo vital, sem o qual a condição humana ficaria ameaçada, além disso, “surge implícita no Texto Constitucional como corolário axiológico do princípio da dignidade humana”. Quanto à teoria da máxima efetividade, pode-se dizer que ela tem como escopo pautar a atuação do estado, no que tange aos direitos fundamentais, da maneira mais eficaz possível, ou seja, dando a maior concretude possível aos referidos direitos. (MARQUES JUNIOR, 2014, p. 20, 22, 26)

Impõe-se destacar ainda o pensamento de Robert Alexy (2008, p. 111 a 114) quanto à inviolabilidade da dignidade da pessoa humana. Ele defende o entendimento de que este direito está sendo tratado como absoluto advém do fato de *a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio*. É certo que se tem um alto grau de certeza de que o princípio da dignidade humana irá prevalecer no caso de colisão com outro princípio, tendo em vista a vasta importância daquele, mas isso não o faz absoluto, mas apenas justifica uma *precedência* em favor da dignidade humana. Noutro compasso, a norma em seu caráter de regra, o que teria tal caráter absoluto, nas palavras de Alexy (2008, p.113): “não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência.”

A dignidade da pessoa humana possui amparo no texto constitucional brasileiro, correspondendo a um fundamento da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º, inciso III, *in verbis*:

Art 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III – a dignidade da pessoa humana;

Mostra-se então segura a dedução de que o princípio ora em análise é um verdadeiro valor inerente à condição de ser humano, sendo mesmo essencial para a sua existência. Tendo em vista a sua essencialidade no ordenamento jurídico brasileiro, surge o possível questionamento: como se dá a garantia da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana? A resposta não é de difícil percepção, haja vista que esta garantia se instaura exatamente nos direitos fundamentais, sendo estes os verdadeiros

garantidores da dignidade da pessoa humana, o que ratifica a íntima ligação entre estes. Conforme afirma Ingo Wolfgang Sarlet: (2016, p. 87).

(...) a dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

O referido autor defende que a dignidade da pessoa humana diz respeito a uma qualidade inerente a todo indivíduo, bem como a um “valor próprio que identifica o ser humano como tal.” (SARLET, 2015, p. 49).

Diante do exposto, é possível perceber que a dignidade da pessoa humana exerce dentro no ordenamento jurídico brasileiro um papel unificador dos direitos fundamentais, bem como lhes garante coerência, correspondendo a uma fonte jurídica positiva para estes, tendo em vista que os direitos fundamentais vão guiar sua atuação visando à garantia, à proteção e à efetividade da dignidade da pessoa humana, base axiológica dos direitos fundamentais. (FARIAS, 1996, p. 54).

Outro papel fundamental exercido por este princípio consiste na sua interferência na atuação estatal, sendo defendido por Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 47):

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexas dimensão defensiva e prestacional da dignidade.

Diante disso, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é valor que irá guiar a atuação do Poder Público, sendo um verdadeiro limitador desta, com isso, é possível dizer que se constitui fundamento intrínseco ao Estado Democrático de Direito. Haja vista que a atuação do Poder Público deve ser sempre pautada na proteção e respeito à dignidade da pessoa humana, sendo vedado qualquer tipo de atuação que ultrapasse a barreira do razoável e proporcional quanto à preservação das garantias inerentes à condição do homem.

2.5. O caráter principiológico dos direitos fundamentais

Robert Alexy se destaca neste cenário com sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, na qual aborda a situação de conflito entre regras e colisão entre

princípios, defendendo soluções pautadas na dimensão de validade e dimensão de peso, respectivamente. No caso de conflito entre regras, sustenta-se que uma delas vai prevalecer sobre a outra, havendo uma espécie de “tudo ou nada”, pois de acordo com o pensamento de Alexy, regras são aplicadas apenas de forma integral, aplicando-se inteiramente ao caso ou não, sendo assim, apenas uma delas será considerada válida para regular a situação, conseqüentemente a outra será excluída. Em paralelo, quando se der a colisão entre princípios, a solução não se dá de forma tão simples, pois irá depender do caso concreto e suas respectivas circunstâncias, sendo necessário adotar-se a “técnica da ponderação de princípios”, sendo certo que, ao fazer esta valoração na dimensão dos respectivos pesos, faz-se mister preservar o máximo dos dois princípios conflitantes.

Alexy defende o caráter principiológico das normas de direito fundamental, com base na diferenciação da solução de conflito entre regras e colisão entre princípios. De acordo com o pensamento do alemão, o conflito entre regras pode ser solucionado por meio de uma cláusula de exceção ou por meio da declaração de invalidade de uma das regras, de modo que com isso, a regra considerada inválida estaria excluída do ordenamento jurídico. Noutra medida, tem que a colisão entre princípios não pode ser solucionada da mesma maneira, haja vista que ela não será feita na seara da validade, mas sim na dimensão do peso, em outras palavras, na eficácia do princípio no caso concreto. (ALEXY, 2008, p. 94).

Sendo assim, é certo admitir que dois direitos fundamentais considerados válidos em um ordenamento jurídico podem colidir. Com isso, não se faz possível a solução adotada para o conflito entre regras, pois não há como simplesmente excluir um dos direitos fundamentais, mas apenas relativizá-lo no caso concreto, através de um juízo de ponderação ou, simplesmente, de sopesamento. Com base na solução adotada para o conflito entre dois direitos fundamentais se faz possível concluir o caráter principiológico destes.

Entende-se que os direitos fundamentais possuem um caráter principiológico. Com isso a solução adotada para o colisão entre dois ou mais direitos fundamentais válidos e constitucionalmente previstos na Constituição Federal deverá ser feita por meio da técnica do sopesamento (*balancing*), parte assim da relativização de um deles em virtude das circunstâncias do caso concreto, pois não é possível

estabelecer uma relação de precedência previamente constituída à rota de colisão. Com o escopo de tentar resolver tal questão, Robert Alexy (2008, p. 94 a 103) desenvolveu a chamada “*lei de colisão*”:

“Levando em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem prevalência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária.”

Depreende-se desta lei de colisão que é estabelecida uma relação de precedência condicionada entre os princípios, levando em consideração as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITO À IMAGEM E À PRIVACIDADE COMO CONQUISTAS DEMOCRÁTICAS

A etimologia da palavra democracia advém grego *demokratío*, que pode ser dividida em duas partes essenciais: *demos* e *kratos*. Traduzindo *demos* para a língua portuguesa temos o conceito de povo, ao passo que *kratos* consiste em poder. A partir disso chegamos à conclusão que o termo democracia significa, em simples e sintéticas palavras, que “o poder emana do povo.”

É de fácil percepção que o conceito de democracia não para por aí, sendo um conceito bem mais profundo e de origens históricas antigas. A Ciência Política se encarrega de estudar as mais diferentes formas de governo existentes em uma sociedade. Aristóteles, em sua obra *Política*, se destaca nesse estudo por meio de seus critérios de classificação das formas de governo. Segundo ele é possível se dividir em dois grandes grupos, quais sejam, as formas puras e as impuras. O primeiro grupo se subdivide em *monarquia*, na qual o governo está nas mãos de um só; *aristocracia*, na qual o governo está nas mãos de vários; e *democracia*, o governo do povo, como já foi dito anteriormente. Quanto ao segundo grupo, o das formas impuras de governo, subdivide-se em *tiranía*, *oligarquia* e *demagogia*. Estas três últimas correspondem a formas opostas às três primeiras, respectivamente.

A ausência de preconceito e de discriminação é essencial para caracterizar um ambiente democrático, haja vista que a democracia pressupõe igualdade entre as pessoas, tanto no âmbito civil, quanto no âmbito social. Esta igualdade se faz presente através da supressão de uma instância superior a quem se possa recorrer, pois como é sabido, na forma de governo em questão, o poder não vem de cima para baixo, pois não se dá de uma forma impositiva, mas pelo contrário, o poder advém do próprio povo. Pode-se dizer que a democracia representa um verdadeiro ideal de convivência, pois com base naquela, a convivência ocorre da forma mais pacífica possível, sempre tendo o diálogo como uma importante, até mesmo essencial, forma de garantir tal harmonia social. (MORAES, 2010, p. 210 e 211).

A democracia consiste em um regime político em que o poder vai emanar da vontade do povo, sendo este o verdadeiro governante. De acordo com José Afonso da Silva (2016, p.128), pode-se definir democracia como um *processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da*

história. Complementa sua definição dizendo: *a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo*. Com base no exposto, não é difícil concluir que nessa forma de governo o povo ocupa o lugar de maior destaque, sendo o verdadeiro protagonista, pois tudo há de ser feito em função dele, ou seja, visando ao bem comum, conforme a emblemática frase de Abraham Lincoln: *a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo*. Esta pode ser considerada como uma síntese do princípio democrático, sendo a Fórmula de Lincoln *um modo de justificação positiva da democracia*, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho. (2003, p.287).

Faz-se mister destacar a seguinte passagem de José Afonso da Silva (2015, p. 133):

A democracia, em verdade, repousa sobre dois *princípios fundamentais* ou *primários*, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da *soberania popular*, segundo o qual *o povo é a única fonte do poder*, que se exprime pela regra de que *todo o poder emana do povo*; (b) a *participação, direta ou indireta, do povo no poder*, para que este seja efetiva expressão da *vontade popular*; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da *representação*.

Nessa toada, é possível afirmar que a democracia se divide em três diferentes tipos, quais sejam: *direta, indireta ou representativa e semidireta*. Em apertada síntese, pode-se definir a *democracia direta* como aquela na qual o povo exerce ativa e diretamente o poder, é dizer, sem representantes, através de votações e discussões acerca de seus próprios interesses. Esse tipo de democracia era comum na Grécia Antiga, na qual o povo, por meio de assembleias populares, reunia-se na *Ágora* para exercer diretamente o poder governamental. Já a *democracia indireta*, também conhecida como representativa, tem o povo como fonte primária do poder, porém não irá exercer o poder de forma direta, em virtude de circunstâncias impeditivas, tais como a vasta extensão territorial do local que precisa ser governado, por exemplo. Com isso, haverá uma outorga de poderes ou de funções governamentais do povo para seus representantes, os quais serão eleitos, através do voto, por aqueles. Em sendo assim, no caso da democracia indireta, o povo irá participar, sim, apenas de forma indireta e periódica, pois tal participação se dará por meio das eleições. Por último, tem-se a *democracia semidireta*, na qual há uma verdadeira mistura dos dois tipos abordados anteriormente, pois nela o povo irá participar de forma indireta, por meio das eleições, nas quais escolherá seus representantes por meio do voto, porém serão permitidas, de

forma esporádica, participações diretas do povo, através de institutos como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

Um elemento essencial e caracterizador da democracia consiste exatamente no exercício do direito à liberdade de expressão. Pode-se dizer que este direito fundamental é uma espécie de corolário do Estado Democrático de Direito, pois na ausência deste direito a democracia estaria correndo um sério risco de sucumbir e dar espaço a regimes ditatoriais, nos quais a censura e as restrições à liberdade de expressar seus pensamentos e opiniões são bastante presentes. É fato incontroverso o de que, com o advento da internet, e posteriormente a difusão em massa das redes sociais, a liberdade de expressão foi maximizada, o que contribuiu de forma positiva para uma maior consolidação da democracia. J.J. Gomes Canotilho (2003, p.1419) aborda em sua obra *Direito Constitucional e Teorias da Constituição*, a chamada democracia eletrônica ou democracia digital, na qual há a introdução de novos métodos de expressão da vontade do povo, através das modernas técnicas de comunicação. Ressalte-se a seguinte passagem: “os métodos dialógico-democráticos e a participação activa através de sistemas eletrônicos (via Internet) exigirão a observância de princípios como os da universalidade e da igualdade.”

No âmbito internacional, pode-se tomar como exemplo a Constituição Colaborativa da Islândia, de 2012, na qual o povo participou ativamente de seu processo de formação por meio das redes sociais. Isso mostra que através da Sociedade de Informação a democracia tem se solidificado cada vez mais, bem como se tornado mais colaborativa, tendo em vista que, por meio das redes sociais, todos têm ficado mais próximos e conseqüentemente, a voz do povo tem tido mais força.

No Brasil, destacam-se as manifestações políticas ocorridas em 2013, também conhecidas como *Manifestações dos 20 centavos*. Estas foram organizadas sem um líder específico, através das redes sociais, aonde se foram mobilizando diversos seguimentos, até que se tomou uma proporção gigantesca, tendo enorme repercussão não somente no âmbito nacional, mas também no internacional, na qual protestos espalhados por todo o território nacional reivindicavam, prioritariamente, a redução da tarifa de ônibus, bem como diversas mudanças políticas no âmbito do governo. Ademais, diversos outros movimentos políticos, organizados pelas redes sociais, ocorreram ao longo dos anos de 2014 e 2015, com conotação mais política e

manifestações contra o Governo Federal, buscando o impeachment de Dilma Rousseff. Outro movimento organizado por meio das redes sociais que obteve uma grande repercussão foi a manifestação “anti-governo” de março deste ano, na qual no dia 13 de março de 2016, cerca de 3,3 milhões de pessoas foram às ruas, em pelo menos 250 cidades do país, manifestar contra o governo Dilma Rousseff, requerendo o *impeachment* da presidente, dentre outras reivindicações, tais como a prisão da ex-presidente Lula. O movimento que obteve maior destaque nas cidades do Brasil foi o ocorrido na Avenida Paulista, na cidade de São Paulo, segundo os dados obtidos pelo Datafolha, 500 mil pessoas foram às ruas protestar.

Acontecimentos de notória repercussão nacional fazem ver o valioso papel que as redes sociais tiveram, e tem tido, na solidificação da democracia, tendo em vista que por meio daquelas, um volume cada vez maior de cidadãos se une a fim de manifestar seus pensamentos e opiniões, fazendo suas reivindicações, mostrando a força da voz do povo, através de sua participação ativa e direta nos mais diversos movimentos sociais e políticos. Em tais contextos, obriga-se o Poder Público a ter uma atuação mais transparente e compromissada com a sociedade.

Apesar de ser um direito fundamental à democracia, a liberdade de expressão não é absoluta, pois encontra limites, como a vedação à censura, visando à preservação dos direitos alheios, tais como os direitos à imagem e à privacidade, haja vista que em muitos casos há uma colisão entre direitos fundamentais, estando de um lado a liberdade de informação, amparada pela liberdade de expressão, ao passo que na outra faceta encontram-se os direitos da personalidade.

Um exemplo de confronto entre direitos fundamentais pode ser apreendido em um caso que repercutiu por todo o País, principalmente por meio da mídia social das redes sociais: a foto de uma família, acompanhada de sua babá, durante as manifestações opositoras ao governo Dilma, no dia 13 de março de 2016. Ao analisar a foto de primeira vista é possível que conclusões precipitadas surjam, como foi o caso de muitas críticas, que se propagaram nas redes sociais, a respeito da respectiva foto. Críticas, a maioria infundada, que ultrapassam a barreira da liberdade de expressão e direito de opinião, atingindo o direito à imagem e à privacidade alheia, como os próprios protagonistas da foto relataram. A babá, Maria Angélica Lima, de 45 anos, manifestou-se e disse: “me senti exposta, acordei e vi minha cara no jornal, foi um

susto”. Já o patrão de Angélica, Cláudio Pracownik, também se manifestou quanto à polêmica foto protagonizada por ele e sua família, afirmando ser uma “exposição de privacidade”.¹

3.1. O direito à liberdade de expressão

A liberdade de expressão constitui um direito essencial para a afirmação e consolidação do Estado Democrático de Direito, sendo válido ressaltar que neste há uma proteção jurídica aos direitos humanos e garantias constitucionais, como é definido nas palavras de José Afonso da Silva (2016, p. 122):

[...] como tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.

O Estado Democrático de Direito tem como fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social. Além disso, visa à erradicação ou, pelo menos, à diminuição das desigualdades sociais e regionais, com o escopo de melhorar a qualidade de vida dos que vivem no País. (MORAES, 2010, p.239).

Além disso, a liberdade de expressão é um direito fundamental amparado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos IX e XIV, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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

Diante do incisos supracolacionados, é possível concluir que o inciso IX visa assegurar o direito à liberdade de expressão para aquele que está emitindo a informação, informação esta dos tipos especificados na lei, quais sejam, intelectual, artística, científica e de comunicação. Observando o inciso XIV, a garantia ali

¹ ALMEIDA, Gustavo de. Protagonista de foto polêmica com babá em protesta, vice do Flamengo desabafa. **Extra Globo**. Disponível em: < <http://extra.globo.com/noticias/brasil/protagonista-de-foto-polemica-com-baba-em-protesto-vice-do-flamengo-desabafa-18866755.html>>. Acesso em: 07 mai.2016.

assegurada tem como destinatário aquele que irá receber a informação, protegendo o direito fundamental de acesso à informação.

Pode-se dizer que liberdade de expressão corresponde ao direito que o indivíduo possui de manifestar seu pensamento e opinião acerca dos mais diversos assuntos ou pessoas. Vale ressaltar que o direito ora em análise garante a proibição de censura prévia à liberdade de expressão, conforme o artigo 220 da CRFB/88:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...)

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

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

Dada a literalidade dos termos da Lei, é possível perceber que o exercício do direito à liberdade de expressão não está vinculado a um controle prévio sobre o mérito da manifestação de opinião e do pensamento para haver, posteriormente, sua divulgação. Mas isso não significa dizer que o direito ora em questão seja absoluto, tendo em vista que a vedação à censura não exclui a possibilidade de o Poder Judiciário exercer um controle sobre a liberdade de expressão, até porque o Poder Público tem como obrigação garantir o respeito aos demais direitos fundamentais com guarda constitucional, com o escopo de evitar que haja lesão ou ameaça de lesão ao direito alheio. Isso ocorre em função do princípio da unidade constitucional, que mostra que não há hierarquia entre os direitos previstos na CRFB/88, tendo todos o mesmo *status* constitucional, bem como em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui um fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme o disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal, haja vista que deste princípio tem origem a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assunto que será abordado posteriormente no presente trabalho.

O direito fundamental à liberdade de expressão constitui um dos direitos que mais merece destaque na sociedade democrática, pois, como está apregoado, na sua ausência instaura-se praticamente um regime ditatorial, haja vista que o direito de expressar a opinião, tendo voz diante da sociedade, equivale a um instrumento caracterizador do Estado Democrático de Direito. Com base nisso, é que Norberto

Bobbio (2000, p. 10) defende a ideia de que o direito à liberdade de expressão é a regra do Estado brasileiro, apenas em casos excepcionais sendo possível o cerceamento deste direito. Corroborando com a ideia de a liberdade de expressão como um elemento democrático tem-se as ponderações de Liliana Minardi Paesani (2013, p. 6; 8)

A reconquista da democracia fez renascer a vontade e o desenvolvimento da liberdade de informação, garantido um espaço livre. É louvável e pertinente o enunciado constitucional "...a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo...", como se o legislador tivesse clara a previsão do progresso tecnológico. (...) Pode-se afirmar que o grau de democracia de um sistema pode ser medido pela *quantidade e qualidade* de informação transmitida e pelo número de sujeitos que a ela tem acesso.

O direito à liberdade de expressão possui um histórico conturbado, com altos e baixos em relação a sua proteção e garantia constitucional no Brasil. Na Constituição Imperial de 1824, em seu art. 179, inciso IV, a liberdade de expressão foi assim introduzida na guarida constitucional: "*todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura.*" Na Constituição seguinte, de 1891, a liberdade de expressão permaneceu com proteção constitucional, porém sendo complementado com a vedação ao anonimato, tendo aí uma forma aumentar a proteção aos direitos alheios, bem como estabelecer limites à liberdade de manifestação de pensamento. Em 1934, a Constituição continuou avançando na garantia a tal liberdade, acrescentando então o direito de resposta, bem como a ausência de necessidade de licença do Poder Público para haver a publicação de livros e periódicos.

Com a instauração do Estado Novo, o direito à liberdade de expressão não apenas parou de avançar, mas regrediu, havendo um verdadeiro retrocesso na seara democrática. É que, com a outorga da Constituição de 1937, houve a centralização do poder nas mãos de Getúlio Vargas, constituindo o regime ditatorial, também conhecido como regime totalitarista, no qual o Estado tinha um controle vasto sobre liberdade de expressão, com inúmeras restrições, assim como a censura prévia da imprensa ou até mesmo a prisão por abusos no exercício deste direito. Nessa conjuntura teve-se como marco do pleno controle da manifestação de pensamento, por parte do governo, a criação do Departamento de Imprensa e Propaganda, criado em 1939. Em 1946, após o fim do Estado Novo, procurou-se restabelecer os direitos relativos à liberdade de expressão, com isso voltou-se a garantir os direitos previstos na Constituição de 1934.

Ocorre que em 1967, com a ascensão dos militares, o cenário democrático brasileiro encontrar-se-ia novamente em retrocesso, tendo em vista a possibilidade de edição de leis e Atos Institucionais, como o famoso e polêmico AI-5, de 13 de dezembro de 1969. Outros exemplos advieram como a Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969, que restringia a liberdade de expressão com base na utilização da força; a Lei de Segurança Nacional, alterada pelo Decreto-Lei 898/69; Lei n° 5.250 de 09 de fevereiro de 1967 (Lei da Imprensa), mostrando que o estado restringia a liberdade de expressão através de um árduo controle. (CARCARÁ, 2014, p. 112).

Na Constituição Federal de 1988, ao invés, a liberdade de expressão está assegurada em diversos dispositivos, de forma direta e indireta, destacando-se os incisos IV, VI e IX do art. 5º, da CRFB/88. De acordo com José Afonso da Silva (2016, p. 243 a 245), a liberdade de pensamento *se caracteriza como a exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente*, bem como possui duas facetas, uma interna e uma externa. A interna diz respeito à autonomia da pessoa, aos seus pensamentos íntimos, tais como a liberdade de consciência e de crença. Esta liberdade de pensamento está intimamente ligada à liberdade de opinião, uma podendo até resumir a outra. Neste âmbito interno destaca-se a possibilidade de a pessoa ter a liberdade de escolher aquilo que acredita ser o correto, o verdadeiro. É exatamente aí que o indivíduo terá a oportunidade de formular e consolidar sua opinião, sua posição acerca de um determinado assunto, tudo isso de forma íntima.

Ainda nessa seara do íntimo do indivíduo, há o direito individual da chamada escusa de consciência, que consiste exatamente na possibilidade de a pessoa se livrar de uma obrigação ou imposição sob o fundamento de crença religiosa ou convicção política-filosófica, sendo um direito fundamental que visa garantir que uma pessoa não seja obrigada a agir indo contra sua consciência, bem como seus valores e princípios.

Ao passo que a faceta externa vai dizer respeito à concretização deste pensamento íntimo, ou seja, quando a manifestação de pensamento supera a barreira do íntimo e atinge a seara do mundo exterior, através da liberdade de expressão e de informação. Tal diferenciação pode ser definida com a seguinte passagem de Pontes de Miranda (1968, p. 139): “a livre manifestação ou emissão do pensamento é direito de

liberdade do indivíduo em suas relações com os outros, no que se distingue da liberdade de pensamento, que é direito do indivíduo sozinho, de per si.”

Nesta seara, faz-se mister destacar o Marco Civil da Internet, que corresponde à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Esta lei visa estabelecer direitos, deveres, princípios e garantias para os usuários da internet no País, sendo uma lei específica acerca do uso da internet no Brasil.

É inegável que, com o advento do Marco Civil, houve uma maior proteção e segurança às relações jurídicas estabelecidas no âmbito virtual, tais como as consumeristas. Além disso, a Lei procura popularizar a utilização da internet, de forma igualitária, independente das condições do usuário, o que representa um grande avanço para a consolidação do exercício do direito à liberdade de expressão, bem como visa garantir a democracia no âmbito da internet, ou seja, almeja estabelecer uma relação isonômica entre os usuários da rede.

É bem verdade que o Marco Civil visa assegurar ao máximo o exercício da liberdade de expressão, tendo em vista tal direito possuir guarida constitucional, com isso, a Lei procurar garantir a manifestação de pensamento de seus usuários, o que ratifica o objetivo desta de manter a internet um ambiente onde predomina a democracia. Ao mesmo tempo, procura conciliar com a proteção à imagem e à privacidade, tendo em vista o caráter fundamental de tais direitos. Destaque-se o seguinte magistério de Liliana Paesani (2013, p. 29):

O Marco Civil da Internet é um projeto de lei que procura adaptar alguns princípios da Constituição – como a liberdade de expressão e a privacidade – à Internet. Procura estabelecer parâmetros para a atuação de empresas e determina a neutralidade da rede, a preservação dos dados e os limites das responsabilidades. (...) A aprovação do Marco Civil definirá garantias, os direitos e deveres dos cidadãos – autoridades e usuários – que se valerem dos meios mais modernos de comunicação.

É importante observar que a Lei 12.965/14, apesar de ser bastante atual, bem como conter importantes pontos de proteção no que tange às relações consumeristas, além de visar uma utilização mais democrática da internet - o que é essencial para a garantia da liberdade de expressão - na realidade prática, não possui uma aplicabilidade satisfatória.

O direito à liberdade de expressão e de informação está consolidado em diversos documentos internacionais, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos

Humanos de 1948, aprovada pela Organização das Nações Unidas – ONU, em seu artigo 19:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. (SILVA, 2015, p. 245). É um gênero, tendo como espécies a liberdade de informação e liberdade de expressão. Assim, toma-se a nota de Nuno e Sousa (1984, p. 293) sustentado que: “liberdade de expressão e de informação estarão tanto mais alto na escala dos bens jurídicos, quanto mais diretamente manifestarem os princípios da dignidade humana e do Estado de Direito democrático”. Ressalte-se que a liberdade de expressão consiste no fundamento do conhecimento por parte da sociedade, tendo em vista que esta irá adquirir tal conhecimento através da colisão de opiniões diversificadas. (MILL, 1976, p. 276).

O direito à informação se refere à divulgação, por qualquer meio, de fatos, dados e informações apurados de forma imparcial. Aqui não há uma manifestação de pensamento e opinião próprios do emissor da informação, apenas uma divulgação impessoal de dados, um repasse dos acontecimentos sem qualquer juízo de valor acerca deles. É nesta seara que vai haver a contribuição para a elaboração de uma opinião pública, formadora de opinião, tendo assim uma verdadeira função social. Vale frisar que, conforme o artigo 220, § 2º da Constituição Federal “*é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*”, porém, como consequência, impõe-se ao agente a responsabilidade pelos eventuais abusos cometidos no exercício de tal direito

O direito ora em análise pode ser dividido em *liberdade de informar* e *liberdade de ser informado*. Além disso, não corresponde apenas à liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista, pois a liberdade aqui em questão só irá se confirmar caso a informação propagada seja correta e imparcial, tendo em vista que ela exerce uma função social sendo imperioso que o conteúdo informado à coletividade seja propagado sem alterações quanto ao seu mérito. (SILVA, 2015, p. 249).

Observado o direito à liberdade de expressão, o qual encontra amparo constitucional em seus artigos 5º e 220 da CRFB/88, diz respeito à liberdade de manifestar seu pensamento pelos mais diferentes meios. Ao exercer a liberdade de expressão o indivíduo estará exteriorizando aspectos de sua própria vida, haja vista que estará expondo para o mundo suas idéias e opiniões, consistindo então numa exteriorização de pensamento. É valido frisar que no âmbito da liberdade de manifestação de pensamento tem-se também o direito ao silêncio, ou seja, o direito que o indivíduo possui de guardar para si os seus pensamentos, não o exteriorizando para além de seu íntimo.

Torna-se a frisar que, apesar de ser um direito fundamental constitucionalmente protegido, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, tendo em vista a necessidade de proteção dos demais direitos fundamentais, é com base nisso que a manifestação de pensamento encontra freios no seu exercício, tais como a vedação ao anonimato (artigo 5º, IV, da CRFB/88), com o escopo de a pessoa assumir a responsabilidade sobre aquilo que disse, podendo até onerar-se de possíveis danos que venha a causar a terceiros. Justifica-se o direito de resposta, previsto no artigo 5º, V, da CRFB/88, servindo como um instrumento de proteção ao direito à privacidade do indivíduo.

A liberdade de informação, envolvendo tanto o direito de informar quanto o de ser informado, está intimamente ligada à liberdade de expressão, conforme se pode perceber do seguinte trecho de Cláudio Luiz Bueno Gogoy (2015, p. 51):

Esse direito de informação ou de ser informado, então, antes concebido como um direito individual, decorrente da liberdade de manifestação e expressão do pensamento, modernamente vem sendo entendido como dotado de forte componente e interesse coletivos, a que corresponde, na realidade, um direito coletivo à informação.

Em virtude do desenvolvimento dos meios de comunicação e de propagação de informação, pode-se afirmar que liberdade de informação jornalística não se resume à liberdade de imprensa, indo além desta, tendo em vista que a liberdade de imprensa se resume à propagação de informações impressas, através de livros, jornais e revistas, por exemplo, enquanto que a liberdade de informação jornalística não se resume a estes meios, apresentando-se por qualquer meio jornalístico, seja impresso ou não. Conforme entende José Afonso da Silva (2016, p. 248):

A liberdade de informação jornalística de que fala a Constituição (art.220, parágrafo 1º) não se resume mais na simples liberdade de imprensa, pois esta está ligada à publicação de veículo impresso de comunicação. A informação jornalística alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social.

Hoje se pode dizer que a liberdade de informação jornalística ou midiática se difunde e se propaga pelos mais diversos meios de comunicação, tais como jornais, revistas, rádio, televisão, e principalmente pelo meio de comunicação mais rápido e eficaz da atualidade, qual seja, a *internet*. É incontroverso que, com o advento e modernização da internet, as informações se propagam em uma velocidade surpreendente, o que corresponde a um grande avanço para a liberdade de informação jornalística.

Tendo em vista o papel fundamental que a liberdade de informação, com destaque para a jornalística, exerce em face dos indivíduos, é essencial que as informações propagadas tenham veracidade, bem como sejam imparciais, para assim estarem aptas a cumprirem sua função social de formadores de opinião pública.

Com o advento da internet e, posteriormente, das redes sociais, a opinião pública tem sido influenciada pelos mais diversos meios e indivíduos. Além da já consagrada imprensa jornalística, sendo este o meio mais popular, vários outros meios estão se desenvolvendo. É neste cenário que se destacam os *digital influencers*, figura extremamente nova e fruto da disseminação e solidificação das redes sociais. Esta figura se destaca em mídias sociais tais como *facebook, instagram, twitter e snapchat*, e consiste basicamente em pessoas comuns que na seara da internet são consideradas celebridades, tendo destaque nas redes sociais em função do conteúdo que compartilham com seus seguidores ou fãs, sendo típicos formadores de opinião pública. Eis o que podem ser suas definições técnicas:

*Digital influence is largely a phenomena of social networking. The everyday Internet user is subject to a barrage of noise and content. As a result, individual judgment has given way to group judgment, or at least judgment that's assisted by others online. When an individual contemplates a new purchase such as a cellphone, he or she will often revert digital influencers such as online reviews, comments and, most importantly, friends, to arrive at a decision.*²

² TECHOPEDIA. Digital Influence. **Techopedia**. Disponível em:<
<https://www.techopedia.com/definition/28497/digital-influence>>. Acesso em: 02 jun.2016.

Os *digital influencers* são figuras muito comuns no meio da moda, no qual se destacam as *bloggers*. É bem verdade que atualmente ser blogueira se tornou uma espécie de profissão, haja vista que na maioria das vezes seus blogs, e até mesmo as próprias blogueiras, representam marcas e produtos, servindo-se de suas redes sociais como uma vitrine de divulgação e de propagação.

Diante desse contexto, faz-se imperioso destacar a imprensa chamada sensacionalista, que se caracteriza pela utilização de métodos de exposição hiperbólica de informações. Destaca-se o apelo emocional na informação veiculada com o escopo de alcançar uma grande audiência, ocorrendo assim um verdadeiro espetáculo, pois a notícia ganha uma dimensão que vai além da realidade dos fatos, sendo marcada por exageros. Nesses casos poderá dar-se que a veracidade dos fatos será alterada com o objetivo de obter lucros.

É de bom alvitre destacar a revogação da Lei nº 5.250/67, mais conhecida como Lei de Imprensa. Esta foi criada na época da ditadura militar, sendo promulgada em 1967, então visando nortear o exercício da atividade jornalística. Tendo em vista o fato de a Lei de Imprensa ter sido promulgada em meio à ditadura, ela representava um forte instrumento de segurança nacional, de muita repressão e grave censura. Um exemplo disso consiste na presença de penas mais pesadas que as estabelecidas no Código Penal, quanto aos crimes de calúnia, injúria e difamação cometidos pelos jornalistas, o que mostra o alto grau de repressão à liberdade de expressão que esta lei legitimava. Destaque-se que, com o fundamento nesta lei, inúmeros atos de censura foram cometidos, o que dificultava a atividade jornalística desenvolvida no País, ratificando assim o sentido desta lei como um verdadeiro instrumento de censura e repressão criado à época da ditadura.

Diante disso, é possível perceber que a Lei de Imprensa limitava bastante a liberdade de expressão e de informação, o que ia de encontro à democracia como um todo. Com base neste contexto que foi então proposta a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamenta (ADPF) nº130 ³, com o escopo de extirpar a Lei nº 5260/67 do ordenamento jurídico brasileiro. Esta ADPF foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, culminando na sua posterior derrubada.

³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Arguição de Preceito Fundamental nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19.02.2008, publicado no D.O do dia 06.11.2009

Ao proceder tal julgamento perante o STF, a maioria de seus ministros optou por se posicionar a favor do não recebimento pela Constituição da Lei de Imprensa, tendo em vista que entendiam que a Lei em questão não era compatível com os princípios basilares e norteadores da Constituição Federal de 1988. O placar do julgamento se deu da seguinte forma: sete de um total de onze ministros entendeu pelo julgamento totalmente procedente da ADPF nº130, tendo-se que outros três ministros entenderam pela procedência parcial do pedido, haja vista que ponderaram que não era a totalidade da Lei que estava em dissonância com os ditames constitucionais. No entanto, apenas um ministro julgou pela total improcedência, justificando seu voto no argumento de que a lei em comento estava em total conformidade com os princípios norteadores da Constituição, bem como que ela não representava nenhum obstáculo à liberdade de imprensa. (CARVALHO, GALVÃO, 2011, p. 11-12).

O Ministro relator da ADPF nº130 foi o Ministro Carlos Ayres Britto, que apontou como fundamento central de seu voto o fato de a Lei de Imprensa não está em conformidade de com o espírito democrático caracterizado na CRFB/88. Ele destaca a importância da livre circulação de idéias e pensamentos em meio ao Estado Democrático de Direito. Com isso, a liberdade de imprensa possuiria local de destaque na Constituição Federal, ratificando seu princípio maior, qual seja, a democracia.

O capítulo V, do título VIII, da CRFB/88, Da Comunicação Social, demonstra o papel fundamental que a imprensa possui na sociedade brasileira, sendo imprescindível para a formação e consolidação da opinião pública, como já foi exposto anteriormente. Faz-se mister frisar que a *INTERNET* está fora do conceito de imprensa aqui abordado, tendo em vista a ausência de previsão constitucional.

É sabido que a liberdade de imprensa está intimamente ligada à liberdade de expressão e de pensamento, conforme o expõe L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho e Mônica Cristina Mendes Galvão (2011, p. 16):

Não se pode deixar de registrar que a própria liberdade de pensamento e de expressão, constitucionalmente prevista, é, por via de regra, dependente da liberdade de imprensa, considerando que quanto mais se dispõe o profissional de comunicação a pensar e manifestar o seu pensamento livremente, maior o poder de imprensa de transmitir.

O Ministro Ayres de Britto defende ainda que não existe *meia* liberdade de expressão, de manifestação de pensamento. Segundo ele, estas devem ser garantidas de

forma plena, garantidas em sua totalidade. É com base nisto, que ele afirma que a inviolabilidade de alguns direitos fundamentais, tais como o da intimidade, da imagem e da vida privada, devem sofrer uma “momentânea paralisia”, para assim se dar o exercício do direito à liberdade de expressão em sua plenitude. Além disso, afirma que a própria Constituição Federal previu o direito de resposta, bem como a indenização por dano moral, material ou à imagem, como forma de um verdadeiro remédio jurídico para os casos em que houver violação de direitos pelo exercício da liberdade de expressão. (CARVALHO, GALVÃO, 2011, p. 18-19).

Afirma ainda que a Lei de Imprensa (nº5.250/67) foi promulgada em meio a um ambiente de prevalência do autoritarismo, trazendo consigo dispositivos que claramente iam de encontro aos ditames constitucionais e democráticos. Senão, a liberdade de imprensa e a democracia precisam caminhar juntas, tendo em vista que uma completa a outra, conforme esta passagem do acórdão proferido pelo STF, o qual afastou a aplicabilidade Lei de Imprensa:

6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado “poder social da imprensa”. (STF – ADPF: 130 DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 30/04/2009, Data de Publicação: 06/11/2009)

Com esteio no supracitado, é possível concluir que a Lei de Imprensa (Lei nº5.250/67) foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que este entendeu que a referida lei não estava de acordo com os ditames democráticos e constitucionais vigentes no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de a liberdade de expressão possuir um papel fundamental no Estado Democrático de Direito, não é um direito absoluto, haja vista que em situações de conflito é possível que haja a sua relativização em função de outros direitos

fundamentais, pois não é razoável que se determine, de forma abstrata, a prevalência de um sobre o outro, em função do princípio da unidade constitucional. Além disso, conforme afirma Thiago Anastácio Carcará (2014, p. 122), em sua obra *Discurso do Ódio no Brasil*, a própria Constituição traz dispositivos que limitam a liberdade de expressão, como a vedação ao anonimato, proteção à imagem, à honra e ao direito de resposta, além da possibilidade de restrição quando da colisão de idéias antagônicas, onde uma ultrapassa o limite e a ordem e passa a atingir e afetar a liberdade de expressão do outro indivíduo. É nesse contexto que se passa a análise dos direitos da personalidade, cujo enfoque importa mais particularmente à linha de pesquisa aqui examinada.

3.2. Os direitos da personalidade: direito à imagem e à privacidade

A idéia de personalidade advém inicialmente do Direito Romano, possuindo correlação com os cidadãos, pois apenas estes eram possuidores de direitos da personalidade, sendo aqueles considerados dotados de cidadania, juntamente com a capacidade jurídica plena, além da aptidão para titularizar e exercer direitos. É certo que o desenvolvimento destes direitos está diretamente ligado ao fato de colocar o homem no centro da ordenação, ou seja, ocupa um lugar de destaque, para assim visar à preservação do valor intrínseco inerente à qualidade humana. (GODOY, 2015, p. 5-15)

No Iluminismo houve, de forma mais incisiva, uma valorização do homem, pois a noção de dignidade ganhou espaço, representando um valor espiritual do homem, indo além de sua concepção material e corpórea, sendo certo que esta dignidade representa o verdadeiro pilar dos direitos da personalidade. O valor intrínseco do homem se solidificou ainda mais durante o Humanismo, como o próprio nome já diz, tendo em vista a maior importância dada à condição humana. Durante este período deu-se um destaque maior à dignidade do espírito humano, enaltecendo o aspecto espiritual do homem, ou seja, além de sua matéria. Em seguida, ao longo do Jusnaturalismo os direitos individuais do homem ganharam importância, colocando o homem como centro das relações. Posteriormente, nos séculos XVIII e XIX, correspondendo à época do Iluminismo e do Liberalismo, o homem foi considerado como ser dotado de razão e dignidade, sendo possível a existência de uma vontade individual, sendo quando, finalmente, os direitos da personalidade se assentaram, recebendo, inclusive, tutela por parte do Estado de forma expressa por meio de normas. (GODOY, 2015, p. 5-15)

A Constituição Alemã de 1949⁴, conhecida como Lei Fundamental, merece destaque no âmbito da tutela dos direitos da personalidade, haja vista que normatizou a dignidade humana como algo sagrado, em seu artigo 1º, nº1 (“*a dignidade do homem é sagrada e constitui dever de todas as autoridades do Estado seu dever e proteção*”). É possível concluir que os direitos da personalidade foram evoluindo e se consolidando na medida em que o homem foi sendo valorizado e ganhando destaque como centro da ordenação social. (GODOY, 2015, p. 5-15)

No que concerne ao conceito de direitos da personalidade, é possível dizer que estes dizem respeito a direitos autônomos inerentes à qualidade do homem, sendo verdadeiros atributos destes, diretamente ligados à dignidade da pessoa humana. Além disso, possuem guarida constitucional no artigo 5º, X, da CRFB/88, *in verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” A partir deste inciso é possível afirmar que os direitos da personalidade visam à proteção de alguns direitos específicos, tais como o direito à imagem, à privacidade e à honra das pessoas.

O direito à honra corresponde a um direito inato, natural e universal da pessoa humana e visa à tutela da própria condição humana, protegendo a sua dignidade e integridade moral. Pode-se dizer que a honra aqui tutelada subdivide-se em subjetiva e objetiva. Nesta última, a honra diz respeito à reputação que o indivíduo possui em meio à sociedade a qual está inserido, ao passo que a subjetiva equivale à dignidade pessoal do indivíduo, seu próprio valor moral. O direito aqui em questão possui guarida constitucional, bem como infraconstitucional, pois está previsto no Código Civil de 2002 em seu artigo 20, *in verbis*:

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

Também nos artigos 138 a 140 do Código Penal se tem a previsão dos crimes contra a honra, quais sejam: injúria, calúnia e difamação.

⁴Lei Fundamental da Alemanha. **Lei Fundamental da Alemanha**. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 13 jun.2016.

Bem a pretexto desta regra cumpre ressaltar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia. A referida ADI foi julgada procedente, com isso declarou ser inexigível a prévia autorização para a publicação de biografias. O voto proferido pela relatora determinou a interpretação conforme a Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002:

Pelo exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, a) em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas); b) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização.⁵

A Ministra Relatora Carmen Lúcia destacou que nas hipóteses de violação dos direitos da personalidade há a possibilidade de reparação indenizatória, com isso, deve-se proibir “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Na Constituição Federal, o direito à honra encontra amparo em seu artigo 5º, X, da CRFB/88, no sentido de que *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*. Ressalte-se que apesar de ser um direito fundamental constitucionalmente protegido, o direito à honra não é absoluto, possuindo alguns limites, como no caso do instituto da exceção da verdade, segundo a qual a parte acusada do crime pode alegar, e provar, em sua defesa que o fato que imputou possui veracidade.

Diante desse contexto, é forçoso destacar, para maior ilustração, a proteção dos direitos da personalidade *post-mortem*, ou seja, após a morte. É bem verdade que de acordo com o Código Civil de 2002, a personalidade jurídica da pessoa natural cessa com o advento da morte. Logo, a partir do momento que o indivíduo falece, desaparece com ele a sua personalidade, conseqüentemente, a proteção de seus direitos que visam tutelar aquela. Ocorre que diante da possibilidade de violação dos direitos à honra, à privacidade e à imagem de pessoa já falecida, o artigo 12 do Código Civil traz a proteção nestas hipóteses, arrolando os legitimados para exigí-la.

⁵ ADI n. 4815/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min Carmen Lúcia.

Interessante referir o Caso Cristiano Araújo. O cantor sofreu um grave acidente de carro, o qual resultou na sua morte. Após a tragédia, imagens e vídeos de seu corpo foram espalhadas nas redes sociais. Além disso, circulou também um vídeo feito durante o procedimento de autópsia realizado, expondo das mais diversas formas o corpo do cantor. Tal situação teve uma repercussão nacional, marcada por muita revolta e indignação pela sociedade. Diante do exposto, é possível perceber o clássico confronto entre direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, quais sejam, de um lado há o direito à liberdade de expressão, ao passo que do outro lado há o direito à imagem e à privacidade.

É importante ressaltar que, mesmo diante da morte, houve de fato uma clara violação à imagem que ficou do falecido, sendo cabível indenização por danos morais aos seus familiares. Além disso, foi movida uma ação pela família do cantor visando à retirada das referidas imagens. Em sede de liminar, proferida pela 3º Vara de Família de Goiânia, foi determinado que todas as imagens do corpo do cantor sejam retiradas das páginas da rede social *Facebook* e do *Google*.⁶

Vale abordar também o caso do jogador de futebol Garrincha. Em virtude da publicação do livro *Estrela Solidária – Um brasileiro chamado Garrincha*, em 1999, as herdeiras que deixou ingressaram em uma batalha judicial contra a Editora Schawarcz com o escopo de obter indenização por danos morais e materiais alegando violação do direito à imagem, à privacidade e à honra de seu falecido pai, bem como afirmaram que se tratava de publicação de biografia sem a prévia autorização da família do jogador. O processo chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela legitimidade das filhas para ingressar com a respectiva ação, bem como pelo cabimento de indenização por danos morais:

Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se

⁶ BORGES, Fernanda. Juiz manda tirar do ar imagens do corpo do cantor Cristiano Araújo. **G1 Globo**. Disponível em: < <http://g1.globo.com/goias/musica/noticia/2015/06/juiz-manda-google-e-facebook-tirar-imagens-de-cristiano-araujo-do-ar.html> >. Acesso em: 16 mar.2016.

desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Segundo recurso especial das autoras não conhecido. Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido.⁷

Já o direito à imagem – atributo e retrato - corresponde a um direito fundamental inerente à dignidade da pessoa humana, tendo como escopo zelar o corpo humano e todas as características que se ligam ao indivíduo e os tornam único. De acordo com José Afonso da Silva (2016, p. 211), a imagem do indivíduo é inviolável, e a sua tutela diz respeito ao seu aspecto físico, ou seja, a maneira que a imagem é perceptível diante dos outros. Pode-se afirmar então que a imagem possui um conteúdo específico e próprio, tendo em vista que este irá servir para a identificação do titular da respectiva imagem, pois é através desta que o sujeito se diferencia dentre os outros que compõem a sociedade a qual está inserido.

O direito ora em análise possui previsão constitucional no artigo 5º, V e X, da CRFB/88:

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Além disso, possui amparo infraconstitucional, no artigo 20 do Código Civil de 2002.

Destaque-se, porém, que o direito de imagem é considerado um direito disponível, tendo em vista que a imagem da pessoa pode ser licenciada pelo titular a terceiros. Mas isso não se confunde com o uso não-autorizado de imagem, o qual poderá gerar indenizações por danos morais, por exemplo. Ressalte-se, porém que o uso não-autorizado de imagem não corresponde a um instituto absoluto, haja vista que ele poderá sofrer algumas limitações, como no caso de a pessoa retratada for pública ou quando houver colisão com outros direitos fundamentais, com a ressalva, é claro, de que a limitação ora citada não admite eventuais abusos, pois quando se verificar que a

⁷STJ REsp 521697 / RJ RECURSO ESPECIAL 2003/0053354-3 . Rel: Min Cesar Asfor Rocha. Data de Julgamento: 16/02/2006, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/03/2006.

imagem do indivíduo fora violada com o claro intuito de denegrir sua imagem ou quando visar à exploração econômica-financeira da vítima, tais limitações deverão ser atenuadas ou até mesmo afastadas.

Outro caso que repercutiu nacionalmente foi o que ocorreu com a apresentadora Daniella Cicarelli, no qual esta fora filmada em momentos íntimos com o namorado à época em uma praia na Espanha. É incontroverso que um vídeo deste caráter denigre a imagem da apresentadora, bem como corresponde a uma verdadeira ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de Estado de São Paulo proferiu a seguinte decisão⁸:

O Acórdão atentou para um valor fundamental da dignidade humana [art. 1º, III, da CF], optando pela consagração de um enunciado jurídico que estabeleça um basta contra essa atividade criminosa e que se caracteriza pela retransmissão, contra a vontade das pessoas filmadas clandestinamente, de imagens depreciativas e que humilham os protagonistas, seus conhecidos, os parentes e suas futuras gerações. De todas as manifestações que foram emitidas em jornais e revistas, com o sensacionalismo imprudente dos jejunos do direito, não há uma voz que aponte uma boa razão para que a intimidade do casal permaneça devassada, como foi, até porque são cenas delituosas. A quem interessa isso, perguntei, quando relatei o Acórdão, e não foi dada resposta. Não é, que fique bem claro, preocupação com essa ou outra pessoa, notória ou simples, mas, sim, defesa de uma estrutura da sociedade, na medida em que a invasão de predicamentos íntimos constitui assunto que preocupa a todos, até porque a imprevisibilidade do destino poderá reservar, em algum instante, esses maus momentos para nós mesmos ou pessoas que nos são próximas e caras.

Vida privada e intimidade não se confundem, nem podem ser considerados sinônimos, haja vista que possuem uma verdadeira relação de gênero e espécie, sendo a intimidade mais restrita que a vida privada. Por mais reservada que ela seja, vai apresentar uma faceta pública, sendo certo que esta exposição irá variar de pessoa para pessoa, bem como de acordo com a posição que o indivíduo ocupa na sociedade, pois há casos em que sua vida privada sofrerá uma exposição maior em virtude da atividade exercida por ela. Um caso simples que pode exemplificar esta variação de parâmetro de aferição do direito à privacidade é o caso de pessoas que se expõem publicamente em virtude da função exercida, tais como artistas, políticos, figuras públicas em geral. Nesses casos, o direito à privacidade está, sem dúvidas, presente nas respectivas vidas, porém de uma maneira mais flexível, tendo em vista a exposição pública inerente as suas atividades.

⁸ Apelação Cível Nº. 556.090.4/4-00. Relator Desembargador Enio Zuliani, Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Publicado em 17/07/2008

Pode-se dizer que a intimidade está contida na vida privada, definindo-se aquela como o âmbito reservado a si, sem manifestações no que concerne a terceiros, sendo certo que a vida privada traz sempre uma relação com a sociedade, por mais reservada que ela seja. De acordo com Cláudio Godoy (2015, p. 43), a tutela da privacidade *envolve a garantia de uma esfera de não devassa da vida do indivíduo, mesmo quando exposto às contingências da vida social e profissional.*

Com base nos ensinamentos de José Afonso da Silva, pode-se dizer que a intimidade e a vida privada compõem o direito à privacidade, que corresponde a pessoa ter direito a ter seu “próprio espaço”, entenda-se, ter assuntos e locais que só dizem respeito a si própria, devendo estar livres da curiosidade e interesse alheios. É incontroverso afirmar que todos têm direito à privacidade, tendo em vista ser um direito fundamental com amparo constitucional, porém tal direito poderá ter seu parâmetro variado de pessoa a pessoa, pois vai depender do papel exercido por esta na sociedade, conforme antes explicitado.

O direito à privacidade tem fundamento no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988, que afirma: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Ao passo que na legislação infraconstitucional, o direito ora em análise possui amparo no Código Civil de 2002, no seu artigo 21: “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” Bem como possui amparo na Lei nº 12.965/2014, mais conhecida como o Marco Civil da Internet. No artigo 3º, II, da referida lei, a proteção da privacidade está prevista como um princípio que norteia o uso da internet no Brasil, além disso, está disposto no artigo 8º:

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

De acordo com os ensinamentos de Rodotà (2008, p. 17), a privacidade demanda “um tipo de proteção dinâmica, que segue o dado em todos os seus movimentos”, sendo este o resultado “de um longo processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade - de uma definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de controle sobre as informações de cada um e de determinar como a esfera privada deve ser construída”.

Diante desse contexto, Juan Bonilla Sánchez (2010, p.171) traz a intimidade como sendo “*o ámbito de independencia de una persona frente a los demás, sean particulares o poderes públicos, que asegura la falta de información sobre ella e que le concede la facultad de controlar toda la que le afecta, tanto previa, como posteriormente a su difusión*”. Pode-se dizer então que o direito à privacidade corresponde a um gênero que alcança duas espécies distintas, quais sejam: a intimidade e a vida privada, sendo assim, a privacidade é mais extensa que a intimidade.

3.3. O espaço cibernético na sociedade em rede diante da revolução tecnológica

De acordo com Manuel Castells, a sociedade em rede seria formada por uma estrutura social, que teria como base redes operadas por tecnologias de comunicação e informação, tendo-se que as informações seriam fundamentadas na microeletrônica e nas redes digitais de computadores, que irão gerar e distribuir informações. (CASTELLS, 2005, p. 20). Com base nisso, percebe-se que na sociedade em rede, as informações se propagam de uma maneira bastante célere, o que corrobora com a efetividade do direito à liberdade de expressão, direito fundamental garantido constitucionalmente.

O espaço cibernético corresponde a um ambiente de comunicação digital, baseada na interação de instrumentos eletrônicos, que ocorre de forma ininterrupta. Sendo definido por Pierre Levy (2000, p. 92) da seguinte maneira:

[...] espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores. Essa definição inclui o conjunto de sistemas de comunicação eletrônicos (aí incluídos os conjuntos de rede hertzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais, pois ela condiciona o caráter plástico, fluido, calculável com precisão e tratável em tempo real, hipertextual, interativo e, resumindo, virtual da informação que é, parece-me, a marca distintiva do ciberespaço.

Diante da sociedade de informação vigente nos tempos atuais, é incontroverso que as esferas da intimidade e da vida privada são potencialmente mais invadidas em função dos meios de comunicação e de propagação de informação por meio da internet, haja vista que o fluxo de informações e dados se dá de uma maneira bem mais fácil e célere, conforme a seguinte reflexão de José Afonso da Silva (2016, p. 211-212):

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada.

Além deste fluxo de informações, merecem destaque também os *spams*, que correspondem a mensagens eletrônicas publicitárias não autorizadas ou solicitadas pelo receptor que visam à propaganda de produtos e serviços, sendo o seu envio considerado uma verdadeira violação à privacidade, haja vista que a proteção à privacidade do indivíduo deve ser considerada mais importante do que a liberdade de emitir correspondências publicitárias não solicitadas.

Ao final do século XX, deu-se início ao fenômeno da Revolução da Tecnologia da Informação, que deu margem a um novo paradigma tecnológico, o qual se sistematiza com base na tecnologia de informação. Conforme afirma Manuel Castells (2005, p.50):

Além disso, o processo atual de transformação tecnológica expande-se exponencialmente em razão de sua capacidade de criar uma interface entre campos tecnológicos mediante uma linguagem digital comum na qual a informação é gerada, armazenada, recuperada, processada e transmitida.

É bem verdade que as revoluções tecnológicas deram origem ao mundo virtual, além disso, tal revolução se deu uma maneira bastante intensa, de uma forma muito forte, caracterizando-se pela penetrabilidade, tendo em vista que ingressou em “todos os domínios da atividade humana, não como fonte exógena de impacto, mas como o tecido em que essa atividade é exercida”. (CASTELLS, 2005, p. 49)

Neste cenário de revolução e avanços tecnológicos, as novas tecnologias de informação, tais como computadores e sistemas de comunicação, ganham destaque, à medida que contribuem de forma incisiva para o desenvolvimento da difusão de conhecimento através do processamento de informações, que se dá de forma bastante célere. Sem dúvida com o advento das tecnologias de informação, o mundo está cada

vez mais conectado, rompendo os desafios das barreiras físicas e se unificando pelo mundo virtual. Infelizmente, é sabido que esta unificação em virtude dos avanços tecnológicos não se dá de forma igualitária por todo o mundo, haja vista que muitas localidades ainda se encontram privadas de tais ferramentas de comunicação, o que caracteriza a existência de uma grande desigualdade social no que tange ao acesso à tecnologia.

Manuel Castells (2005, p. 77-79) dispõe sobre algumas das principais características que norteiam o novo paradigma marcado pela Revolução Tecnológica. Segundo ele, pode-se dizer que a informação é considerada a matéria-prima, pois são *tecnologias para agir sobre a informação*. A segunda diz respeito à penetrabilidade das novas tecnologias, ele destaca: “como a informação é parte integral de toda atividade humana, todos os processos de nossa existência individual e coletiva são diretamente moldados (embora, com certeza, não determinados) pelo novo meio tecnológico”, como já fora abordado anteriormente. O terceiro aspecto que merece destaque se refere à lógica das redes, presente em qualquer sistema, sendo certo que dá margem para o desenvolvimento de uma maior interação, bem como de forma mais flexível e adaptável às mudanças presentes em virtude dos avanços tecnológicos. Com isso, dá espaço para a quarta característica, que é exatamente esta flexibilidade, que abre portas para possíveis reconfigurações no sistema de redes. Já a quinta característica diz respeito à “crescente convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado”, que faz com que seja impossível apartar as antigas tecnologias das novas, haja vista que todas compõem um conjunto só, ou seja, estão unificadas em um só sistema.

Como já foi referido anteriormente, é bem verdade que a liberdade de informação cumpre uma função social na medida em que desempenha um papel de formadora de opinião pública. Além disso, essa função foi difundida e maximizada após o advento da Revolução Tecnológica, na qual os meios de comunicação, principalmente o computador, reforçam e garantem que esse papel seja exercido com êxito. Corroborando com esse pensamento, Manuel Castells (2005, p. 361) afirma: “Vivemos em um ambiente de mídia, e a maior parte de nossos estímulos simbólicos vem dos meios de comunicação.”

A comunicação no âmbito global possui como uma de suas principais bases a rede Internet, tendo em vista que esta permite que haja uma interlocução de idéias

entre diversos grupos de indivíduos, na qual os usuários da rede participam de forma autônoma e ativa, independente de limites territoriais, possuindo voz diante dos outros, o que consolida cada vez mais a democracia no Estado Brasileiro. É neste sentido, que Liliana Paesani (2013, p. 21), em sua obra *Direito e Internet*, afirma que a internet “tornou a sociedade efetivamente transparente, possibilitando a qualquer pessoa o acesso a uma quantidade máxima de informações em relação a qualquer aspecto da vida social.” Além disso, destaque-se a passagem de Castells (2005, p. 375-376):

(...) a tecnologia digital permitiu a compactação de todos os tipos de mensagens, inclusive som, imagens e dados, formou-se a rede capaz de comunicar todas as espécies de símbolos sem o uso de centros de controle. A universalidade da linguagem digital e lógica pura do sistema de comunicação em rede criaram as condições tecnológicas para a comunicação horizontal global. Ademais, a arquitetura dessa tecnologia de rede é tal, que sua censura ou controle se tornam muito difíceis. O único modo de controlar a rede é não fazer parte dela, e esse é um preço alto a ser pago por qualquer instituição ou organização, já que a rede se torna abrangente e leva todos os tipos de informação para o mundo inteiro.

É possível afirmar que a internet possui uma estrutura aberta, tendo em vista que as informações trocadas entre seus usuários se dão de uma maneira bastante livre, pois não há prévio controle acerca do conteúdo das comunicações. Com tanta permissividade fica espaço para haver possíveis conflitos na seara da liberdade de expressão e do direito à privacidade, porquanto no ambiente cibernético se apresenta cada vez mais expressivo de usuários disponibilizando seus dados pessoais nas redes, o que contribui para um enfraquecimento na proteção à privacidade dos indivíduos.

Levando em consideração que a internet é marcada por corresponder a um ambiente de total liberdade, tem-se a exigência do anonimato, ou seja, não é possível que se exija a identidade do usuário, pois ele possui o direito de se manifestar sem revelar quem ele realmente é. Neste âmbito de privacidade do espaço cibernético, faz-se imperioso destacar um aspecto bastante polêmico, que é exatamente a existência dos *cookies*, que correspondem a verdadeiros “absorventes de textos com informações sobre o comportamento dos usuários da rede.” (PAESANI, 2013, p. 39). O problema ocorre quando esses *cookies* coletam informações sobre o uso da rede de algum usuário.

Diante desse perigo de invasão à privacidade no ambiente cibernético, pois informações pessoais estão sendo violadas, destaca-se o papel do Poder Público em possíveis interferências. Muitas vezes precisará se valer de métodos eletrônicos com alto grau de sofisticação para capturar informações e dados privados, nesses casos,

haverá um verdadeiro sopesamento de interesses, no qual poderá resultar, muitas vezes, no sacrifício dos direitos individuais em virtude do interesse coletivo. É nesse contexto que é válido frisar, em caráter de adendo, o instituto da criptografia, que consiste em um conjunto de regras que tem como objetivo codificar a informação para que apenas o emissor e o receptor sejam capazes de decifrá-la, daí a origem do termo criptografia, que advém das palavras gregas *kryptós* (oculto) e *gráphein* (escrever).

Neste contexto, faz-se oportuno citar o polêmico caso de bloqueio do *Whatsapp*, ocorrido no Brasil em novembro de 2015 e abril de 2016. É sabido que o *Whatsapp* consiste em um aplicativo que permite a troca de mensagens, sendo mundialmente famoso e consolidado. Ocorre que em virtude de uma atualização do programa, o serviço de mensagens aderiu à criptografia das mensagens trocadas pelos seus usuários, ou seja, ao ser enviada por um aparelho de celular, a mensagem sofre uma espécie de “embaralhamento” e só é decodificada ao chegar no telefone do receptor da mensagem, conforme a empresa comunicou: "Quando você manda uma mensagem, a única pessoa que pode lê-la é a pessoa ou grupo para quem você a enviou. Ninguém pode olhar dentro da mensagem. Nem cibercriminosos. Nem hackers. Nem regimes opressores. Nem mesmo nós." Diante disso, tornou-se mais difícil o cumprimento de determinadas ordens judiciais acerca de quebra de sigilo de mensagens. No final de 2015 foi determinado o bloqueio do *whatsapp* em virtude do não cumprimento de uma ordem judicial referente a uma ação criminal que corre em segredo de justiça. A determinação partiu da 1º Vara Criminal de São Bernardo do Campo. A empresa havia sido notificada em duas ocasiões, porém não cumpriu a determinação requerida pela justiça, com isso o Ministério Público requereu o bloqueio do aplicativo por quarenta e oito horas.

Em outro momento, houve novamente uma determinação judicial objetivando o bloqueio do aplicativo *Whatsapp*. A decisão partiu da Vara Criminal de Lagarto, em Sergipe, proferida pelo juiz Marcel Maia Montalvão, e segundo ele se deu com base no Marco Civil da Internet, atendendo a um pedido de medida cautelar da Polícia Federal, tal pedido se deu em função de a empresa não ter cumprido a decisão

que requeria o compartilhamento de informações referentes a uma investigação criminal.⁹

A empresa responsável pelo aplicativo se manifestou acerca de tal bloqueio: “Depois de cooperar com toda a extensão da nossa capacidade com os tribunais brasileiros, estamos desapontados que um juiz de Sergipe decidiu mais uma vez ordenar o bloqueio de *WhatsApp* no Brasil. Esta decisão pune mais de 100 milhões de brasileiros que dependem do nosso serviço para se comunicar, administrar os seus negócios e muito mais, para nos forçar a entregar informações que afirmamos repetidamente que nós não temos.”

Esse tipo de decisão enseja debate sobre o direito à liberdade de expressão, além disso, não é comum apenas no Brasil, mas também em muitos outros países, nos quais o autoritarismo reina, tais como Arábia Saudita e Irã. O argumento utilizado para requerer a retirada do ar do aplicativo se fundamenta na dificuldade de monitoramento de mensagens em virtude da criptografia adotada pelo *Whatsapp*, o que dificulta, às vezes até impede, o acesso a mensagens pelas agências de segurança. Por outro lado, o aplicativo defende que a criptografia utilizada tem como escopo a preservação da privacidade de seus usuários, bem como visa protegê-los de crimes cibernéticos.¹⁰

⁹ G1GLOBO. WhatsApp é bloqueado no Brasil; empresa recorre da decisão. **G1 Globo**. Disponível em: < <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/usuarios-relatam-bloqueio-do-whatsapp-nesta-segunda-feira.html> > Acesso em: 17 mai.2016.

¹⁰FOLHA DE SÃO PAULO. Segurança x liberdade de expressão: o debate sobre bloqueios de WhatsApp. **Folha de São Paulo**. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2016/05/1766897-seguranca-x-liberdade-de-expressao-o-debate-sobre-bloqueios-de-whatsapp.shtml> > Acesso em: 14 mai.2016.

4. O CARÁTER INSTRUMENTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ANÁLISE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DO DIREITO À IMAGEM E À PRIVACIDADE.

Os direitos fundamentais possuem guarida constitucional, tendo em vista que estão positivados na Constituição Federal de 1988. Tomando por base esta proteção constitucional, pode-se dizer que todos estes direitos estão no mesmo patamar hierárquico, não havendo diferenciação no que tange ao seu grau de importância no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Esta situação de igualitária relevância jurídica e constitucional se fundamenta também no princípio da unidade hierárquico-normativa.

Diante disso, as normas que versam sobre os direitos fundamentais estão em um constante estado de tensão, haja vista que elas têm como escopo a proteção e a garantia dos mais diversos bens e valores constitucionalmente previstos, ocorrendo uma verdadeira limitação, pois a proteção de um determinado valor encontra limite na proteção de um valor diverso. Porém, isso não significa dizer que há uma antinomia entre as normas de direitos fundamentais, tendo em vista que os valores constitucionais são harmônicos entre si, e não antagônicos, conforme o princípio da unidade constitucional. Acontece que, em determinados casos concretos, pode acontecer de um direito fundamental colidir com outro, sendo necessária a restrição de um deles.

Nesses casos de colisão entre normas de direitos fundamentais, há apenas um conflito aparente entre as respectivas normas, pois caso fosse um conflito real, haveria a necessidade de se excluir um dos direitos, solução que não seria adequada ao caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. Tendo em vista este caráter não se faz possível que sejam adotados os critérios que visam à solução para os conflitos entre regras jurídicas, quais sejam: hierárquico, cronológico e da especialidade.

De acordo com o critério hierárquico, havendo um conflito entre normas que possuem um grau hierárquico distinto, irá prevalecer a de maior hierarquia, ao passo que a norma de menor grau hierárquico cederá espaço para aquela, sendo considerada inválida. É sabido que as normas que versam sobre os direitos fundamentais são normas constitucionais, possuindo assim o mesmo grau hierárquico, qual seja: *status* constitucional. Sendo assim, não há como se estabelecer uma

prevalência de uma norma sobre outra, utilizando-se do critério da hierarquia, exatamente pelo fato de não haver nenhuma diferenciação hierárquica entre elas.

O critério cronológico para a aplicação de regras tem como parâmetro o tempo que a norma entrou em vigência, fundamentado-se no brocardo *lex posterior derogat legi priori*, ou seja, a norma posterior irá revogar a norma anterior, prevalecendo assim a norma mais recente. Este critério se baseia na revogação tácita da norma mais antiga, em virtude de uma incompatibilidade material entre as normas. Ocorre que tal critério não se adequa ao conflito entre normas de direitos fundamentais, haja vista a inexistência de uma ordem cronológica entre eles.

Já o critério da especialidade leva em consideração o grau de generalidade das regras, tendo em vista que, de acordo com ele, a norma especial afastará a incidência da norma geral, conforme a máxima *lex specialis derogat legi generali*, visto que a norma especial exerce um verdadeiro papel de cláusula de exceção no que tange às regulamentações da norma geral. Assim, no caso de conflito entre norma geral e norma específica, prevalece esta, haja vista que possui um menor grau de generalidade, sendo mais restrita e específica a um determinado caso concreto, porém, faz-se mister frisar que a norma geral não deixa de possuir validade, apenas deixa de ser aplicada aquele caso, sendo válida e vigente para demais casos. Acontece que, no que tange às normas que versam sobre direitos fundamentais, não se faz cabível a aplicação do critério da especialidade, tendo em vista o alto grau de abstração destas normas, possuindo inclusive o já mencionado caráter principiológico. Com isso, não é possível estabelecer uma diferenciação em relação ao grau de generalidade destes direitos, conforme defende Godoy (2015, p.63): “ (...) dessa maneira, nenhum desses mesmos direitos contempla previsão especial que, por essa especialidade, sirva a derogar o outro, de conteúdo geral.”

Observa-se que estes critérios são cabíveis apenas para solucionar o conflito entre regras, não sendo adequado e eficaz para solucionar a colisão entre princípios. Sobre o conflito entre regras, é útil a seguinte passagem de Robert Alexy (2008, p.93):

[...] esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regras em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre a validade [...]

Em virtude do princípio da unidade da constituição, e da inaplicabilidade dos critérios supracitados ao conflito entre normas de direito fundamentais, haja vista que estas possuem o mesmo status constitucional, bem como a mesma proteção jurídica, não se faz possível o estabelecimento de uma regra *in abstracto* com o escopo de solver o conflito entre elas, pois não é cabível uma relação de prevalência *a priori* entre distintos direitos fundamentais, sendo necessária a análise do caso concreto, pelo intérprete responsável, com suas respectivas circunstâncias fáticas e jurídicas específicas. Com isso, faz-se necessário a adoção de um critério passível de solucionar tal embate, depreendendo-se daí a *ponderação de valores*.

Tomando por base o caráter principiológico dos direitos fundamentais, pode-se dizer que a colisão entre dois, ou mais, destes direitos deve ser encarada como uma colisão entre princípios, devendo ser solucionada com base na dimensão do peso. Além disso, ressalte-se que a decisão proferida para solucionar tal embate deve ser bem fundamentada em juízos axiológicos, bem como nos que versam acerca da realidade fática. Conforme afirma Robert Alexy (2008, p. 93-94):

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições [...] os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Por meio da ponderação de valores vai se estabelecer uma relação de precedência condicionada entre as normas fundamentais, e esta relação vai se basear nas circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Sendo assim, diante de determinadas condições um princípio X deve ter prevalência sobre um princípio Y, ao passo que diante de circunstâncias distintas, a relação de prevalência pode ser invertida, com isso o princípio Y pode ter prevalência sobre o X. Destaque-se que, de acordo com Robert Alexy (2008, p. 99), estas condições de precedência de um princípio sobre o outro dizem respeito ao “suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.” Alexy define a relação de precedência condicionada da seguinte forma: “Em um caso concreto, o princípio P1 prevalece sobre P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes no caso

concreto” (ALEXY, 2008, p. 97-98). Depreende-se daí a “lei de colisão”, definida da seguinte maneira por Alexy (2008, p.99):

Essa lei, que será chamada de “lei de colisão”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.

A ponderação de valores consiste, basicamente, em uma relação de precedência condicionada, além disso, dá ensejo à criação de uma norma referente ao determinado caso concreto. Nesta senda, é interessante a definição, por Larenz (1997, p. 587), de *ponderação* “(...) um método de desenvolvimento do direito que se presta a solucionar colisões de normas, bem como para delimitar as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito ficou aberto”.

Faz-se mister frisar a importância do instituto do *juízo de proporcionalidade* no contexto da ponderação de valores, tendo em vista que aquele visa justificar racionalmente a relação de precedência entre as normas de direitos fundamentais diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto em análise. Em síntese, no âmbito deste juízo se destacam três aspectos, quais sejam: *adequação* (na qual se questiona se aquele meio vai ser adequado para alcançar o fim desejado, ou seja, se a regra que resulta da relação de precedência condicionada entre os princípios em colisão consiste em uma *solução adequada* ao litígio); *necessidade* (na qual se escolhe o meio que traga um menor prejuízo, um menor desgaste aos princípios colidentes) e *proporcionalidade em sentido estrito* (na qual se procura a melhor correspondência entre o meio que foi escolhido e o fim desejado, com o escopo de que o princípio de menor peso seja afetado o mínimo possível, visando à estrita satisfação necessária do princípio de maior peso, ou seja, o prevalente). (ALEXY, 2008, p. 116-120).

Os três aspectos que compõem a proporcionalidade podem ser entendidos através de questionamentos, sendo eles: “o meio escolhido é adequado para atingir a finalidade?”, “o meio escolhido é o mais suave e ao mesmo tempo suficiente para proteger a norma constitucional?”, “numa relação de ‘peso e importância’, a medida trará mais benefícios do que prejuízos?”. Caso as respostas a estas indagações sejam

afirmativas, tem-se que a limitação do direito fundamental será válida. (MARMELSTEIN, 2014, p.372).

Em sendo assim, pode-se afirmar que certo princípio, apesar de ser constitucionalmente protegido, poderá ter seu alcance de eficácia limitado por outro princípio que tenha a mesma natureza constitucional. Isso irá ocorrer por meio da *Lei de Sopesamento* dos valores em colisão. Robert Alexy (2008, p. 589) afirma que esta lei deverá seguir três passos, o que ocorreria da seguinte forma: de início, verificam-se os valores que estão em rota de colisão; após, analisa-se se o valor que está sendo mitigado é menos ou mais importante, naquele caso concreto, em relação ao valor que está prevalecendo; por último, o princípio que no caso possuir menor importância deverá ceder espaço, apenas no caso específico, para o outro princípio. Ressalta-se que tal sopesamento deve ser feito com base na regra de otimização dos princípios, qual seja, mitigar o mínimo possível do princípio preterido, além de visar à máxima efetivação do princípio prevalente, corroborando com este pensamento tem-se: “(...) o que se deve buscar é máxima otimização da norma. O agente concretizador deve efetivá-la até onde for possível atingir ao máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos.” (MARMELSTEIN, 2014, p.366).

Diante da relatividade dos direitos fundamentais, as colisões entre eles são bastante comuns, principalmente diante dos direitos à liberdade de expressão e do direito à imagem e à privacidade. Este embate é muito presente no contexto da sociedade em rede, bem como pelo fato de tutelarem esferas diametralmente opostas, conforme afirma George Marmelstein (2014, p.364-365):

Tais direitos são essencialmente conflitantes por estabelecerem diretrizes em direções opostas: os direitos de personalidade orientam-se no sentido da proteção da esfera privada, do sigilo, da tranquilidade, do segredo, da não divulgação de informação pessoal, da não exposição da imagem; já a liberdade de expressão segue o rumo da transparência, da publicidade, da livre circulação de informação, ou seja, caminha em direção totalmente contrária.

A situação é de difícil solução e de extrema complexidade, tendo em vista a fundamentalidade dos direitos implicados. Destarte, inevitavelmente um deles terá de sofrer restrição em prol da prevalência do outro. Diante da impossibilidade de elaboração de uma norma abstrata, uma regra fixa de prevalência de um sobre o outro, uma regra absoluta de resolução para resolver tal questão, tudo irá depender das circunstâncias fáticas e jurídicas que norteiam o caso concreto, as quais irão

fundamentar a ponderação a ser feita pelo intérprete, verificando-se, por exemplo, se, diante daquela determinada hipótese o direito à imagem de um indivíduo deverá ter prevalência face ao interesse do público que será privado de receber tal informação, ou o inverso.

Porém, a solução do intérprete acerca da colisão entre os referidos direitos não se dá de forma arbitrária, devendo seguir alguns parâmetros para assim ter-se uma decisão ponderada e bem fundamentada, são eles: a veracidade do fato; a existência de interesse público na divulgação; a licitude do meio e local de obtenção da informação; a condição de personalidade pública ou privada do sujeito objeto da informação; e a preferência por sanções *a posteriori* (BARROSO, 2004, p. 25).

4.1. A veracidade do fato

A proteção constitucional que dá guarida aos direitos fundamentais, em especial ao direito da liberdade de expressão, reincide sobre aqueles dados e informações que são dotados de veracidade, tendo em vista que a divulgação de uma informação falsa, que prejudique a privacidade e a imagem de um terceiro, não deve ser considerada um direito fundamental do emissor, logo, não possui amparo constitucional que justifique sua ação. Destaque-se que a verdade em comento diz respeito à verdade subjetiva, dependente de um “juízo de plausibilidade” e de “um ponto de observação” do emissor. (BARROSO, 2004, p.5). Conforme afirma Edilson Farias (1996, p.132):

O limite interno da veracidade, aplicado ao direito à informação, refere-se à verdade subjetiva e não à verdade objetiva. Vale dizer: no Estado Democrático de Direito, o que se exige do sujeito é um dever de diligência ou apreço pela verdade, no sentido de que seja contactada a fonte dos fatos noticiáveis e verificada a seriedade ou idoneidade da notícia antes de qualquer divulgação.

Na sociedade em rede, as informações são propagadas em uma velocidade cada vez mais incontida, o que, naturalmente, dificulta a realização de um controle acerca da veracidade do conteúdo divulgado. Ocorre que, no ambiente da internet, este controle se torna mais difícil ainda, tendo em vista que os usuários têm plena liberdade de expressar seus pensamentos e opiniões.

Além disso, destaca-se a função social exercida pela informação divulgada, porquanto sendo a opinião pública fortemente influenciada pelas matérias propagadas pelas mídias sociais, assim apresentadas como verdadeiras fontes formadoras dos

comportamentos da sociedade. Em virtude desse relevante papel que a informação desempenha, é imprescindível que seja veiculada com a devida responsabilidade. Não de ser refutadas, neste propósito, notícias propagadas pelo mero sensacionalismo sem o devido lastro de realidade. Afigura-se, pois, que o dever da verdade precisa ser observado, de maneira que “(...) não pode ser desconsiderado ao se ponderarem os bens da personalidade e a liberdade de imprensa. Não há liberdade ou interesse público que justifique a notícia inveraz como causa de sacrifício da honra ou privacidade.” (GODOY, 2015, P.68).

Diante dessa necessidade de compromisso com a verdade, faz-se mister destacar o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.” (STJ, RESP 818.764/ES, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 15/02/2007)

Nestes termos, há de ser buscada a verdade para que a informação encontre proteção constitucional. Dar-se-á que o jornalista estará a tanto adstrito ao exercer sua atividade de divulgação dos fatos, devendo se ater à realidade deles, expondo-os de forma imparcial e isenta, buscando, assim, a melhor realização da função institucional cumprida pela imprensa.

4.2. O interesse público na divulgação

A sociedade em rede se caracteriza por ser uma sociedade aberta e pluralista, na qual a informação e a notícia devem ter livre circulação, corroborando assim para a maximização da democracia no Estado. De acordo com Barroso (2004, p.27) o interesse público se presume do fato emanado como verdadeiro, sendo esta a regra geral que norteia a sociedade atual.

Acontece que a expressão “interesse público” não possui uma definição hermética, pré-determinada com um rol taxativo do que seria interesse público, o que dificulta o trabalho do intérprete ao analisar se a informação possui, ou não, interesse

público suficiente que justifique a restrição de outro direito fundamental, como a privacidade e a imagem de outrem.

Depreende-se daí que a notícia, para ser dotada de interesse público, necessita ter uma verdadeira relevância social, um interesse coletivo que justifique a proteção constitucional, bem como a possível restrição de direito fundamental de outrem, pois nem toda informação será merecedora de tutela, dependendo do conteúdo que ela carrega, conforme faz ver Pietro Perlingieri (2007, p.238): “(...) a informação em si, como coisa incorpórea, não é sempre e necessariamente relevante para o direito, mas a sua tutela varia em relação ao conteúdo da informação.” Não devendo ser consideradas aquelas informações que visam apenas à curiosidade da sociedade, como boatos sobre pessoas famosas, por exemplo. É relevante o seguinte trecho de Cláudio Godoy (2015, p.67):

[...] é preciso verificar se, no caso concreto, o sacrifício da honra, privacidade ou imagem de uma pessoa se impõe diante de determinada informação ou manifestação que, de alguma forma, se faça revestida de interesse social, coletivo, sem o que não se justifica a invasão da esfera íntima ou moral do indivíduo.

Além disso, cumpre destacar que o interesse público não pode ser confundido com interesse comercial, porquanto não se pode admitir supressão ou relativização de direitos da personalidade em virtude, exclusivamente, de interesses comerciais. Nos casos de fins meramente publicitários, que visam apenas à obtenção de lucros por meio da informação, não há interesse público que justifique tal prevalência do direito da informação em face dos direitos da personalidade, mesmo quando se tratar de pessoas com personalidade pública ou mesmo se se tratar de fatos condizentes com a verdade. (GODOY, 2015, p. 74-75). Neste contexto, é importante citar como exemplo o caso da atriz Carolina Ferraz que sofreu o uso indevido de sua imagem, tendo conseqüentemente sua privacidade invadida, em virtude da veiculação de uma campanha publicitária que tinha como escopo a inauguração de um periódico impresso anunciando o fim de seu casamento, apresentada sua imagem na capa da revista, sem a autorização da atriz. No caso, a campanha, de âmbito nacional, foi espalhada em *billboards*, bem como em outros meios de anúncios. Em função do ocorrido, a atriz empreendeu um batalha judicial para pleitear uma indenização pelo uso indevido de sua imagem, sendo este feito para fins meramente comerciais e publicitários, não havendo

um real interesse público que justificasse tamanha exposição. Foi o julgado do Superior Tribunal de Justiça, proferido pela Ministra Nancy Andrighi, colacionado abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. USO INDEVIDO DE IMAGEM. FINS COMERCIAIS. ATRIZ DE TEATRO E TELEVISÃO. VEICULAÇÃO EM ÂMBITO NACIONAL. PREJUÍZO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. DANO MORAL IN RE IPSA . 1. O Tribunal de origem não discutiu a questão relativa ao montante fixado para reparação dos danos materiais, o que impede o exame da matéria por esta Corte. 2. A análise dos pressupostos necessários ao reconhecimento da litigância de má-fé, bem como acerca da comprovação do prejuízo material experimentado pela autora, demandam o reexame de fatos e provas, o que é inadmissível em recurso especial (incidência da Súmula 7/STJ) . Precedentes. 3. O acórdão recorrido, com base no substrato fático-probatório dos autos, concluiu que houve exposição da imagem da recorrente em âmbito nacional, sem prévia autorização desta, com fins exclusivamente econômicos e publicitários, em razão de campanha promovida pelo recorrido e veiculada em revista de grande tiragem e circulação e em outdoors espalhados pelo país. 4. Na hipótese, não é necessária a comprovação de prejuízo para configuração do dano moral, pois este decorre da própria violação do direito de imagem titulado pela recorrente - dano in re ipsa . Entendimento consagrado na Súmula 403/STJ. 5. Restabelecimento do valor da condenação fixado pelo Juiz de primeiro grau. Para o arbitramento do montante devido, o julgador deve fazer uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades da hipótese em discussão, bem como ao porte econômico do causador e ao nível socioeconômico da vítima. 6. Recurso especial do réu não provido. Recurso especial da autora parcialmente provido. (STJ, REsp. nº 1.102.756/SP, 3º T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20-11-2012)

Neste diapasão, cabe ao intérprete julgador, diante da interpretação do caso concreto, fazer uma ponderação entre os direitos conflitantes para resolver se, na hipótese em análise, há ou não um interesse privado excepcional que sirva para afastar o interesse público derivado do direito à liberdade de expressão.

4.3. A licitude do meio e local de obtenção da informação

Para a informação divulgada ser considerada válida é forçoso que tenha sido obtida por um meio lícito, segundo o ordenamento jurídico brasileiro. Inadmitida a proteção constitucional sobre as informações hauridas ilicitamente, seguindo aqui a mesma lógica do Direito Penal no que tange à obtenção de provas, devendo ser desentranhadas dos autos aquelas extraídas de forma ilícita.

Assim, a fonte de obtenção da notícia divulgada precisa ser levada em consideração, devendo ter sido uma fonte oriunda de meios idôneos, sendo vedada a obtenção de informações por meios ilícitos, tais como: interceptação telefônica clandestina, violação a segredo de justiça, mediante tortura, dentre outros meios pouco éticos. Impõe-se frisar esta passagem de Pietro Perlingieri (2007, p.239):

É, portanto, fundamental a problemática da licitude ou não-licitude dos meios que consentiram adquirir a informação: refletindo bem, a questão da licitude do emprego da informação corresponde a interrogar-se se o sujeito que usa a informação tenha legitimação e o poder de dispor; trata-se, portanto, de uma questão que se põe para qualquer bem jurídico.

É importante destacar, entretanto, que no caso de a informação “(...) estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos torna-se pública e, portanto, presume-se que desse tipo de informação não afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem dos envolvidos.” (BARROSO, 2004, P.26).

Sem dúvida que, no âmbito da sociedade em rede, principalmente no espaço cibernético, há uma linha muito tênue no que tange à diferenciação entre espaço público ou privado, o que, inevitavelmente, dificulta a atuação do intérprete ao analisar a origem da informação e o seu respectivo meio de obtenção, pois, caso o conteúdo propagado tenha sido originado de um espaço público, de livre acesso, há uma presunção de licitude quanto ao meio obtido, tendo em vista, que a partir do momento que a informação é disponibilizada em um espaço como esse, há uma nítida possibilidade de livre divulgação da mesma. Em contrapartida, quando as informações divulgadas são oriundas, sem autorização, de espaços privados, ou seja, ambientes virtuais restritos a determinadas pessoas, deverá haver uma ilicitude do meio, haja vista que em função da restrição de acesso apenas àquele montante específico de pessoas, os dados deveriam ficar limitados apenas a eles.

Diante desse contexto, reputa-se oportuno abordar o caso das interceptações telefônicas do ex-presidente Lula, feitas pela Polícia Federal, em função das investigações relativas à Operação Lava Jato, bem como a posterior quebra de sigilo e divulgação destas por determinação do juiz Sérgio Moro.

O tema é bastante polêmico, sendo alvo de muitas críticas e discussões de juristas e doutrinadores que divergem acerca da legalidade, ou não, das referidas interceptações. De um lado, há quem defenda que tais interceptações são consideradas

ilegais, tendo em vista a inexistência de dispositivos legais que autorizem a quebra do sigilo, alegando assim que o juiz Sérgio Moro deveria ser responsabilizado pelo crime de violação de sigilo profissional. De outro lado, há quem defenda a legalidade das mesmas, fundamentando-se no princípio constitucional da publicidade dos atos.

Moro fundamentou a quebra do sigilo das interceptações telefônicas com base na publicidade dos atos processuais, sendo esta a regra, ao passo que o sigilo seria a exceção: “(...) levantamento (do sigilo) propiciará assim não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça criminal”. Continuou afirmando que:

“A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras. Isso é ainda mais relevante em um cenário de aparentes tentativas de obstrução à justiça, como reconhecido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao decretar a prisão cautelar do Senador da República Delcídio do Amaral Gomez.”¹¹

Além disso, segundo Moro, o sigilo não encontra amparo em virtude de a “prova ser resultante de interceptação telefônica”. “Sigilo absoluto sobre esta deve ser mantido em relação a diálogos de conteúdo pessoal inadvertidamente interceptados, preservando-se a intimidade, mas jamais, à luz do art. 5º, LX, e art. 93, IX, da Constituição Federal, sobre diálogos relevantes para investigação de supostos crimes contra a Administração Pública”.

O magistrado ainda continua: “Não havendo mais necessidade do sigilo, levanto a medida a fim de propiciar a ampla defesa e publicidade. Como tenho decidido em todos os casos semelhantes da assim denominada Operação Lava Jato, tratando o processo de apuração de possíveis crimes contra a Administração Pública, o interesse público e a previsão constitucional de publicidade dos processos (art. 5º, LX, e art. 93, IX, da Constituição Federal) impedem a imposição da continuidade de sigilo sobre autos.”

¹¹CASTRO, Fernando; Netto, Vlamidir; Nunes, Samuel. Moro derruba sigilo e divulga grampo de ligação entre Lula e Dilma; ouça. **G1 Globo**. Disponível em: < <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html> >. Acesso em: 29 mar.2016.

Há ainda a polêmica quanto ao fato de que muitas pessoas que estão nas gravações com o ex-presidente Lula são detentoras de foro privilegiado em virtude do cargo exercido, como a presidente afastada Dilma Rousseff e o ex ministro da Casa Civil Jacques Wagner, com isso, estas pessoas não poderiam ter seus processos sob a condução da justiça de primeiro grau, tal como a 13ª Vara Federal de Curitiba, e sim, pelo Supremo Tribunal Federal. Destarte, argumenta-se, por outro lado, que aquelas detentoras de foro privilegiado não estavam sendo o alvo das interceptações telefônicas, mas sim o ex-presidente Lula. Conforme afirma o juiz Moro:

“Observo que, apesar de existirem diálogos do ex-Presidente com autoridades com foro privilegiado, somente o terminal utilizado pelo ex-Presidente foi interceptado e jamais os das autoridades com foro privilegiado, colhidos fortuitamente. Rigorosamente, sequer o terminal do ex-Presidente foi interceptado, mas apenas o terminal telefônico utilizado por assessor dele, do qual ele fazia uso frequente.”¹²

Outro ponto divergente diz respeito ao horário da gravação, que fora efetuada às 13h32 do dia 16 de março de 2016 (quarta-feira), ao passo que às 11h12 do mesmo dia, o juiz Sérgio Moro havia determinado a suspensão das interceptações telefônicas. Com isso, alega-se que estas deveriam ser descartadas do processo, tendo em vista que seriam ilícitas, pois haviam sido gravadas após a determinação de suspensão. Outros defendem que estas seriam lícitas, pois a suspensão das gravações só começaria a valer a partir do momento em que a determinação de sua suspensão chegasse ao conhecimento das operadoras telefônicas e não da hora do despacho do juiz.

Apesar de toda a divergência ora ponderada, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inconstitucionalidade da decisão proferida pelo juiz Sérgio Moro. A decisão foi advinda do Ministro Teori Zavascki, que também determinou que as investigações referentes ao ex-presidente Lula fossem enviadas para o STF, tendo em vista que constavam gravações com pessoas que tinham prerrogativa de foro funcional. Além disso, o ministro do STF ainda cassou a decisão de Moro que havia quebrado o sigilo das interceptações, com o fundamento de que o juiz de primeiro grau era

¹² SOUSA, Taiguara Fernandes de. 11 Perguntas e respostas sobre as interceptações telefônicas de Lula e as ações de Sergio Moro. **Coluna do Leitor**. Disponível em: <<http://reconaria.org/colunas/colunadoleitor/11-perguntas-e-respostas-sobre-as-interceptacoes-telefonicas-de-lula-e-as-acoes-de-sergio-moro/>>. Acesso em: 07 abr.2016.

incompetente para tal ação, bem como violava o direito constitucional de garantia de sigilo dos envolvidos nas gravações. Destacam-se as seguintes passagens da Rcl 23.457:

6. Embora a interceptação telefônica tenha sido aparentemente voltada a pessoas que não ostentavam prerrogativa de foro por função, o conteúdo das conversas – cujo sigilo, ao que consta, foi levantado incontinenti, sem nenhuma das cautelas exigidas em lei. Procede, ainda, o pedido da reclamante para, cautelarmente, sustar os efeitos da decisão que suspendeu o sigilo das conversações telefônicas interceptadas. São relevantes os fundamentos que afirmam a ilegitimidade dessa decisão. Em primeiro lugar, porque emitida por juízo que, no momento da sua prolação, era reconhecidamente incompetente para a causa, ante a constatação, já confirmada, do envolvimento de autoridades com prerrogativa de foro, inclusive a própria Presidente da República. Em segundo lugar, porque a divulgação pública das conversações telefônicas interceptadas, nas circunstâncias em que ocorreu, comprometeu o direito fundamental à garantia de sigilo, que tem assento constitucional. O art. 5º, XII, da Constituição somente permite a interceptação de conversações telefônicas em situações excepcionais, “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Há, portanto, quanto a essa garantia, o que a jurisprudência do STF denomina reserva legal qualificada. A lei de regência (Lei 9.269/1996), além de vedar expressamente a divulgação de qualquer conversação interceptada (art. 8º), determina a inutilização das gravações que não interessem à investigação criminal (art. 9º). Não há como conceber, portanto, a divulgação pública das conversações do modo como se operou, especialmente daquelas que sequer têm relação com o objeto da investigação criminal. Contra essa ordenação expressa, que – repita-se, tem fundamento de validade constitucional – é descabida a invocação do interesse público da divulgação ou a condição de pessoas públicas dos interlocutores atingidos, como se essas autoridades, ou seus interlocutores, estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade. (STF - Rcl: 23753 DF - DISTRITO FEDERAL 0052888-95.2016.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 27/04/2016, Data de Publicação: DJe-088 03/05/2016)

Diante de todo o exposto, percebe-se que o meio donde advém a informação é essencial para esta ser considerada válida ou não, bem como deve ser levada em consideração para determinar a possível prevalência do direito de informar sobre os direitos da personalidade.

4.4. A condição de personalidade pública ou privada do sujeito objeto da informação

O sujeito - que será destinatário da informação ou notícia analisada pelo intérprete ao proceder o sopesamento de valores entre os direitos em colisão - deverá ser levado em consideração, tendo em vista que, a depender da posição ocupada por ele no âmbito da sociedade, sua privacidade poderá sofrer menos ou mais limitações, sendo necessário verificar sua qualificação, qual seja: se pessoa pública ou privada.

Isso ocorre conquanto as personalidades consideradas públicas no contexto social possuem uma privacidade protegida de forma mais branda, em comparação aos cidadãos comuns, exatamente por conta da posição social ocupada. Pessoas titulares de cargos públicos, políticos, artistas, cantores, figuras públicas em geral, destacam-se neste contexto de pessoas outras, com uma menor esfera de proteção à privacidade. Neste sentido, Ferrari (1993, p. 142):

O interesse público quanto a pessoas notórias somente pode ser admitido quando o uso da imagem é feito unicamente em caráter informativo. Algumas pessoas, por sua atividade profissional, detêm notoriedade pública. Falamos de políticos, artistas, esportistas, juízes, etc... Esses indivíduos são alvo de atenção constante, não por suas características pessoais, mas, geralmente, pelo cargo ou posição que ocupam.

Cabível fazer uma comparação entre duas esferas da personalidade pública: os ocupantes de cargo público e políticos *versus* pessoas famosas em virtude do trabalho exercido no âmbito do entretenimento. Muito se fala acerca da restrição da privacidade de ambos os grupos em virtude da posição ocupada por eles na sociedade. Fato incontroverso é que ambos possuem uma visibilidade maior em virtude da função exercida, isso não há de se discutir. Acontece que a restrição ora em análise estaria amparada também por um interesse público em relação a estes grupos de pessoas, ou seja, as respectivas privacidades sofreriam uma relativização no que tange à sua proteção, pois seria de interesse da coletividade ter certo controle ou supervisão sobre a vida deles.

O interesse público quanto aos ocupantes de cargos públicos e políticos se justifica na medida em que estes são considerados representantes do povo, pois representam a sua vontade, possuindo então um verdadeiro dever de prestar contas à sociedade, o que representa uma espécie de fiscalização por parte da sociedade em relação ao trabalho por eles exercido. É precisamente o que informa Claudio Godoy (2015, p.72):

O político gere a coisa pública ou representa a vontade popular. Age, destarte, em nome e no interesse da coletividade. Sua atividade se desenvolve de forma pública, sob a fiscalização da sociedade, para o que, é evidente, necessário que mais amplie a possibilidade de limitações a seus direitos da personalidade, sem anulá-los de todo, é certo.

Ocorre que, quanto às pessoas famosas em virtude do trabalho exercido no contexto no entretenimento esse interesse público não é de fácil identificação, ou é até mesmo inexistente, pois não seria cabível defender a idéia de que seria de interesse da

coletividade ter um controle sobre a vida de um cantor, por exemplo, haja vista que este não tem o dever de prestar contas à sociedade, como no caso de um político. De fato, não há de ser confundido interesse público em virtude da função exercida na sociedade com a curiosidade por parte da população.

Nesta esteira é válido destacar que, no caso supracitado, as pessoas têm sua esfera de privacidade reduzida em virtude da expressão pessoal exercida, dada a sua notoriedade. É que este prestígio social irá dar margem para restringir não só a sua esfera de privacidade, mas também a de seus familiares, que, conseqüentemente, encontram-se em uma posição mais exposta.

Destarte, faz-se mister frisar que, apesar de personalidades públicas se submeterem a restrição no que tange à proteção de suas respectivas privacidades, este direito não é suprimido por completo, havendo apenas uma espécie de relativização, pois sempre haverá proteção ao direito à privacidade, em virtude de sua fundamentalidade constitucional. Assim, deve sempre haver um núcleo inviolável no que tange à esfera privada das pessoas públicas, para assim ser garantido um mínimo possível.

No contexto da sociedade em rede é incontestável que as figuras públicas ficaram ainda mais vulneráveis no que tange às respectivas vidas privadas, principalmente em virtude das redes sociais. Além disso, é certo que ainda há o risco das informações adulteradas ou potencializadas, que são bem típicas no meio da imprensa sensacionalista, que, em muitos casos, acaba manipulando a realidade da situação apenas com o intuito do lucro. Óbvio que este sensacionalismo não se adéqua à natureza e ao fim institucional da informação e da comunicação.

Ainda, em caráter de adendo, apregoa-se que, em virtude de sua função institucional, é imperioso que a notícia propagada tenha ao tempo de sua divulgação esta função, sendo certo que não se justifica a divulgação de alguma notícia que exponha seu sujeito objeto quando aquela não está mais caracterizada, pois nesses casos o interesse público que poderia justificar a prevalência do direito da informação não está mais presente. É nesta senda que se destaca a garantia do *direito ao esquecimento*. Este pode ser definido como o direito que o agente infrator, ou a própria vítima, possui de impedir que um determinado fato que lhe diz respeito, ocorrido há certo tempo, venha à tona, tendo como escopo a superação de um determinado acontecimento, bem como

visa à ressocialização do indivíduo infrator. Implica em deixar o agente no passado fatos havidos ou atos praticados que o atormentam, pois, acaso expostos novamente, transtornos e conseqüências danosas irão surgir na vida atual daquele. Traz-se para tanto enlevar a passagem de François Ost (2005, p. 38):

Em outras hipóteses, ainda, o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído. Em uma decisão de 20 de abril de 1983, Mme. Filipachi Cogedipresse, o Tribunal de última instância de Paris consagrou este direito em termos muito claros: “[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.

É certo que o direito ao esquecimento não constitui um figura nova, sendo discutido há muitos anos na Europa e nos Estados Unidos. Acontece que, em função da sociedade em rede, principalmente por conta da internet, as informações são praticamente eternizadas, pois ficam disponíveis na rede. Com isso, as pessoas têm a possibilidade de acessar notícias e acontecimentos ocorridos há muitos anos com apenas um clique, o que dificulta, ou até mesmo impossibilita, o exercício do direito ao esquecimento no âmbito virtual, sendo válida a seguinte constatação proferida pelo Min.Rel. Luis Felipe Salomão no STJ, Resp. nº 1.334.097 – RJ/2012:

Na mesma linha, em recente palestra proferida na Universidade de Nova York, o alto executivo da Google Eric Schmidt, afirmou que a internet precisa de um botão de delete. Informações relativas ao passado distante de uma pessoa podem assombrá-la para sempre, causando entraves, inclusive, em sua vida profissional, como no exemplo dado na ocasião, de um jovem que cometeu um crime em relação ao qual as informações seriam expurgadas de seu registro na fase adulta, mas que o mencionado crime poderia permanecer on line, impedindo a pessoa de conseguir emprego.

Neste contexto, vale destacar o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do CFJ/STJ com este conteúdo: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. É sabido que este enunciado não possui força vinculativa no âmbito jurídico, como as súmulas do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, mas é inegável a importância que elas possuem como fontes norteadoras para os doutrinadores e juristas.

Fica então a dúvida de como se faz possível a conciliação entre o direito ao esquecimento, ora adotado pelos tribunais superiores do Brasil, com o direito à informação, direito constitucionalmente previsto e importante meio caracterizador do Estado Democrático de Direito. A forma mais simples e rápida para solver tal questão é proceder a análise de existência ou não de interesse público atual na informação divulgada, pois caso ainda haja, mesmo que tal informação não seja atual, é certo que deve prevalecer o direito à informação, ao passo que nos casos em que não houver mais tal interesse público, deve-se dar espaço ao exercício do direito ao esquecimento, não sendo lícita a divulgação da respectiva informação.

No âmbito do direito ao esquecimento alguns exemplos merecem ser citados, como o caso da apresentadora infantil Xuxa Meneghel, que há cerca de vinte anos havia participado de um filme no qual aparecia nua e em cenas sensuais. Arrependida do feito, ingressou com ações visando a que este não fosse mais exibido, haja vista que lhe causava transtornos pessoais e profissionais. Após longa batalha judicial o pedido chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que em julgado proferido pela Ministra Relatora Nancy Andrighi rejeitou a pretensão da apresentadora infantil, consoante ementa colacionada abaixo:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou

expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. **Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.** 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido. (STJ – 3º T, Resp. nº 1.316.921 – RJ, 2011/0307909-6, Relator: Min.Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 26-6-2012). **(grifou-se)**

Outro exemplo que merece destaque é exatamente o da Chacina da Candelária, massacre ocorrido na madrugada de 23 de julho de 1993, no qual mais de quarenta pessoas que passavam a noite nos arredores da Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro, foram vítimas de atiradores, dentre as quais oito vieram a óbito. No que tange ao objeto ora em estudo, ressalte-se que o direito ao esquecimento fora reconhecido para um homem acusado de envolvimento com a chacina, pois após a absolvição de todas as acusações no que tange ao atentado, seu nome fora citado em programa de televisão, trazendo à exposição pública situação que já havia superado, trazendo, conseqüentemente, prejuízos e transtornos a sua vida pessoal e profissional, com a clara violação a sua imagem e privacidade. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do Resp 1.334.097, reconheceu o direito ao esquecimento, bem como uma indenização, ao homem anteriormente inocentado no que tange às acusações da Chacina da Candelária.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA . SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os

fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável. 18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. **Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.** 19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, **permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte.** 20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante. 21. Recurso especial não provido. **(grifo-se)** (STJ, Resp. nº 1.334.097 – RJ, 2012/0144910-7, Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento-2012).

Faz-se oportuno citar também o Caso Aída Curi. Em 1958, no Rio de Janeiro, Aída Curi foi abusada sexualmente e teve sua vida ceifada. Ocorre que após o trágico acontecimento, a história foi relatada em um programa de televisão, mostrando fotos do crime, bem como citando de forma explícita o nome da vítima. Diante de tal fato, a família da vítima ingressou com ação em face da emissora de televisão que veiculou tal reportagem, sem autorização dos familiares, com o escopo de obter indenização por danos materiais e morais tendo em vista a violação da imagem de Aída Curi. Destarte, ao proferir o julgamento, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela improcedência do pedido, com o fundamento de que não havia como a emissora de televisão abordar o referido crime sem citar o nome da vítima, haja vista que estavam diretamente interligados. Afirmou também que a divulgação da foto da vítima se deu em apenas uma oportunidade, não correspondendo ao centro da reportagem, dessa forma não seria fato ensejador de indenização por danos morais.

Entende-se, então, que aquelas pessoas com personalidade privada, ou seja, que não possuem uma notoriedade social em virtude do papel exercido na comunidade, conservam uma maior privacidade, com direito a uma tutela mais incisiva e sem muitas restrições em detrimento da liberdade de expressão, por exemplo.

4.5. A preferência por sanções *a posteriori*

Nos casos de colisão entre o direito à liberdade de expressão e os direitos à imagem e à privacidade o ordenamento jurídico brasileiro prevê algumas espécies de sanções que podem ser suscitadas pelo intérprete julgador com o escopo de solucionar tal embate, ou pelo menos minimizá-lo. Destacam-se a retificação, o direito de resposta, a responsabilização civil ou penal, a retratação, e em último caso, a interdição da divulgação. Estas sanções são *a posteriori* tendo em vista que só são aplicáveis após a ocorrência do caso, ou seja, após o possível abuso do direito da liberdade de expressão, visando reparar os danos advindos por este excesso.

Pode surgir o eventual questionamento sobre a preferência de sanções *a posteriori* sobre as *a priori*, o fundamento para tal situação de prevalência encontra amparo no fato de que o direito à liberdade de expressão constitui um elemento caracterizador essencial para a formação e consolidação do Estado Democrático de Direito. Com isso, deve-se tentar permitir, ao máximo, a livre circulação de pensamentos, idéias e opiniões.

Destarte, é certo que em determinados casos as sanções *a posteriori* não são suficientes para reparar por completo o dano causado em virtude do excesso de utilização do direito à liberdade de expressão. Nessas situações se faz possível a prevalência de sanções *a priori*, como a proibição prévia da divulgação, ressaltando-se o seu caráter excepcional em função do valor fundamental para a democracia exercido pela liberdade de expressão.

4.6. Casos concretos

Passe-se agora para a análise de alguns casos, nos quais o confronto entre os direitos fundamentais estará caracterizado.

4.6.1. Caso *Charlie Hebdo*

Exemplo emblemático sobre o confronto entre os direitos fundamentais é o caso do massacre à sede do jornal francês *Charlie Hebdo*, ocorrido no dia 07 de janeiro de 2015. O *Charlie Hebdo* é conhecido por ser um jornal francês polêmico, em razão das diversas sátiras implicando a figuras públicas, inserindo-as em artigos irônicos, charges e caricaturas. Bem a este propósito aconteceu que após a publicação de um

artigo que trazia como centro o muçulmanismo, bem como uma charge sobre a ausência de ataques terroristas na França, dois homens invadiram a sede do jornal, ferindo onze pessoas e matando outras doze pessoas. Os autores do ataque foram os irmãos Saïd e Cherif Kouachi, que, tomados pelo ódio e revolta ao jornal, que ironizava a figura de Maomé e outros líderes muçulmanos, cometeram tal atrocidade. O ataque ao jornal francês repercutiu mundialmente, principalmente por meio das redes sociais, dando origem à frase JE SUIS CHARLIE, que se tornou símbolo de revolta ao ataque e da luta pela liberdade de expressão e de imprensa.¹³

4.6.2. Caso Luth

Caso representativo acerca do mesmo confronto destacado ocorreu na Alemanha. Foi o Caso Luth, no qual o Tribunal Constitucional Alemão deu preferência à liberdade de expressão e de informação, tendo em vista que considerou esta como direito individual e indispensável para o regime democrático. Pode-se dizer que a situação envolveu Erich Lüth, que era, à época, um crítico cineasta e diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo e Veit Harlan, um cineasta alemão. O conflito teve início em 1950, quando Lüth se manifestou publicamente com o escopo de incentivar um boicote ao filme “A Amante Imortal”, que tinha como produtor Harlan. Tal atitude de Lüth se deu em virtude de Harlan ser ligado a movimentos nazistas. Com isso, o caso foi parar na justiça, que ao final, foi julgado em favor de Luth, dando preferência a sua liberdade de expressão. Para se chegar a esse resultado, o Tribunal Constitucional Alemão levou em consideração alguns critérios, tais como: a veracidade da informação em questão; se a liberdade de expressão está a serviço da formação da opinião pública e se é tema de interesse público.¹⁴

¹³ AMARAL, Roberto. Charlie Hebdo: não cabem limites na defesa da livre expressão. **Carta Capital**. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/internacional/charlie-hebdo-nao-cabem-limites-na-defesa-da-liberdade-de-expressao-2759.html> >. Acesso em: 18 mar.2016.

¹⁴ MARMELSTEIN, George. 50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. In: **Direitos Fundamentais por George Marmelstein**. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>> .Acesso em: 09 mai. 2016.

4.6.3. Caso Ellwanger

Ao analisar a jurisprudência brasileira no que versa sobre a liberdade de expressão e seus respectivos limites, merece destaque o caso Ellwanger. Siegfried Ellwanger editou e publicou livros que traziam uma visão negativa acerca dos judeus, com um conteúdo discriminatório. Diante dessas atitudes preconceituosas, foi ele processado com base no artigo 20, da Lei nº 7.716/89, que versava sobre práticas racistas. Em sede de primeiro grau foi considerado inocente. Porém, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul modificou a sentença, pois entendeu que havia ocorrido o crime de racismo em virtude da prática de venda de livros que insultavam os judeus, bem como incitavam o preconceito. Após uma longa batalha judicial, o caso foi parar no STF. Muito se discutiu sobre a prática, ou não, do racismo, bem como se os judeus poderiam ou não ser considerados uma raça, dentre outros pontos. Mas o ponto que mais merece relevo do caso, ora em análise, no que tange ao assunto abordado no presente trabalho, diz respeito ao limite da liberdade de expressão, no sentido de saber se ele estaria apenas exercendo o direito de manifestar seu pensamento, ou se estaria indo além disso, cometendo um excesso na manifestação do pensamento. Ao final, foi decidido que a liberdade de expressão não seria hábil a inocentar Ellwanger, pois suas práticas eram extremamente racistas. Com isso, decidiu-se que a liberdade de expressão não era um direito absoluto, pois deveria respeitar outros direitos constitucionalmente protegidos. (MARMELSTEIN, 2014, p.421-426)

4.6.4. Caso Maitê Proença

Após pousar nua para uma revista masculina, a atriz Maitê Proença passou pelo constrangimento de ter sua imagem publicada, sem a sua autorização, em um jornal carioca. Tendo em vista tal situação, a atriz processou o referido jornal, com o escopo de receber uma indenização por danos morais e materiais, alegando, em síntese que teve sua foto nua publicada em outro meio de informação sem sua anuência, bem como que tal feito trazia-lhe constrangimentos e dissabores pelo fato de ter feito tal foto para um determinado fim específico, qual seja, revista masculina, e não para publicá-la em jornais informativos, ressaltando ainda que os públicos leitores de ambos eram completamente diferentes.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a atriz obteve apenas a indenização por danos materiais, em virtude de não ter recebido remuneração alguma

pelo uso de sua imagem. A polêmica consiste no âmbito dos danos morais, os quais não foram julgados procedentes pelos desembargadores do TJRJ, com a frágil justificativa de que a atriz era considerada uma das mulheres mais bonitas do Brasil, com isso não haveria nenhum dano moral por ter tido sua imagem nua publicada em meio informativo, apenas configurando dano moral no caso de a mulher ser “feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas”. Os desembargadores foram além: “só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não”. Inconformada com tal decisão, a atriz recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, o qual modificou a decisão proferida pelo TJRJ, julgando pela procedência da indenização por danos morais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais constituem um núcleo inviolável de direitos inerentes à condição humana, sendo essenciais para a própria existência do homem e sua convivência harmônica em sociedade. Despiciendo afirmar a essencialidade desses direitos, que devem estar a salvo, seja da investida estatal, seja do possível ataque que se lhes possa fazer em nome do exercício do direito à ampla liberdade de informar. Os direitos ora em análise estão previstos na Constituição Federal de 1988, principalmente na sua Parte I, porém não se resume apenas nisto, haja vista que não há um rol taxativo de direitos fundamentais na Constituição.

Algumas características dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal são destacadas na doutrina, tais como a historicidade, relatividade, imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementaridade. Além destas, merece destaque o caráter principiológico destes direitos, em virtude da diferenciação da solução de conflito entre regras e colisão entre princípios, haja vista que aquela se dá na dimensão da validade, ao passo que esta na dimensão do peso, levando em consideração as circunstâncias fáticas e jurídicas que norteiam o caso concreto. Levando em conta que no caso de colisão entre dois ou mais direitos fundamentais não há a possibilidade de simplesmente excluir um em detrimento de outrem, mas apenas relativizá-lo diante daquele caso específico, tem-se assim o caráter principiológico daqueles.

A dignidade da pessoa humana possui papel de destaque no contexto dos direitos fundamentais, tendo em vista que norteiam a atuação destes, já que os direitos fundamentais visam, principalmente, à garantia de tal dignidade. Esta diz respeito a um mínimo existencial relativo à condição humana, sendo determinante para a sua existência, a base axiológica dos direitos fundamentais.

No contexto do Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão constitui um papel essencial, como uma espécie de corolário, pois corresponde a elemento caracterizador da democracia, haja vista que, na ausência do direito à liberdade de expressão, o regime democrático corre um sério risco de sucumbir a regimes ditatoriais. Liberdade de expressão corresponde ao direito que o indivíduo possui de manifestar seus pensamentos e opiniões, o que não se confunde com o direito à liberdade de informação, que se refere à divulgação de fatos, dados e informações,

sendo certo que, neste caso, não há emissão de pensamentos do próprio emissor, sendo apenas um repasse de informação para a sociedade, a ser feito de forma imparcial. Com base nisso é que se afirma que a informação possui uma verdadeira função social, pois contribui para a formação da opinião pública, exigida a sua veracidade e imparcialidade. Incontroverso que com a Revolução Tecnológica surgiu um novo paradigma tecnológico, principalmente com o advento da internet, que foi essencial para o desenvolvimento e maximização da difusão de informações, que se dá de maneira bastante célere.

Apesar de possuir um papel fundamental no âmbito do Estado Democrático de Direito, o direito à liberdade de expressão não é um direito absoluto, atentando-se para a necessidade de tutela de outros direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, como os direitos à imagem e à privacidade. Com isso, em determinados casos concretos é possível que haja a sua relativização, pois não se faz possível que se determine, abstratamente, a prevalência de um direito sobre o outro, tendo em vista o princípio da unidade constitucional.

Os direitos à imagem e à privacidade correspondem a espécies do gênero direitos da personalidade. Este diz respeito a direitos inerentes à condição do homem, possuindo correspondência com a dignidade da pessoa humana. O direito à imagem possui afigura-se na expressão física e moral do sujeito, assim atraindo as características que identificam a pessoa, ao passo que o direito à privacidade assegura ao indivíduo possuir seu espaço próprio de vida pessoal, que não é de interesse de terceiros. Além disso, abrange tanto a tutela da vida privada como da intimidade. Ressalte-se que estas não se confundem, porquanto a intimidade possui uma esfera mais restrita que a vida privada, sendo certo que aquela está contida nesta. Faz-se mister frisar que os parâmetros de privacidade irão variar de acordo com a posição ocupada pelo indivíduo na sociedade a qual está inserido, pois, a depender do papel que ele exerce, a sua privacidade pode ser restringida, mas nunca extirpada, tendo em vista a fundamentalidade do direito à privacidade.

Considerado o caráter fundamental tanto do direito à liberdade de expressão como dos direitos da personalidade, em especial o direito à imagem e à privacidade ora analisados, é certo que nos casos de colisão entre eles poderá haver a necessidade de restrição de um deles em detrimento do outro, mas ressalte-se que esta restrição se dá

apenas diante daquele caso concreto, pois o direito ora afastado não irá perder sua validade.

A grande questão diz respeito a como o intérprete irá solucionar tal embate, quais critérios ele irá adotar para chegar a uma solução justa. Haja vista o caráter principiológico dos direitos fundamentais não se faz possível a adoção dos critérios tradicionais para solucionar os conflitos entre regras jurídicas, tais como o hierárquico, cronológico e da especialidade. Com isso, cumpre solucionar o impasse com base na dimensão do peso e não da validade. Logo, adota-se a técnica do sopesamento. Além disso, destaque-se que a decisão proferida para solucionar o embate precisa ser bem fundamentada em juízos axiológicos, bem como nos que versam sobre a realidade fática.

Com base no sopesamento de valores se vai estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais, levando sempre em consideração as condições fáticas e jurídicas que norteiam o caso concreto. Esta relação de precedência condicionada pode ser justificada através do juízo de proporcionalidade, que se divide em três subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, este último corresponde ao próprio sopesamento. É imprescindível que ao fazer o sopesamento, o intérprete deve visar à máxima efetivação do princípio prevalente, bem como à mínima mitigação possível do princípio preterido, sendo esta a regra de otimização dos princípios.

O conflito entre liberdade de expressão e direito à imagem e à privacidade é muito comum, principalmente com a consolidação da sociedade em rede, que trouxe um inegável avanço tecnológico no que tange aos meios de comunicação. Diante da impossibilidade de se estabelecer uma regra em abstrato para solucionar o referido embate, alguns critérios são utilizados pelos intérpretes para nortear e fundamentar sua decisão, são eles: a veracidade do fato, o interesse público na divulgação, a licitude do meio e local de obtenção da informação, a condição de personalidade pública ou privada do sujeito objeto da informação e a preferência por sanções *a posteriori*.

Pode-se concluir que o conflito ora analisado não possui uma ordem fixa de prevalência *a priori* entre os direitos conflitantes, diante da necessidade de se analisar caso a caso, sempre levando em conta as peculiaridades específicas da situação *in concreto*, para assim se chegar a uma solução justa e adequada à situação. Sendo assim,

tem-se que a melhor opção seria: mais sopesamento e menos subsunção na garantia da dignidade humana em casos que envolvam a liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gustavo de. Protagonista de foto polêmica com babá em protesta, vice do Flamengo desabafa. **Extra Globo**. Disponível em: < <http://extra.globo.com/noticias/brasil/protagonista-de-foto-polemica-com-baba-em-protesto-vice-do-flamengo-desabafa-18866755.html>>. Acesso em: 07 mai.2016.

AMARAL, Roberto. Charlie Hebdo: não cabem limites na defesa da livre expressão. **Carta Capital**. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/internacional/charlie-hebdo-nao-cabem-limites-na-defesa-da-liberdade-de-expressao-2759.html> >. Acesso em: 18 mar.2016.

BARROSO, Luís Roberto. (2004), Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 235, p.1-36.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. **Constituição do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. **Constituição Federal do Brasil de 1891**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. **Constituição Federal do Brasil de 1934**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. **Constituição Federal do Brasil de 1937.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. **Constituição Federal do Brasil de 1939.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. **Constituição Federal do Brasil de 1946.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. **Constituição Federal do Brasil de 1967.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. Decreto-lei nº 898, de 29 de setembro de 1969. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 29 set. 1969.

_____. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Publicado no Diário Oficial da União em 31 de janeiro de 1941.

_____. Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 10 fev. 1967.

_____, Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. In: Presidência da República. Dispõe: **Marco Civil da Internet.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____, Supremo Tribunal Federal. Ação de Arguição de Preceito Fundamental nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19.02.2008, publicado no D.O do dia 06.11.2009

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade.** 4 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Fernanda. Juiz manda tirar do ar imagens do corpo do cantor Cristiano Araújo. **G1 Globo**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/musica/noticia/2015/06/juiz-manda-google-e-facebook-tirar-imagens-de-cristiano-araujo-do-ar.html>>. Acesso em: 16 mar.2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional: e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. **Discurso do ódio no Brasil: Elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de; GALVÃO, Mônica Cristina Mendes. **O STF e o direito de imprensa: análise e conseqüências do julgamento da ADPF 130/2008**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede: do conhecimento à acção política**. Disponível em: <<http://biblio.ual.pt/Downloads/REDE.pdf>> . Acesso em: 18 mai. 2016.

CASTRO, Fernando; Netto, Vlamidir; Nunes, Samuel. Moro derruba sigilo e divulga grampo de ligação entre Lula e Dilma; ouça. **G1 Globo**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html>>. Acesso em: 29 mar.2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM DE 1948. **Carta das Nações Unidas**, 1945. Disponível em <www.humanrights.com/pt/.../universal-declaration-of-human-rights.html>. Acesso em: 17 mai. 2016.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERRARI, Janice Helena. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

FOLHA DE SÃO PAULO. Segurança x liberdade de expressão: o debate sobre bloqueios de WhatsApp. **Folha de São Paulo**. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2016/05/1766897-seguranca-x-liberdade-de-expressao-o-debate-sobre-bloqueios-de-whatsapp.shtml> > Acesso em: 14 mai.2016.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2015.

G1GLOBO. WhatsApp é bloqueado no Brasil; empresa recorre da decisão. **G1 Globo**. Disponível em: < <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/usuarios-relatam-bloqueio-do-whatsapp-nesta-segunda-feira.html> > Acesso em: 17 mai.2016.

JÚNIOR, William Paiva Marques. **A consolidação do direito humano à paz no plano das relações internacionais**. Disponível em:<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/278k6xco/swY02PtIKjJqN3bc.pdf>> . Acesso em: 19 mai. 2016.

JÚNIOR, William Paiva Marques. **Influxos do neoconstitucionalismo inclusivo na realização dos direitos fundamentais sociais: análise da primazia do poder judiciário na perspectiva das teorias da reserva do possível, do mínimo existencial e da máxima efetividade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=96b8ee525c85be84> > . Acesso em: 19 mai. 2016.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamago. 3 ed. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

LEI Fundamental da Alemanha. **Lei Fundamental da Alemanha**.Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 13 jun.2016.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

MARMELSTEIN, George. 50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. In: **Direitos Fundamentais por George Marmelstein**. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>> .Acesso em: 09 mai. 2016.

MILL, John Stuart. **Da liberdade de pensamento e expressão**. 2 ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1976.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 1968.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas s.a., 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito-civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

OST, François. **O Tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁNCHEZ, Juan José Bonilla. **Persona y derechos de la personalidad**. Madrid: Reus, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016

SIQUEIRA, Natércia Sampaio; AGUIAR, Marcus Pinto. John Rawls e uma nova racionalidade para a fundamentação dos direitos humanos. In: **Publica direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5855ca6943b39eeb>>. Acesso em: 18 mai. 2016.

SOUSA, Nuno e. **A liberdade de imprensa**. Coimbra: Coimbra, 1984.

SOUSA, Taiguara Fernandes de. 11 Perguntas e respostas sobre as interceptações telefônicas de Lula e as ações de Sergio Moro. **Coluna do Leitor**. Disponível em: <<http://reconaria.org/colunas/colunadoleitor/11-perguntas-e-respostas-sobre-as-interceptacoes-telefonicas-de-lula-e-as-aco-es-de-sergio-moro/>>. Acesso em: 07 abr.2016.

TECHOPEDIA. Digital Influence. **Techopedia**. Disponível em: <<https://www.techopedia.com/definition/28497/digital-influence>>. Acesso em: 02 jun.2016.